



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)

Vol. VI ► N^o 2 ► 2021

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2021

 CC BY-NC-ND 4.0.



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA

DRA. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SUBDIRECTORA

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SECRETARIA GENERAL

DRA. CARMEN SOLÍS PRIETO, UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA, ESPAÑA

COMITE ASESOR

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo, Universidad Politécnica de Cartagena, España

Dr. Leopoldo Gamarra Vilchez, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dr. Juan Antonio Maldonado Molina, Universidad de Granada, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dr. Pablo Arellano Ortiz, Especialista en Legislación Laboral. Unidad de D^o Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT), Suiza

Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España

Dr. Rob Cornelissen, Universidad Vrije de Bruselas, Bélgica

Dr. Ángel Luis De Val Tena, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma Barcelona, España

Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España

Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España

Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España

Dr. Marius Olivier, Northwest University, Sudáfrica; y Universidad de Western, Australia

Dr. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, Países Bajos

D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España

Dr. Danny Pieters, Universidad de Lovaina, Bélgica

Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval, Abogado, Chile

Dra. Krassimira Sredkova, Universidad de Sofia, Bulgaria

Dr. Hans-Joachim Reinhard, Universidad de Fulda, Alemania

Dr. Gijbert Vonk, Universidad de Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España

D. Manuel de Armas Cejas, Colegio de Graduados Sociales de Tenerife, España

Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España

Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España

Dra. María Carmen Giménez Muñoz, Universidad de Sevilla, España

Dr. Francisco Rubio Sánchez, Universidad de Extremadura, España

Dr. Mohamed Saad Bentaouet, Universidad de Sevilla, España

D. Luis Jurado Cano

Dr. Julio Alberto Ramírez Barrios, Universidad de Sevilla, España

COMITÉ EJECUTIVO

Dra. Ana María Chocrón Giráldez, Universidad de Sevilla, España

Dr. Marcelo Fernando Borsio, Conselho de Recursos da Previdência Social do Brasil - CRPS, Brasil

Dr. Fco. Javier Fernandez Orrico, Universidad Miguel Hernández, España

Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dra. Carmen Moreno de Toro, Universidad de Córdoba, España

Dr. Francisco Ortiz Castillo, Universidad de Murcia, España

Dr. Guillermo Rodríguez Iñiesta, Universidad de Murcia, España

D. Andrés Ramón Trillo García, Instituto Nacional de la Seguridad Social, España

Dra. María Teresa Velasco Portero, Universidad Loyola Andalucía, España

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Dr. Guillermo Leandro Barrios Baudor, Universidad Rey Juan Carlos, España

Dra. Pepa Burriel Rodríguez, Universidad de Barcelona, España

Dra. Dolores Carrascosa Bermejo, Universidad Pontificia Comillas - ICADE- Ediciones Lefebvre-El Derecho Red de expertos de la Comisión Europea FreSsco, España

Dr. David Carvalho Martins, Universidad de Lisboa, Portugal

Dra. Esther Carrizosa Prieto, Universidad Pablo de Olavide, España

Dra. María José Cervilla Garzón, Universidad de Cádiz, España

Dr. Miguel Gutierrez Pérez, Universidad de Extremadura, España

Dr. Fernando M. Jimeno Jiménez, Profesor Tutor UNED Ceuta Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta, España

Dra. Julia Muñoz Molina, Universidad de Córdoba, España

Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná Centro de Postgrado de la PUC/SP, Brasil

Dra. Elaine Noronha Nassif, Ministério Público do Trabalho Escola Superior do Ministério Público da Uniao, Brasil

Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España

Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España

Dra. Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo - Brasil), Brasil

Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España

Dr. Iván Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España

Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España

Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España

Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España

Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España

D. Fabiano Zabanella, Director del Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil

Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad de Valencia, España



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2021 ▶ Vol. VI ▶ N° 2 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2021



CC BY-NC-ND 4.0.

Copyright: Los trabajos publicados en las ediciones impresa y electrónica de E-Rips son propiedad de la Editorial Universidad de Sevilla. Para cualquier reproducción parcial o total será necesario citar expresamente la procedencia. La Editorial Universidad de Sevilla autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a ofrecerlos en sus webs (personales o corporativos) o en cualquier repositorio de acceso abierto (Open Access) pero exclusivamente en forma de copia de la versión post-print del manuscrito original una vez revisado y maquetado, que será remitida al autor principal o corresponsal. Es obligatorio hacer mención específica de la publicación en la que ha aparecido el texto, añadiendo además un enlace a la Editorial Universidad de Sevilla (<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>).

Dirección y contacto. Postal: c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España

Correo-e: csrodas@us.es, web: <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social> <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips>

Tf.: (34) 9+34 954 55 76 01

Maquetación. Referencias Cruzadas. Tf.: (34) 657 802 595. Correo-e: referencias.maquetacion@gmail.com

Identificación. ISSN 2445-3269

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

Título Clave: e-Revista Internacional de la Protección Social

Título abreviado: e-RIPS.



ÍNDICE

Vol. VI ▶ N° 2 ▶ 2021

TRIBUNA

La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales / *Social protection at the crossroads. The expansion of remote work and the reception of digital nomads in Europe*
<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.01>

Esperanza Macarena Sierra Benítez..... 8-18

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La protección familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional y social comunitario / *Family protection due to a dependent child in the international and social community concert*
<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.02>

Fernando Moreno de Vega y Lomo..... 20-42

La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento a mínimos / *The legal consideration of the foreign pension for the purposes of the spanish pension supplement*
<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.03>

María Alexandra Díaz Mordillo 43-65

El derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos en España de los reos de la UE y británicos post-Brexit / *The right to healthcare with charge to public funds in Spain of European and British prisoners after Brexit*
<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.04>

Maite Cester Maíllo 66-78

Los efectos del Brexit en la coordinación en materia de Seguridad Social: del régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada a la coordinación limitada del Acuerdo de Comercio y Cooperación / *The effects of the Brexit on social security coordination: from the preferential regime under the Withdrawal Agreement to the limited coordination under the Trade and Cooperation Agreement*
<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.05>

Ángela Martín-Pozuelo López..... 79-100

Pilar Europeo de Derechos Sociales y Seguridad Social. Pensión de jubilación de trabajador español emigrante temporalmente en Suiza / <i>European Pillar of Social Rights and Social Security. Retirement pension of spanish worker temporarily migrating to Switzerland</i> https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.06	
Francisco Jiménez Rojas	101-125
Trabajadores de países miembros de la UE en España y su régimen de Seguridad Social. Especial consideración de las cooperativas / <i>Workers from EU member countries in Spain and their Social Security scheme. Special consideration of cooperatives</i> https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.07	
Isabel Dólera Sevilla	126-154
El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo / <i>The framing of the heart attack as a work accident in teleworking</i> https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.08	
Raquel Poquet Catalá	155-178
La protección del trabajador a través de la presunción legal de accidente de trabajo / <i>The protection of the worker and the legal presumption of work accident</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.09	
María José Asquerino Lamparero	179-202
La asistencia personal, ¿una relación laboral “típica”? / <i>Personal assistance, a “typical” employment relationship?</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.10	
José Antonio Rueda Monroy	203-226
Los efectos sinérgicos de la prestación de servicios en plataformas <i>on line</i> , el trabajo de cuidados y el trabajo no declarado como retos de trabajo decente en la nueva sociedad digital / <i>The synergic effects of service provision in online platforms, care work and work not declared as decent work challenges in the new digital society</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.11	
Francisco Lozano Lares	227-271
Migrants and the challenge of decent work in Malta / <i>Los migrantes y el desafío del trabajo decente en Malta</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.12	
Manwel Debono	272-293
La necesaria dignificación del trabajo de los cuidadores no profesionales de personas dependientes, que no desarrollan otra actividad profesional, en el contexto del Pilar Europeo de Derechos Sociales / <i>The necessary dignification of the work of non-professional caregivers of dependent people, who do not carry out another profesional activity, in the context of the European Pillar of Social Rights</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.13	
María José Cervilla Garzón	294-311

Novas tecnologias e saúde do trabalhador: riscos psicossociais e o direito à desconexão digital / <i>New technologies and occupational health: psychosocial risks and the right to digital disconnection</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.14	
Talita Corrêa Gomes Cardim.....	312-334
Contrato de trabalho intermitente e repercussões previdenciárias / <i>Intermittent labor contract and Social Security implications</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.15	
Paula Pereira Pires / Marcelo Borsio.....	335-353
Da crise à reinvenção dos sindicatos na era digital: a teoria do reconhecimento como proposta de proteção social / <i>From the crisis to the reinvention of trade unions in the digital era: the theory of recognition as a proposal for social protection</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.16	
Marcos Paulo da Silva Oliveira	354-371
Commercio internazionale e tutela dei diritti dei lavoratori: alla ricerca di una globalizzazione sostenibile / <i>International trade and protection of workers' rights: in pursuit of a sustainable globalization</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.17	
Maria Rosaria Mauro.....	372-401
Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales / <i>Widow's pension: critical points and jurisprudential swings</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.18	
María Dolores García Valverde.....	402-425
La videovigilancia en el ámbito laboral. Algunos aspectos destacados en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia (2019-2020) / <i>Video surveillance in the workplace. Some distinguished aspects in the recent doctrine of the Spanish High Courts of Justice (2019-2020)</i> http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.19	
Jaime Román Lemos	426-450

RECENSIONES

Recensión de la obra de María José Cervilla Garzón: <i>Jurisprudencia y doctrina sobre el concepto de trabajador dependiente en el siglo XXI</i> , Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2021 http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.20	
Silvia Fernández Martínez.....	452-456
Resenha da obra de Marcos Paulo da Silva Oliveira: <i>E-sindicalismo: trabalho e reconhecimento na era do software</i> , CRV, Curitiba, 2019 http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.21	
Maria Cecília Máximo Teodoro.....	457-458



Tribuna



TRIBUNA

La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales*

SOCIAL PROTECTION AT THE CROSSROADS. THE EXPANSION OF REMOTE WORK AND THE RECEPTION OF DIGITAL NOMADS IN EUROPE

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

emsierra@us.es  0000-0001-5335-0360

Recibido: 9 de diciembre de 2021. Aceptado: 9 de diciembre de 2021.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE TRABAJO REMOTO
- III. VISAS NÓMADAS EN LA UNIÓN EUROPEA
 - A. Requisitos de visa para nómada digital
- IV. VALORACIÓN FINAL. TELETRABAJO INTERNACIONAL Y NÓMADAS DIGITALES

I. INTRODUCCIÓN

La OIT presentó el 1 de septiembre de 2021 el Informe Mundial sobre Protección Social 2020-2022, titulado La protección social en la encrucijada. En este informe se afirma que 4.000 millones de personas en el mundo siguen estando completamente desprotegidas a pesar de la expansión de la protección social durante la crisis generada por la COVID-19. La respuesta a la pandemia fue desigual e insuficiente, aumentando la distancia entre los países de altos ingresos y los de bajos ingresos, y no logró ofrecer la protección social indispensable que todos los seres humanos merecen. Entre los mensajes del informe se

*Este trabajo se ha elaborado en el marco de la Ayuda (RED2018-102508-T) financiada por MCIN/AEI /10.13039/501100011033

dice que la recuperación socioeconómica sigue siendo incierta, y que destinar más recursos a la protección social seguirá siendo decisivo. Esto indica que los países se encuentran en una encrucijada en la trayectoria de sus sistemas de protección social, desde el momento que deben elegir entre seguir una política de austeridad fiscal o de expansión y refuerzo de sus sistemas de protección social¹.

En el seno de la ONU se ha estimado que en materia de empleo es necesario crear en el mundo 400 millones de puestos de trabajo y extender la cobertura a 4.000 millones de personas que actualmente quedan desprotegidas. Las cifras económicas que se barajan giran alrededor de los 982.000 millones de dólares en medidas de estímulo fiscal como respuesta a la crisis del mercado laboral y, 1'2 billones de dólares anuales para los pisos de protección social en los países de ingresos bajos y medios². La recuperación de la pandemia que está centrada en las personas necesita que las políticas de empleo y de protección social sean conjuntas. Y, por lo tanto, es necesaria una acción acelerada en materia de empleo y protección social para evitar una recuperación mundial desigual y prevenir crisis futuras (Plataforma Global Accelerator on Jobs and Social Protection, 28 de septiembre 2021)³. En concreto, se propone una estrategia de financiación más ambiciosa que permita al mundo reconstruirse de forma más inclusiva y sostenible para acelerar la recuperación mundial COVID-19 y la acción climática, incluso en los países de bajos y medianos ingresos. En este sentido, todo esto sería posible si los países más ricos acordaran donar una media del 60% de su nueva asignación de DEG (Derechos Especiales de Giro del FMI recientemente emitidos) "a los países de renta baja y media-baja y si los consejos de administración de los Bancos Multilaterales de Desarrollo acordaran utilizar dos tercios del espacio adicional estimado que tienen colectivamente en sus estructuras de capital para ampliar la actividad de préstamo y de financiación combinada sin afectar a sus calificaciones crediticias"⁴.

La necesidad de crear empleo se encuentra con el problema de que el trabajo asalariado tradicional escasea y se está convirtiendo en una modalidad de prestación de servicios en crisis. El trabajo asalariado de la era industrial está conviviendo con un nuevo empleo flexible y digital que engloba múltiples formas de prestación de servicios (trabajo a distancia, teletrabajo no habitual, trabajo digital, trabajo de plataformas, etc.)

1. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_817576.pdf

2. OIT, Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202) "los pisos de protección social constituyen conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social" (art. 2).

3. Véase la plataforma "Global Accelerator on Jobs and Social Protection" presentada por el Secretario General de la ONU, el 28 de septiembre de 2021 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2021/09/un-secretary-general-calls-for-accelerated-action-on-jobs-and-social-protection-to-avoid-an-uneven-global-recovery-and-prevent-future-crises/>

4. OIT, Recuperación COVID-19 y acción climática. Una estrategia de financiación más ambiciosa que permita al mundo reconstruir de forma más inclusiva y sostenible es posible, 7 octubre 2021, en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_822118/lang-es/index.htm

Véase Documento de trabajo de la OIT 40 "Modos de financiar una recuperación de la crisis de la COVID-19 centrada en las personas y una acción decisiva contra el cambio climático en todo el mundo: El momento de la verdad de la cooperación internacional en el siglo XXI".

y, de alguna manera, representa nuevas formas de trabajo que intentan evitar el compromiso y las garantías de los derechos laborales como, por ejemplo, una retribución adecuada y/o digna. Así, por ejemplo, las plataformas digitales de trabajo generaron en el mundo unos ingresos de al menos 52.000 millones de dólares en 2019. Cerca del 70% de los ingresos se obtuvieron en los Estados Unidos (49%) y China (23%). Las condiciones laborales en estas plataformas se rigen en gran medida por contratos de servicios definidos unilateralmente por las plataformas en aspectos como el tiempo de trabajo, la remuneración, los protocolos de atención al cliente, la legislación aplicable y la propiedad de los datos y, por lo tanto, no contemplan una relación contractual entre la plataforma y el trabajador como una relación de trabajo. Esto significa que estos trabajadores no disfrutaban de la protección y los derechos laborales de los asalariados (por ejemplo, el seguro de enfermedad y las prestaciones de accidente de trabajo, el seguro de desempleo e invalidez, y las prestaciones de jubilación o pensión de vejez), lo que ha ocasionado que muchos países comiencen a abordar algunas de las cuestiones relacionadas con su protección social⁵. En materia de seguridad social se han abordado medidas novedosas. Por ejemplo, en Francia las plataformas han asumido los costos del seguro de accidente de los trabajadores por cuenta propia, y en Latinoamérica han incluido a estos trabajadores en la seguridad social⁶.

Una de las acciones propuestas por la ONU en materia de empleo y protección social es diseñar medidas de política para extender la protección social a los trabajadores de la economía informal, y fomentar la formalización progresiva de las empresas y el empleo, incluida la economía del cuidado.

En España se ha producido un avance con la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2021, de 23 de octubre, que garantiza los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE, núm. 233, de 29 de septiembre de 2021). Esta Ley estableció la presunción de laboralidad de las actividades de reparto cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. No obstante, se trata de un avance relativo, ya que la presunción sólo se extiende a aquellas personas que realizan prestaciones de servicios de reparto, por lo que quedan excluidas todas aquéllas que realizan actividades distintas a las de reparto en las plataformas económicas.

5. Las nuevas realidades digitales son objeto de iniciativas sindicales. Recientemente UGT ha impulsado la primera "RED de creadores de contenido" de redes sociales en España. Un nuevo proyecto sindical que recoge la actividad desempeñada por "youtubers", "instagramers" y "tiktokers" y otros espacios y redes sociales. Se trata de un "colectivo que reivindican negociación, diálogo y unas reglas justas para todas las personas que generen contenido propio y repetido, y consideran que en este proceso deben estar la Administración del Estado español y la Unión Europea como parte de una regulación adecuada" en <https://www.ugt.es/ugt-impulsa-la-primera-red-de-creadores-de-contenido-de-redes-sociales-en-espana>

6. OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación de mundo del trabajo*, 2021, pág. 5, 10 y 11. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_771675.pdf

Por otro lado, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, contempló la prestación de servicios que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa y de la que el teletrabajo es una subespecie que implica la prestación de servicios con nuevas tecnologías⁷. Sin embargo, la Ley sólo ha incluido dentro de su ámbito de aplicación el trabajo a distancia regular, es decir, el que se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1 Ley). Tampoco incluye referencia al teletrabajo transnacional, al menos en los términos en que se ha realizado en otros países⁸.

Estos son pequeños ejemplos de regulación de la normativa laboral de prestación de servicios que no son significativos ante la aparición disruptiva del trabajo digital. Los datos del año 2018 señalan que la economía informal empleaba a más del 60% de la población activa mundial. Unos 2.000 millones de personas ocupan un empleo informal, gran parte de ellas en los países emergentes y los países en vías de desarrollo. La mayoría carece de protección social, derechos en el trabajo y de condiciones de trabajo decentes⁹.

En nuestro estudio nos vamos a centrar en los trabajos remotos cuyas prestaciones de servicios están siendo reguladas con un amplio margen de flexibilidad con la finalidad de captar el talento, la inversión, consumidores y turismo de personas cualificadas¹⁰.

II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE TRABAJO REMOTO

Un número importante de países de Latinoamérica han regulado e implementado el trabajo a distancia o teletrabajo como consecuencia de la pandemia de la COVID-19. En Latinoamérica desde que entraron en vigor las normas de confinamiento y otras como consecuencia de la pandemia, en el peor momento de la crisis (segundo trimestre de 2020), 23 millones de personas trabajaron desde sus domicilios (entre el 20 y 30% de los asalariados). Antes de la pandemia esa cifra era muy inferior (en torno a un

7. Exposición de motivos I de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

8. El régimen legal de Teletrabajo en Argentina fue sancionado en agosto de 2020 a través de ley Nº27. 555. El pasado 19.1.2021, el Ministerio de Trabajo dictó el decreto Nº 27/2021 que reglamentó la aplicación de esta ley y reguló sobre el actual Régimen de Teletrabajo. El art. 17 de la mencionada ley establece: "Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja. En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones".

9. Informe de la OIT (2018), "Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico. Tercera edición" en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_627202/lang--es/index.htm

10. OIT/CINTERFOR, empleo informal. "Incluye todo trabajo remunerado (p. ej., tanto autoempleo como empleo asalariado) que no está registrado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguros, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores" <https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3366>

3%), y el teletrabajo era principalmente realizado por trabajadores por cuenta propia. Los grandes perjudicados fueron los trabajadores informales, que no tuvieron la posibilidad de mantener el empleo por no poder acceder al teletrabajo. Y, por otro lado, las mujeres, al no poder dejar las labores tradicionales de cuidados que realizaban¹¹.

En la Unión Europea se constata la adopción acelerada del teletrabajo tras el inicio de la pandemia y la puesta en marcha de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. En el período 2011-2019, la adopción del teletrabajo era muy desigual en los países europeos, oscilando el porcentaje de ocupados que trabajan desde el domicilio particular de la media de la UE-27 entre el 4'8% y el 5'5%. Estos porcentajes se han triplicado durante la pandemia, si bien la adopción del teletrabajo ha variado según han evolucionado las restricciones de movilidad que se han establecido por las autoridades en los distintos países¹².

En definitiva, observamos que el teletrabajo como trabajo remoto ha sido o está siendo objeto de regulación por la gran mayoría de los países del mundo que han recurrido a esta forma de trabajo como consecuencia de la crisis de la COVID-19. Es decir, es un trabajo remoto garantizado como medida de protección social. En este sentido, nos queda por estudiar aquellos otros trabajos remotos calificados como nómadas digitales que se encuentran próximos al denominado teletrabajo internacional que no tiene una normativa específica de regulación en el ámbito de la UE.

El teletrabajo es una modalidad de trabajo remoto que con la pandemia experimenta un fuerte impulso, puesto que recurrir al mismo constituye una decisión sanitaria decretada en el marco de los estados excepcionales. Este carácter forzoso implica la existencia de una nueva categoría que podría denominarse "trabajo remoto excepcional y obligatorio"¹³ y, por lo tanto, como afirma el profesor de la Universidad de la Sorbona, Jean Emmanuel Ray, ese teletrabajo forzado no es teletrabajo¹⁴. En Perú se estableció la figura del trabajo remoto regulado en el Decreto Supremo 10-2020-TR porque, a diferencia de lo que ocurre con el teletrabajo, el trabajo remoto no requiere de un acuerdo entre las partes y tampoco exige que la empresa compense al trabajador, por ejemplo, los suministros de equipos de trabajo y de Internet.

Al margen de esta terminología surgida como consecuencia de la pandemia, podemos identificar el trabajo remoto como aquél que permite trabajar fuera de un entorno de oficina tradicional como ocurre en el teletrabajo. No obstante, existe una

11. OIT, Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe, 2021 https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_811301/lang--es/index.htm

12. ONTSI, Dossier de indicadores de teletrabajo y trabajo en movilidad en España y la UE (junio 2021), junio de 2021 <https://www.ontsi.es/index.php/es/publicaciones/Dossier-de-indicadores-de-teletrabajo-y-trabajo-en-movilidad-en-Espana-y-la-UE-junio-2021>

13. Entrevista realizada a la representante de la OIT Cono Sur de América Latina, Carmen Bueno, el 26 de junio de 2020 en <https://www.cronista.com/informacion-gral/La-OIT-sugiere-la-categoria-de-trabajo-remoto-excepcional-y-obligatorio-20200623-0037.html>

14. Ray, Jean Emmanuel "Télétravail à l'heure du Covid-19: l'open space au domicile", Le Club Des Juristes, Le premier Think Tank Juridique Français, 27 de marzo 2020. <https://blog.leclubdesjuristes.com/teletravail-a-lheure-du-covid-19-lopen-space-au-domicile/> También en <https://zevillage.net/teletravail/jean-emmanuel-ray-ne-tuons-pas-lelandu-teletravail/>

modalidad de trabajo remoto que se diferencia del teletrabajo en que “los empleados remotos pueden ejecutar sus proyectos y superar sus objetivos donde quieran”¹⁵, pero en un régimen de movilidad temporal internacional y que se identifican con el término “nómadas digitales”. En este sentido, cabe incluirlos en lo que se ha denominado teletrabajo internacional porque carecen de una “figura jurídico-migratoria que lo regule”¹⁶.

La pandemia de la COVID-19 y el fenómeno conocido como la Uberización de la economía han abierto la posibilidad de que ciertos profesionales puedan aspirar a un estilo de vida diferente y de movilidad utilizando las herramientas digitales para la prestación de servicios en remoto. Estos nómadas digitales se identifican con personas que nacieron en la década de 1980 y fines de la década de 1990, que desde temprana edad están familiarizados con las herramientas informáticas (millennials), y que suelen cambiar de trabajo con cierta regularidad, bien porque no tienen una estabilidad económica o bien porque no se sienten involucrados con las organizaciones para la que prestan servicios¹⁷. Al respecto, en un informe realizado en Norteamérica el 60% de estos millennials dicen que están abiertos a una oportunidad laboral diferente, 15 puntos porcentuales más que el porcentaje de trabajadores no millennials que dicen lo mismo. Igualmente, también el 36% estaría dispuesto a buscar trabajo en una organización diferente en los primeros 12 meses si el mercado de trabajo mejora, en comparación con el 21% de los no millennials que dicen lo mismo¹⁸.

En la Unión Europea estos nómadas digitales son considerados teletrabajadores extranjeros a los que se les permite teletrabajar en un país cualquiera de Europa para una empresa empleadora radicada en el extranjero mediante la obtención de las visas nómadas dotadas de un régimen de concesión flexible. Así, por ejemplo, con el objetivo de mejorar el atractivo de nuestro país como plataforma audiovisual europea para generar negocio y puestos de trabajo en España se ha publicado la Orden PCM/1238/2021, de 12 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2021, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento de entrada y permanencia de nacionales de terceros países que ejercen actividad en el sector audiovisual (BOE, núm. 272, de 13 de noviembre de 2021). En esta Orden se articulan tres vías en función del periodo de permanencia de estos profesionales en España. Incluso en algunos casos están exentos de la obtención de la autorización de trabajo.

15. Blog Pcweb.info, Qué es el trabajo remoto, definición, en qué consiste, 18 de agosto de 2020 <https://pcweb.info/que-es-el-trabajo-remoto-definicion-en-que-consiste/>

16. Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional, FEEX, Libro Blanco Teletrabajo Internacional, 2021, p. 35 afirmación realizada tras estudiar el marco jurídico migratorio aplicable en España.

17. En Estados Unidos tras la pandemia el número de personas que han dimitido de sus empresas se sitúa en 4 millones. Este fenómeno se conoce como “The Great Resignation” de trabajadores de la banca de inversión que cambian al sector de las tecnológicas porque buscan “otras cosas” independientemente de la retribución, vid. en NIUS, 28 de noviembre de 2021, Alejandra Nuño, socióloga, sobre la `gran desbandada laboral: “La gente no quiere seguir trabajando así.

18. Gallup. Business Journal, Millennials: The Job-Hopping Generation en <https://www.gallup.com/workplace/231587/millennials-job-hopping-generation.aspx>

En la futura Ley de Fomento del Ecosistema de Empresas Emergentes (Ley de Startups) se establece una regulación de los nómadas digitales y así, por un lado, se prevé un régimen tributario específico para que estas personas desplazadas que teletrabajan en territorio español se sometan al impuesto sobre la renta de no residentes, relajándose los requisitos para acceder a este régimen (pasando de 10 a 5 años el requisito de no ser residente fiscal en España) y, por otro lado, se amplía el período de disfrute de 5 a 10 años. Asimismo se crea un visado específico para las personas que teletrabajen en España para una empresa extranjera¹⁹.

Más abajo haremos referencia a este anteproyecto que contempla las visas de nómadas en España, pero previamente vamos a ver varios ejemplos en países que han creado la visa para nómadas digitales dirigida a teletrabajadores que presten servicios en el extranjero de forma independiente y temporal. En general la norma está pensada para profesionales altamente cualificados, emprendedores e inversores y, entre otros propósitos, para que sirva como posible vía de creación de empleo²⁰.

III. VISAS NÓMADAS EN LA UNIÓN EUROPEA²¹

Aunque el trabajo en remoto permite la movilidad internacional, sigue siendo necesario que los teletrabajadores soliciten una visa de trabajo tradicional cuando no tienen un contrato con una empresa local y/o una carta de invitación. Tampoco pueden permanecer en el país de origen por más tiempo de lo que permite una visa turista y, en el caso de que no sea necesaria dicha visa, tampoco pueden permanecer más allá del corto período de tiempo que la normativa les permite (espacio Schengen). En la UE a partir de 2022 se va exigir autorización ETIAS para Europa para estancias cortas sin visa en el Área Schengen²².

19. El anteproyecto prevé un régimen tributario español para teletrabajadores extranjeros que posean esta visa española. Estos teletrabajadores estarán sometidos al impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) que, por lo tanto, supondrá una reducción en los tributos. Hasta 600.000 Euros pasarían de pagar un 24% a un 15%. Incluso pueden solicitar el aplazamiento del IRNR en el primer y segundo ejercicio con base imponible positiva (sin intereses) y se elimina el requisito de realizar pagos fraccionarios del IRNR en los años posteriores en los que la base imponible sea positiva. Fuente. VisaEUROPA, ¿Trabajar desde España? Llega la visa para nómadas digitales en <https://www.visaeuropa.com/noticias/visa-nomadas-digitales-espana>

20. ETIAS, Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

21. ETIAS, Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

22. Existen más de 60 países que no necesitan visado para viajar a Europa (espacio Schengen formado por 26 naciones europeas que han suprimido los controles en sus fronteras exteriores comunes) porque se encuentran en el área europea de libre circulación. Sin embargo para estos países que no necesitan visados, la UE va a poner en marcha el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (ETIAS) a finales de 2022. Este es un sistema que se implanta para los extranjeros exentos de visado y que, por lo tanto, tienen que obtener ETIAS para visitar países Schengen en estancias de hasta 90 días. En estos casos, estamos ante nacionales de países elegibles para solicitar ETIAS (ETIAS no es un visado, es un permiso de viaje que se puede obtener fácilmente a través de una solicitud en línea) y visitar Europa sin visado en estancias de corta duración. Una vez aprobado, ETIAS es válido durante 3 años consecutivos, permitiendo estancias de hasta 90 días en un período de 180 días en ETIAS, ¿Qué países no necesitan visa para viajar por Europa? en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/viajar-sin-visa-a-europa> La autorización de viaje ETIAS es un permiso de viaje para aquellos que se desplazan por negocios o turismo y no sustituye las visas de estu-

Los trabajadores en remoto que deseen permanecer más tiempo del permitido con una visa de turista (que no les permite trabajar) pueden tramitar la visa de nómada digital que se les concederá principalmente en el caso de que disponga de recursos suficientes.

A. Requisitos de visa para nómada digital

Con independencia de que cada país tenga su propia norma, el trabajador remoto debe probar esta condición para poder solicitar las visas para nómadas digitales y, en concreto, debe demostrar que económicamente cuenta con medios para cubrir su estancia. Sin embargo, este dato no es suficiente ya que no todos los solicitantes son elegibles para una visa de nómada digital. La elegibilidad depende de varios factores tales como la nacionalidad del trabajador remoto, su historial de visas y si el solicitante se considera una amenaza para la seguridad o la salud de los países donde han solicitado la visa de nómada digital²³.

Veamos algunos ejemplos de estas visas nómadas que tienen como finalidad captar el talento y nuevas iniciativas emprendedoras y económicas que sirvan para incentivar el empleo local:

1- CROACIA es uno de los primeros países que implantó estas visas (1 de enero de 2021), por lo que tuvo que modificar su Ley de Extranjería para permitir que trabajadores remotos que no tienen pasaporte de la UE puedan obtener una visa de residencia por un año y estar exentos de pagar el IRPF. El nómada digital es un nacional de un tercer país que está empleado o realiza un trabajo a través de la tecnología de la comunicación para una empresa o su propia empresa que no está registrada en la República de Croacia y no realiza ni presta servicios a empleadores en la República de Croacia²⁴.

Estos trabajadores remotos pueden presentar la solicitud de visa en su Consulado o en una estación de policía en Croacia²⁵. Una vez que al trabajador remoto le sea concedida la visa, que le permite viajar con familiares cercanos que también obtendrán el permiso de residencia, a su llegada a Croacia deben informar a las autoridades locales y proporcionar su dirección en el país y actualizar esta información durante su estancia si fuera necesario. Los requisitos que se exigen son: prueba de trabajo remoto, ingresos anuales suficientes, seguro médico, comprobación de antecedentes penales y un contrato de alquiler²⁶.

dante o de trabajo. Los nacionales de terceros países que deseen vivir, estudiar, trabajar o permanecer en Europa por más de 90 días consecutivos, tendrá que solicitar otro tipo de visado ETIAS, Requisitos de entrada a Europa con ETIAS <https://www.etiasvisa.com/es/requisitos-etias>

23. ETIAS, Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

24. Republic of Croatia, Ministry of the Interior, <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>

25. Pasaporte al futuro, <https://pasaportealfuturo.com/visa-para-nomadas-digitales-en-croacia/>

26. ETIAS, Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

La estancia temporal no se puede prorrogar, aunque se puede presentar una nueva solicitud para regular la estadía de nómadas digitales 6 meses después de la expiración de la estadía temporal previamente otorgada²⁷.

Se dice que esta visa para estos trabajadores remotos, a diferencia de otras visas para nómadas digitales en otros lugares, es en realidad un permiso de residencia nómada digital que permite permanecer a estos nómadas remotos como residentes a corto plazo en Croacia por un máximo de 12 meses²⁸.

En la actualidad se espera que Croacia ingrese en el espacio Schengen a finales de 2022, una vez que obtenga la aprobación y ratificación, por unanimidad, de todos los demás Gobiernos miembros de la Unión Europea. En ese caso, a partir de finales de 2022, los turistas de terceros países (exentos de visa para viajar a la Zona Schengen) que quieran viajar a una nación del espacio Schengen tendrán que solicitar un permiso ETIAS para estancias cortas de hasta 90 días. La zona Schengen consta de 22 estados, de los 28 miembros de pleno derecho de la Unión Europea, y de 4 países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), incluidos Islandia y Noruega²⁹.

2.- ALEMANIA es uno de los primeros países que creó una visa para autónomos de dos tipos: a) para artistas y b) para otros profesionales. Estos deben registrarse en la oficina de impuestos alemana y presentar una serie de documentos como, por ejemplo, extractos bancarios. En todo caso los autónomos deben tener clientes ubicados en Alemania³⁰.

Así, por ejemplo, el portal de Servicios de Berlín recoge los requisitos para emitir un permiso de residencia para realizar una actividad por cuenta propia como empresario (diferente para los autónomos en cuanto que exige diferentes requisitos). Entre los requisitos se exige que el solicitante tenga suscrito un plan de pensiones adecuado si ha cumplido los 45 años. En este sentido, contempla que a la edad de 67 años debe tener una pensión mensual de 1.332'36 euros (al menos por 12 años) o un importe de activo de 194.631'00 euros³¹.

3.- ESPAÑA se ha comprometido a aprobar una ley para impulsar a las empresas emergentes y fomentar el emprendimiento antes de finales de 2022. En el anteproyecto de Ley de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes se contempla la creación de un nuevo visado para trabajadores en remoto para trabajar a distancia para empresas extranjeras y residir en el país sin necesidad de un visado de trabajo regular (Ley de Startups). La visa de nómadas digitales cubre tres modalidades diferentes para extranjeros que quieran residir en España: a) Los nómadas digitales; b) los extranjeros que trabajen en remoto desde España para una empresa de fuera del

27. Republic of Croatia, Ministry of the Interior, <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>

28. <https://www.chasingthedonkey.com/croatia-digital-nomad-visa-requirements/>

29. visa EUROPA, Croacia formará parte del espacio Schengen en <https://www.visaeuropa.com/noticias/croacia-espacio-schengen>

30. ETIAS, Visas para nómadas digitales en países de la UE en <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

31. <https://service.berlin.de/dienstleistung/305249/en/>

territorio español; y c) extranjeros que trabajen en una empresa foránea en España, incluyendo al sector audiovisual.

El anteproyecto de ley entiende como “nómada digital” a las personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia habitualmente, y compatibilizar el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de referencia.

Los requisitos que se exigirán para que el nómada digital pueda obtener el visado español son: a) acreditar que ejercen una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera de España; b) ser un profesional altamente cualificado (graduado o postgraduado universitario, con formación profesional y/o con certificados de una escuela de negocios); y c) tener una experiencia profesional mínima de 3 años.

En el momento de tramitar la visa de trabajo remoto, los postulantes deben demostrar que: a) existe una actividad real y continuada de trabajo durante al menos 1 año con la(s) empresa(s) extranjera(s); y b) los empleadores internacionales autorizan la realización de trabajo en remoto.

El visado de nómada digital (teletrabajo de carácter internacional) es suficiente para garantizar la residencia y permiso de trabajo a distancia en España durante un máximo de un año. No obstante, existe la posibilidad de renovarlo por 2 años más (y así sucesivamente) mientras se cumplan los requisitos. Los nómadas digitales pueden trabajar para ellos mismos o para empleadores en cualquier lugar del mundo³².

IV. VALORACIÓN FINAL. TELETRABAJO INTERNACIONAL Y NÓMADAS DIGITALES

La Asociación Española de Movilidad Laboral Internacional-FEEX ha publicado una obra colectiva titulada Libro Blanco. Teletrabajo Internacional³³ que realiza una serie de propuestas en el ámbito laboral y de seguridad social, en el ámbito migratorio y el ámbito fiscal. En este estudio se aporta una definición de teletrabajo internacional que cabe extender a aquellos nómadas digitales que presten servicios desde un país extranjero para aquél donde se encuentre establecida la empresa que lo contrata³⁴.

En este sentido, es interesante incluir al nómada digital asalariado en el concepto de teletrabajo internacional que proporciona el mencionado Libro Blanco, ya que “el teletrabajo internacional responderá a un interés del trabajador en cuanto a la realización del trabajo en un país concreto distinto a aquel donde se encuentre establecida la empresa que contrata al trabajador, siendo en todo caso voluntario para el trabajador y el empresario afectado; en ningún caso el teletrabajo internacional supondrá una prestación transnacional de servicios dado que el teletrabajador internacional

32. Fuente en visaEuropa, ¿Trabajar desde España? Llega la visa para nómadas digitales en <https://www.visaeuropa.com/noticias/visa-nomadas-digitales-espana>

33. <https://www.feex.org/eventos-gestion-expatriados/presentacion-libro-blanco-sobre-teletrabajo-internacional/>

34. AAW, Libro Blanco Teletrabajo internacional, FEEX, 2021, p. 24.

prestará los mismos servicios para su empleador y de la misma manera que lo habría hecho en caso de no encontrarse en dicha situación de teletrabajo internacional³⁵.

Esto es significativo puesto que no van a tener la consideración de teletrabajo internacional la actividad laboral realizada por los trabajadores desplazados internacionalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios (expatriados, trabajadores transfronterizos, trabajadores móviles y “cualquier otra forma de prestación de servicios que requiera de la presencia física del trabajador en un país concreto y diferente al de la empresa que le contrata”)³⁶. En este sentido, no sería de aplicación la normativa europea en relación a los desplazamientos de trabajadores (Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996 y sus posteriores modificaciones) y, por tanto, tampoco los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de seguridad social y los convenios bilaterales para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social suscritos por España con países extracomunitarios, porque “la prestación de servicios desde un país extranjero en el marco de una situación de teletrabajo internacional no responde a una necesidad o decisión empresarial de desplazar al trabajador para prestar un servicio con carácter temporal en dicho país extranjero”³⁷.

Es cierto que existe una ausencia significativa de regulación en el ámbito de la UE sobre este tema. Por este motivo se ha propuesto la necesidad de una nueva regulación de esta figura del teletrabajo internacional que permita “la exención de cotizar en el lugar desde donde se teletrabaja, al menos en los mismos términos que lo establece la normativa de seguridad social para los supuestos de desplazamiento temporal en el marco de una prestación de servicios transnacional”.

En el caso de que el teletrabajo se realice en terceros países se sugiere una figura similar a la concesión de visas a nómadas digitales³⁸.

En definitiva, estaremos pendientes de esa nueva regulación en España y, en su caso, de las propuestas que puedan surgir en el seno de la UE y que aporten un marco de regulación que incluya estas nuevas formas de trabajo remoto en los sistemas de protección social para contribuir a la sostenibilidad de los mismos.

35. Ibidem, p. 24

36. Ibidem, p. 61

37. Ibidem, p. 64.

38. Ibidem, p. 76.



Artículos doctrinales



La protección familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional y social comunitario*

FAMILY PROTECTION DUE TO A DEPENDENT CHILD IN THE INTERNATIONAL AND SOCIAL COMMUNITY CONCERT

Fernando Moreno de Vega y Lomo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Salamanca

femove@usal.es 0000-0002-2597-1351

Recibido: 13.09.2021. Aceptado: 22.11.2021

RESUMEN

Es un hecho cierto el que la proximidad de la digitalización obligará a muchos trabajadores a migrar a otros Estados en busca de un futuro mejor. Al amparo de este derecho humano, hay que incluir también a la familia de quien se desplaza. El presente trabajo, propone una reflexión actualizada sobre la protección de los hijos a cargo en este escenario, y ello tomando en consideración tanto el Derecho Social de la Unión Europea como los vínculos jurídicos con una buena parte de Estados del entorno geopolítico iberoamericano.

ABSTRACT

It is a certain fact that the proximity of digitization will force many workers to migrate to other States in search of a better future. Under the protection of this human right, the family of those who are displaced must also be included. This work proposes an updated reflection on the protection of dependent children in this stage, and this taking into consideration both the Social Law of the European Union as well as the legal ties with a good part of the States of the Iberoamerican geographic and political environment.

PALABRAS CLAVE

Migración
Familia
Protección social por hijo a cargo

KEYWORDS

Migration
Family
Social protection for dependent children

* La presente colaboración es una versión ampliada de la ponencia que bajo el título “Prestaciones familiares, Derecho de la Unión Europea y Convenio Iberoamericano de Seguridad Social” fue presentada en el Congreso Internacional “La protección social y coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamericana: los desafíos del Brexit y el pilar europeo de derechos sociales”, celebrado en Cádiz, en fecha 28 de junio de 2021. Esta publicación es parte de la ayuda (RED2018-102408-T) financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA FAMILIA COMO OBJETO DE TUTELA
- III. LA NOTORIEDAD DEL DERECHO A LA MIGRACIÓN
- IV. EL SENTIDO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PRÁCTICA MIGRATORIA Y TUTIVA DE LA FAMILIA
- V. EL REGLAMENTO (CE) 883/2002 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL
- VI. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL
- VII. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS BILATERALES
 - A. El campo de aplicación objetivo
 - B. El principio de exportación de prestaciones y su influencia en la materia
 - C. El desplazamiento transnacional
- VIII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Emerge como un hecho indubitado el que, a día de hoy, nos hallamos en un ciclo vital en el que, cada vez con mayor evidencia, se aprecia una escasez de puestos de trabajo tal y como hasta ahora los habíamos venido conociendo. Como un elemento clave de incidencia para esta metamorfosis, la coexistencia de ciertos acontecimientos pretéritos, como la crisis financiera global que despunta a finales de la primera década del siglo XXI, con otros futuros, por no decir ya presentes, como la cuarta revolución industrial. Pues bien, este escenario permite reflexionar con fundamento en una triple proposición temática:

1. Desde un punto de vista jurídico laboral, se reactiva de manera destacada la conveniencia, en según qué casos la necesidad, de que el individuo, más específicamente el trabajador, abandone su Estado de origen o, al menos de nacionalidad, en la legítima búsqueda de un mejor empleo. En otras palabras, el derecho a la migración está por alcanzar más visibilidad y eficacia que nunca.
2. Aunque el trabajador se desplace por causa profesional a otro Estado miembro de una concreta comunidad internacional, ha de continuar siendo beneficiario de una protección social indisolublemente vinculada a su condición de profesional, autónomo o dependiente, mas ¿la de su Estado de origen o la del lugar de trabajo?
3. Sobre la esencia de este último planteamiento, hay que traer a colación la perspectiva más sociológica conforme a la cual, en ocasiones, el trabajador no es solo él mismo, o él solo, sino también su familia¹. De hecho, esta visión más generalizante desde el punto de vista subjetivo, es uno de los pilares funda-

1. Para un estudio más detallado sobre la notoriedad que en nuestro ordenamiento ostenta la familia en tanto bien jurídico constitucionalmente protegible, *vid.*, Moreno de Vega y Lomo, F: "La convivencia de prestaciones públicas en el escenario social de la unidad familiar", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 314 y 315.

mentales en orden al estímulo de la libre circulación de trabajadores en que se sustenta la anteriormente comentada movilidad transnacional.

Llegados a este punto, es ya el momento de intentar coser estos tres grandes perfiles de contenido social y normativo como causa del estudio que se propone. Cuando un ciudadano, que además disfruta de la condición de trabajador, se ve en la tesitura, voluntaria u obligada, de cambiar de Estado al efecto de la práctica profesional, es titular de un derecho a verse protegido frente a todas aquellas contingencias que pudiera sufrir en la ejecución de su labor, y ello, cabe reiterar, ya sea de manera autónoma o en régimen de dependencia. Aquí es donde juega su papel la Seguridad Social. Ahora bien, de igual manera es conocido que esta rama autónoma del ordenamiento jurídico extiende su campo de influencia a todas aquellas personas que acompañan al trabajador puesto que, con arraigo en el Derecho común, conforman una estructura familiar. Pues bien, dentro de ésta, una atención especial merecen los hijos, ya que no sólo encarnan la esencia de la consanguinidad en un linaje sino que, además y desde una perspectiva jurídico laboral, pueden actuar como el sujeto causante de ciertas contingencias, de criterio cualitativamente económico y cuantitativamente gravoso, que pueden terminar repercutiendo a modo de tortuoso desequilibrio contra el ascendiente, el trabajador, y la unidad familiar en su conjunto².

Así las cosas, queda acreditada de manera harto suficiente la necesidad de proteger tanto el Derecho de Familia, como el Derecho de la Seguridad Social y, por supuesto, el poder a la migración internacional. La pregunta es: ¿cómo está a día de hoy el estado de la cuestión, bajo el auspicio de una perspectiva internacional y comparada, cuando se sitúa el punto de inflexión en una variante temática de cobertura tan vidriosa como es la atinente al hijo a cargo?

II. LA FAMILIA COMO OBJETO DE TUTELA

Iniciamos nuestra argumentación con una presentación de esta institución clave que parte desde su misma semántica. El cometido pasa por tratar de acreditar el por qué nos posicionamos ante la estructura social y civilista sobre la que el ser humano apoya, de manera preferente o prioritaria, su realidad existencial, circunstancia esta que, por su extraordinaria notoriedad, va a actuar como el germen para su ulterior toma en consideración por el Derecho, en tanto canalización normativa de una específica realidad social.

Partiendo, así pues, nuestra acometida desde los cimientos que representan las siempre complicadas propuestas conceptuales, hay que decir que de las múltiples

2. Un análisis más detallado sobre la semántica de este concepto jurídico en el más específico escenario de protección social que es objeto de investigación, *vid.*, Gorelli Hernández, J.: "Paleontología jurídica: las prestaciones por hijo a cargo (un resbaladizo fósil viviente). Su delimitación en base a las cargas familiares", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 44-46, así como Valdeolivas García, Y.: "Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar", *Temas Laborales*, núm. 84, 2004, pp. 46-50.

definiciones que sobre el vocablo familia ofrece el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, interesa centrar el punto de atención, siempre a los efectos directamente interesados del presente estudio, en aquellas que se ubican en los tres primeros cardinales. A tenor del ya mencionado carácter selectivo y por la notoriedad que ello amerita, se reproducen a continuación bajo tenor literal:

1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.
2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.
3. Hijos o descendencia.

La primera de las acepciones ofrece carta de naturaleza a aquello que en el párrafo inicial de este mismo apartado se describía al cobijo de lo que cabría considerar una especie de cultura general y que, de esta guisa, adquiere un reconocimiento oficial. Esa composición civil en la que, de manera sensiblemente intencionada, elegida, se ha venido desarrollando, madurando, el ser humano. Puede considerarse, así las cosas y sin temor al equívoco, como el vértice de la pirámide en la Sociología del individuo.

La segunda referencia, a simple vista muy similar, deja entrever no obstante y al albur de una exégesis más detallista, un presupuesto diferencial que habrá de conferir todo su juego en la causa y contenido de este trabajo. Me refiero a la exceptuación del condicionante sobre la convivencia física que sí proclama la propuesta inicial. En fin, podríamos considerar, por el momento, que el mencionado elemento interpretativo extiende de manera decidida las opciones de que exista un grupo familiar y, por ende, la conveniencia de su protección.

Finalmente, y de manera más que evidente, la tercera de las significaciones refuerza su causa sobre el factor subjetivo, más concretamente el hijo. Si bien resulta obvio que, culturalmente hablando, son bastantes las relaciones de parentesco, consanguíneo o afín, que pueden entrelazar la superficie de la institución, no deviene menos cierto que la figura del descendiente viene a erigirse en el núcleo de referencia sobre el que pivota la función social de la familia, léase la protección recíproca entre los miembros que forman parte de la misma.

Arribamos, pues, a un primer gran punto de inflexión. Si algo debemos tener meridianamente claro en la fase inicial en la que nos hallamos, es que la familia ha sido y continúa siéndolo una de las principales manifestaciones de realidad social y humana. Convengo con estudiosos de la materia en que el modelo estructural sobre el que tradicionalmente se ha venido asentando está en crisis³ ante la efervescencia de nuevas manifestaciones, no obstante y, de seguro, se presenta como un elemento que, más allá de formalidades o tradicionalismos, ha de ser conservado y convenientemente protegido como símbolo de la lucha y, particularmente, de la cobertura de todo aquello que rodea a la integridad física y moral del ser humano.

3. Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones familiares; ese pariente pobre de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6, 2016, p. 14.

III. LA NOTORIEDAD DEL DERECHO A LA MIGRACIÓN

Partiendo una vez más de la semántica más esencial que oferta la Real Academia Española de la Lengua, el significado de este sustantivo que más y mejor se adapta a nuestra propuesta para el estudio, es el siguiente: “Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”.

De entrada y en base a los dictados de una primera interpretación, bastante superficial todo sea dicho, ya resulta factible advertir varios de los presupuestos para el análisis que fueron por mi parte aderezados en la introducción de este trabajo. Sin ir más lejos, la centralización de la incidencia subjetiva en la figura unilateral o colectiva que bien puede materializar una estructura familiar, así como la referencia a las causas económicas que pueden sugerir el tránsito y, entre las cuales, a buen seguro merece un lugar destacado la práctica de una tarea profesional.

La migración es un *modus operandi* del ser humano que, acorde a una dimensión temporal, muestra su presencia desde hace siglos y es que, a tenor de una perspectiva de superficie geopolítica, reviste un grado de influencia global. Tratando de acotar el campo de estudio y tomando para ello el punto de partida que representa el siglo XX, son varias las causas y por tanto los episodios de migración que se vienen sucediendo:

1. La primera mitad del siglo XX, viene acotada por dos acontecimientos de devastadoras consecuencias cuales son sendas guerras mundiales. El movimiento transnacional viene así justificado en una huida del desastre, sea cual sea el prisma desde el que se quiera mirar. El único postulado, se sustenta en la búsqueda de un nuevo lugar en el que, simplemente, poder vivir con dignidad.
2. La segunda fracción de la centuria mencionada y de manera claramente informada por los perniciosos efectos del segundo periodo bélico, salta a la palestra la causa económica como el justificante del tráfico. El individuo, siempre condicionado a trabajar, se ve ahora más que nunca en la siempre ardua deliberación de abandono de su Estado de nacimiento o nacionalidad en pro de una ocupación profesional que le permita obtener el sustento suficiente para la cobertura de las necesidades básicas, entiéndase tanto de las propias como, por irradiación, de las que subyacen a cuantos con él dan crédito a una estructura familiar.
3. Finalmente, ya inmersos en la tercera década del siglo XXI, es lo que podríamos identificar como una tendencia de futuro, sin olvidar las secuelas que aún colean de la crisis financiera, la que marca el discurrir de la migración. No otra, en igual medida contemplada en el prefacio, que la era de la digitalización. Efectivamente, desde la eclosión hace ya varias décadas de las nuevas tecnologías en información y comunicación, son ya muchas las voces autorizadas que alertan de aquello que han coincidido en identificar como la cuarta revolución industrial, no en vano encarna ese hasta cierto punto preocupante decorado en el que más que probablemente se vean mermados

de manera drástica los puestos de trabajo en favor de las personas físicas en línea inversamente proporcional a su cada vez más alto y exigente grado de especialización. En fin, una movilidad transnacional de manera preocupantemente sostenida sobre la fuga de talentos, sobre la competencia que habrá de generar la ley del más fuerte.

Así las cosas, resulta fácil el acreditar que la migración es un fenómeno cualitativa-mente vital y cuantitativamente mundial que, no obstante, va evolucionando y adaptándose a las necesidades del ser humano y de su entorno más cercano. Ello es lo que, sin duda y desde un primer momento, ha obrado como la esencia para que este proceso haya llegado a ser catalogado de derecho humano y, a modo de causa y efecto, haya condicionado a los diferentes sujetos de Derecho internacional a procurar su institucionalización, de corte político y por supuesto jurídico. Deviene, pues, como definitivamente oficializado, el postulado de que está en juego la tutela no sólo del individuo sino también de su familia.

IV. EL SENTIDO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PRÁCTICA MIGRATORIA Y TUTIVA DE LA FAMILIA

Más allá de que, dogmáticamente hablando, la causa del expediente migratorio pueda quedar asentada en motivos económicos o de tinte social, es igualmente comprobable, recurriendo a la empírica, que la motivación por la que mayoritariamente se justifican la mayoría de movimientos transnacionales desde hace décadas es la del empleo profesional, la jurídico laboral, y ello ya sea en orden de dependencia o de autonomía. Pues bien, a este respecto no se puede dejar de llamar la atención en orden a dos consideraciones capitales:

1. Un trabajador es tal no tanto o no sólo por el hecho de trabajar, que evidentemente ya dice mucho a favor, sino y sobre todo por la premisa de poder ejecutar ese quehacer en un marco de garantías interdisciplinarias. Entre ellas y a los efectos de nuestro estudio, juega un papel destacado la Seguridad Social frente a todas aquellas contingencias que, de manera prioritaria pero no exclusiva, pueden sobrevenir en el cumplimiento de una prestación profesional por obra o servicio.
2. El talante tuitivo que acaba de ser presentado, no se circunscribe al directamente protagonista de la mencionada labor, al trabajador, sino que también cubre a quienes, por razones de parentesco, generalmente con él conviven y de él dependen: sus familiares. He aquí, precisamente, uno de los más destacables argumentarios para defender la autonomía del Derecho de la Seguridad Social respecto al Derecho del Trabajo, léase su más amplio abanico en cuanto al sujeto pasivo beneficiario de cobertura hace referencia.

La lectura que cabe extraer de sendas consideraciones es que todo Estado democrático debe velar por la tutela de su ciudadanía y, de manera subrayada, de sus profesionales y sus familias pues, en ocasiones, las contingencias que azotan en este espectro no tienen origen en un riesgo específico o profesional como, a modo de exponente, las relaciones materno-paterno filial o la ruptura de una relación de dependencia por causa de muerte y supervivencia. Pero, además, no solo se ampara en los dictados de la lógica sino también en los de la expectativa jurídico normativa el que los sujetos de Derecho internacional no puedan quedar anclados en sus propias fronteras administrativas. Deben ser capaces no sólo de interactuar unos con otros, sino además de lograr resultados en términos de protección a sus ciudadanos, si bien extramuros al propio criterio de la nacionalidad.

Así se encargan de resaltarlos destacados estudiosos de la materia. La Seguridad Social no es una mera expectativa, sino un poder en régimen de latencia que, precisamente por ello, siempre está ahí, aunque en ocasiones no se exteriorice⁴.

V. EL REGLAMENTO (CE) 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

En lo que hace referencia a la perspectiva laboral y como resulta de sobra conocido a estas alturas de la película, la Unión Europea se asienta sobre un espíritu preponderantemente económico y, formando parte del mismo, acaso como el principal postulado, la libre circulación de trabajadores⁵, una prerrogativa que, en consecuencia, tiene una influencia directa sobre el estímulo a los flujos migratorios de carácter supranacional.

Desde el punto de vista de la Seguridad Social y siempre bajo el recordatorio de que un buen empleo se halla no sólo en ese poder de trabajo sino, además, en el hecho de verse amparado frente a todos aquellos riesgos que la práctica del mismo pudiera degenerar, el gran problema a este respecto, advertido ya por la doctrina especializada, es que el Derecho Social Comunitario deja en un segundo plano a esta opción de cobertura hasta el punto de que los designios sobre la misma se han de gobernar bajo el principio de coordinación, no de armonización, dándose lugar con ello a un trámite verdaderamente complejo por la heterogeneidad de los sistemas de cobertura domésticos y por la propia inexistencia de una definición que actúe de eje en cuanto al significado del mencionado postulado⁶.

4. Ruíz Moreno, A. G.: "La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009.

5. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012, p. 3.

6. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", ob. cit., p. 2.

Llegados a este punto y al efecto de centralizar la atención en el plano de la tutela familiar, hay que presentar cómo se aborda esta causa en la principal norma de Derecho comunitario derivado que, a día de hoy, trata de gobernar la cuestión: el Reglamento 883/2004.

La primera mención sobre la que es necesario llamar la atención es la atinente a la tipología de prestaciones familiares. En efecto y siguiendo la redacción literal del considerando núm. 34 de esta norma: “Habida cuenta de que las prestaciones familiares tienen un alcance muy amplio, al proteger tanto situaciones que se podrían calificar de clásicas como otras que se caracterizan por su especificidad (...)”.

Asimismo, y en aplicación del artículo 1 (apartado z) en cuanto a definiciones, y más concretamente respecto a prestaciones familiares: “Todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el anexo I”.

En interpretación sistemática de sendos parámetros normativos, se puede identificar, dentro de un interés familiar genérico y en el que tendría cabida la atención económica a las consecuencias que se derivan de aspectos como la natalidad y la mortalidad, aquel otro interés que trae origen en la contingencia que genera la atención a un hijo a cargo, no en vano ya ha sido destacada en este mismo trabajo la importancia del descendiente en la realidad social y jurídica de un linaje. Además, y para mayor precisión, recordar que, dentro del cupo o tipología de prestaciones encargadas de esta labor, no todas ellas estarán amparadas por los beneficios de un idéntico régimen operativo en base a lo preceptuado por el anteriormente transcrito artículo 1.z y ulteriormente confirmado por el apartado 2 del anexo II. En otras palabras, e identificada con nombre y apellidos al menos en lo que al ordenamiento español concierne, sólo la asignación económica de abono periódico y carácter indefinido es la que entra en el juego como prestación coordinada de Seguridad Social⁷, no así las prestaciones de pago único por filiación múltiple o en determinados tipos de unidades familiares.

Atendiendo a la composición e interpretación del Título I del Reglamento en materia de “Disposiciones Generales”, son dos los grandes principios sobre los que asentar el armazón:

- 1º. El principio de igualdad de trato⁸. Pensando en el miembro de la familia que es protagonista de la movilidad por causa profesional, el artículo 4 le garantiza el mismo trato que para los nacionales del Estado de recepción. Se trata, en fin, de la principal manifestación, al tiempo que garantía, de un tratamiento ecuánime con fundamento en el criterio de la territorialidad respecto a la prestación profesional.

7. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”, ob. cit., p. 21.

8. Artículo 4 Reglamento 883/2004.

2º. El principio de supresión de cláusulas de residencia⁹. Nos posicionamos ante el presupuesto más cercano a aquello que cabría considerar como una exportación de prestaciones, esto es, la opción más clara para que los nacionales de un Estado que superan sus propias fronteras por motivos profesionales, puedan arrastrar en su propio viaje la legislación protectora del Estado del que son oriundos.

A continuación, y ya que se trata de principios rectores de la coordinación comunitaria, hay que determinar qué influencia pueden llegar a tener en cuanto a cobertura de intereses familiares por causa de hijo a cargo. A este respecto, el capítulo 8 del Reglamento estructura su contenido en dos pilares:

- 1º. El ideal de la extensión de tutela aun cuando el sujeto causante resida en el territorio de otro Estado miembro. Más adelante veremos que otras normas amplían el abanico, incluso, a terceros estados potencialmente implicados. El problema es, ¿qué ocurre cuando es este último sujeto el que se desplaza a otro Estado? Desde el punto de vista de la regulación de las prestaciones familiares, la tesitura se torna bastante complicada porque los Reglamentos comunitarios nunca han sido partidarios de la exportación de las mismas, porque y en lo que a la regulación española concierne, tienen carácter no contributivo, lo cual complica aún más el abordaje de la cuestión. Si a ello finalmente se le añade la ausencia de un concepto normativo de coordinación y la crisis en la materia del principio de legislación única por cuanto es factible el cobro de prestaciones familiares en varios Estados, entenderemos por qué la cuestión reviste tanta complejidad.
- 2º. El postulado de no acúmulo para, de este modo y llegado el caso, evitar el solapamiento de prestaciones que provienen de idéntica causa¹⁰. No obstante, ha sido criticado porque al parecer puede conllevar a desincentivar la corresponsabilidad en la crianza de un hijo.

En fin, cierto es que el Reglamento 883/2004 contempla la protección familiar, básicamente y como acabamos de interpretar de su Capítulo octavo¹¹. Sin embargo, no es particularmente eficaz, productivo, en la materia que al estudio se somete. De hecho y desde hace ya prácticamente una década, esta circunstancia –a buen seguro

9. Artículo 7 Reglamento 883/2004.

10. En torno a las dificultades que a día de hoy puede llegar a generar la debida interpretación de la causa en una prestación de Seguridad Social, *vid.*, Moreno de Vega y Lomo, F: "La causa de la pensión y la estructura del modelo en el punto de mira de la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social", en AA.VV.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 315 y ss., así como "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, 2018, p. 161.

11. Un estudio detallado del mismo en Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *ob. cit.*, y en Almendros González, M. Á.: "La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

entre otras- anima a estudiosos de la doctrina en la apuesta por el principio de armonización¹². Tan es así la dificultad de coordinar sobre tutela familiar que el último documento de trabajo propuesto por la Comisión Europea no es portador ya de este perfil temático y normativo¹³.

VI. EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Esta expresión normativa es fruto de la maniobra promotora de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social y la Secretaría General Iberoamericana. Pasa a disfrutar carácter oficial mediante su aprobación en fecha de 10 de noviembre de 2007 y, como expresamente lanza la Organización Iberoamericana, nos hallamos ante el primer texto internacional que en el espacio geopolítico iberoamericano protege a trabajadores migrantes y a sus familias¹⁴.

Como prueba de esta declaración de intenciones, y ya de paso como nexo de conexión con nuestra propuesta de estudio, es en los párrafos primero, tercero, quinto y sexto de su exposición de motivos donde aparecen nítidamente delimitados los tres vértices que, de manera imaginaria, conforme la superficie del triángulo: Seguridad Social, movilidad transnacional y atención a la familia.

En lo que hace referencia a la Seguridad Social, el CMISS se expresa en los siguientes términos: “Considerando que el trabajo es uno de los factores esenciales en el fortalecimiento de la cohesión social de las naciones y que las condiciones de Seguridad Social tienen una dimensión muy importante en el desarrollo del trabajo decente”.

Como se puede advertir, la fórmula empleada es paralela a la del Reglamento 883/2004, esto es, utilizar el empleo como elemento vehicular y a la Seguridad Social como un complemento necesario al mismo. Además, introduce el concepto de trabajo decente, un calificativo ligado a muy importantes expresiones normativas del Derecho internacional pero que, sin embargo, no consta en la propuesta de Derecho social comunitario derivado.

Por lo que respecta al régimen de movilidad transnacional y vinculado ello a que el proceso de globalización conlleva nuevas y complejas relaciones entre los Estados, el CMISS declara que: “Reconociendo que este proceso, tanto a escala global como a nivel regional, conlleva en el ámbito socio-laboral una mayor movilidad de personas entre los diferentes Estados”.

12. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”, ob. cit., p. 22.

13. Almendros González, M. Á.: “La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea”, ob. cit., p. 156.

14. Un estudio más detallado sobre la intrahistoria y la sucesión de acontecimientos que en su día culminaron mediante la promulgación del CMISS en Sierra Benítez, E. M.: “Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, en AA.VV.: *Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 83-88.

A destacar, sin duda alguna, la utilización del sustantivo personas. En efecto, si bien todo trabajador/a es una persona, no toda persona es un trabajador/a, lo cual permite constatar que este Convenio no viene a ocuparse en exclusiva de quien es protagonista de una actividad profesional sino también de su familia. No obstante y junto a este planteamiento interpretativo, otros representantes de la doctrina lo enmarcan en el contexto diferencial respecto a las personas nacionales que prevé el Reglamento 883/2004, si bien terminan concluyendo que este criterio de la nacionalidad no tiene mayor influencia en ninguna de las normas en tanto se haga referencia a un patrón de migración legal¹⁵.

Finalmente, y por lo que concierne al tratamiento, precisamente, del aspecto familiar, el CMISS da cuenta no ya en uno sino en dos de los párrafos de su declaración de intenciones a: "(...) garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y de las personas dependientes de ellos". "(...) contar con un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones que garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias (...)".

Presentado de este modo el prefacio de la norma, acontece, sin embargo y una vez analizado el texto del CMISS, que nos habremos de topar con una realidad jurídica que difiere sustancialmente de lo que en su día pudo considerarse una ya mencionada declaración de intenciones sobre la temática, siempre bajo el amparo del principio de coordinación de sistemas de Seguridad Social de los Estados firmantes o adheridos. Los motivos, pueden sintetizarse en dos:

- 1º. El CMISS deja fuera de su campo de aplicación material al entramado de cobertura no contributivo. Tanto en interpretación *sensu contrario* del artículo 3.2 CMISS y que promueve la toma en consideración de los regímenes contributivos, como mediante la ulterior aseveración directa del artículo 3.4 en orden a la exceptuación del conglomerado asistencial, la solución es única y decididamente clara. Sin mayor justificación de orden normativo, pudiera desprenderse –según doctrina especializada¹⁶– que esta decisión esté apoyada en el sempiterno asunto –y problema– de la financiación, esto es, tomar como objeto de regulación aquellos instrumentos de tutela que se sufraguen, única y exclusivamente, a través de aportaciones privadas mediante cotizaciones sociales.

Como opinión personal, y sobre todo crítica, la apuesta es arriesgada por cuanto no están perfectamente delimitadas las líneas de separación entre los diferentes modelos de financiación. En efecto, cabe recordar que el nivel contributivo o profesional se sustenta también, al menos en el sistema español, vía cotizaciones sociales junto a la inyección pública a través de los Presu-

15. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV.: *El derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 186 y 187.

16. Por todos, Sierra Benítez, E. M.: "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", ob. cit., p. 95.

puestos Generales del Estado. Es más, no podemos dejar pasar el hecho de que hay trabajadores que, ya sea por salarios bajos, ya sea por desarrollo de actividad a tiempo parcial, cotizan, sí, pero no en el montante suficiente como para superar el listón de carencia mínima, ante según qué prestación o prestaciones, dentro del nivel contributivo de cobertura.

En consecuencia, se trata de una opción lícita pero que debe estar muy bien fundamentada y operativamente cerrada, de lo contrario se resienten en demasía los visos de eficacia de este CMISS, el cual, recordemos, es directamente aplicable ante la ausencia de regulación bilateral entre Estados o incluso, aun concurriendo ésta, cuando resulte menos favorable a lo estipulado por el propio CMISS. Sea como fuere, estudiosos en la materia afirman que las limitaciones en el campo de aplicación material del CMISS no han de ser impedimento para, a largo plazo, conseguir una mayor protección de los trabajadores migrantes¹⁷.

- 2º. De manera si cabe mucho más contundente –acaso y por ello reservado para el final– el argumento a tenor del cual el CMISS excluye de su ámbito de tratamiento a las prestaciones familiares, entendiendo por tal el entramado de tutela más específico que hace referencia a la contingencia de tener hijos a cargo. A este respecto, deviene inevitable una comparativa con el Reglamento 883/2004.

Como ya es conocido, la norma del acervo social comunitario derivado es un producto emanado por la cesión de soberanía de los Estados parte, directamente aplicable y que contiene un Capítulo 8 en el que, en mayor o menor medida, se aborda la temática.

Por su parte, el CMISS tiene rango de Tratado internacional, que emana de una institución a la que se adhieren los miembros que así lo soliciten, pero donde no hay un tratamiento específico sobre la internacionalización de la familia.

Sea como fuere, si un denominador común presentan, esa es la causa que los promueve, esto es, el intento de aproximar y equilibrar las legislaciones domésticas de los Estados que forman parte de la confederación europea o de la comunidad iberoamericana para hacer más fácil la migración internacional, y con origen profesional, entre su propios ciudadanos, movilidad profesional o libre circulación en la que juega un papel muy destacado no sólo quien trabaja sino también su familia, como sin ir más lejos queda acreditado en el artículo 2 de sendas propuestas jurídicas.

Retomando, para de este modo finalizar, la problemática sobre la exégesis del CMISS que se analiza en este epígrafe, el por qué no toma en consideración esta expresión normativa el interés familiar por hijo a cargo representa una declaración de

17. Sierra Benítez, E. M.: “Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, ob. cit., p. 97.

hechos ciertamente llamativa y, sobre todo, peyorativa. Ciertamente es que el propio Tratado contempla un principio básico para la interpretación futura de ésta u otras materias en base a la experiencia que su aplicación en el tiempo haya podido ir generando, pero ello no oculta que, respetando al máximo el interés de quienes originariamente trabajaron en el proyecto, podamos estar ante un error de base y en origen.

VII. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS BILATERALES

La deriva de informaciones hasta el momento reseñadas, nos hace colocarnos en el *a priori* escenario más complicado. No hay una mínima acometida en favor de la coordinación de ordenamientos domésticos en Iberoamérica al respecto de la protección familiar por causa de hijo a cargo cuando se produce una movilidad transnacional. Ahora bien, el hecho de que el CMISS decidiera, en su momento, no tomar cartas en el asunto, no cierra las puertas a que los propios sujetos del Derecho internacional – incluyendo España en tanto parte firmante del Tratado– tengan algo que decir gracias al arma de sus relaciones bilaterales, opción respecto a la que se ofrecen cuentas a partir de este momento.

Once son los Estados de la comunidad iberoamericana con los que España tiene rubricado un convenio bilateral en materia de Seguridad Social. De entrada, hay que decir que hay hasta cinco de tales acuerdos que no prevén estipulación alguna en materia de prestaciones familiares por hijo a cargo, y no lo hacen porque sendas partes signatarias así lo determinan. Tales son los pactos con Argentina¹⁸, Colombia, Ecuador, México y Venezuela. Así las cosas, el estudio se ha de centrar en aquellos restantes tratados, hasta seis, que sí contemplan tal oferta tuitiva, léase Brasil, Chile¹⁹, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay²⁰.

El estudio, habrá de fundamentarse en tres parámetros de investigación:

1. La oferta, unilateral o bidireccional, respecto a la causa familiar por hijo a cargo en el ámbito de afectación material de la norma.
2. La supresión de la cláusula de residencia y las excepciones, en su caso, a su régimen operativo.
3. La figura del desplazamiento transnacional, a modo de reserva en el juego de la prohibición de exportación de prestaciones no contributivas.

18. Un estudio más específico de este Convenio en Moreno de Vega y Lomo, F.: "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", ob. cit., pp. 176-178.

19. *Ibíd.*, pp. 178-182.

20. Un análisis complementario a todo lo aportado en este trabajo en Moreno de Vega y Lomo, F.: "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", ob. cit., pp. 182-184.

A. El campo de aplicación objetivo

Aunque pueda resultar una perogrullada, si el objeto de análisis son convenios bilaterales es porque hay dos opiniones –ni más, ni tampoco menos– de sujetos del Derecho internacional. El punto de inflexión se ubica, sin embargo, en que no siempre hay un interés mutuo en el perfilado de según qué centros de imputación temática, aspecto que se puede comprobar en el exponente ofertado en este trabajo. En otros términos, la contemplación unilateral o bilateral de las prestaciones familiares por hijo a cargo.

En lo que hace referencia al tratamiento doble, correlativo, son tan solo dos los representantes iberoamericanos que, junto al Estado español, contemplan el abordaje de estas prestaciones familiares. Se trata de Brasil y Chile.

Comenzando por el Estado del cono sur, mientras el Estado español incluye la referencia a prestaciones de protección familiar²¹, Chile, por su parte, escenifica las prestaciones familiares²². El interrogante es si la diferente sintaxis nos puede llevar a pensar que estamos ante distinta causa de protección familiar. La respuesta es decididamente negativa, esto es, estamos ante idéntico objeto de cobertura, más concretamente la semántica más estricta que enarbola la tutela por hijo a cargo, por cuanto la más amplia –quizá idénticos sujetos, pero en otras circunstancias– viene diferencialmente limitada por los sustantivos “maternidad” así como “muerte y supervivencia”²³ en España, y “maternidad” así como “sobrevivencia”²⁴ en Chile.

En relación al caso de Brasil, en principio surgía la duda de si la expresión “salario familiar”²⁵ cumple este cometido de protección que puede derivar de la tenencia de hijo a cargo. Consultado el ordenamiento brasileño y en particular la Ley 8.213 del año 1991 por la que se dispone sobre los planes de beneficios de la previsión social, se confirma que sí al tratarse de una prestación en favor de quien tenga hijos menores de catorce años de edad o inválidos y no supere según qué límite de ingresos económicos previstos en una determinada ordenanza. Quizá, y por proponer algún argumento para el debate, más razones para la duda podrían provenir del nombre de pila –que no del apellido– de esta formulación, léase *salario*, máxime cuando en España las prestaciones de la Seguridad Social no presentan tal consideración en la estructura del artículo 26 TRET. La incertidumbre se disipa desde el momento que es Brasil, y no España, el sujeto de Derecho internacional que propone dicha expresión lingüística.

Tomando la cara inversa de la moneda, esto es, en lo que hace referencia a los cuatro tratados restantes donde también se toman en consideración las prestaciones familiares por causa de hijo a cargo –tales son Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay– lo llamativo es que dicha contemplación se lleva a cabo en términos parciales, unilaterales para mayor exactitud, al ser tan solo el Estado español quien las

21. Artículo 2.1.A.d) del Convenio de 28 de enero de 1997.

22. Artículo 2.1.B.e) del Convenio de 28 de enero de 1997.

23. Artículo 2.1.A.a) y c), respectivamente, del Convenio de 28 de enero de 1997.

24. Artículo 2.1.B.b) y d), respectivamente, del Convenio de 28 de enero de 1997.

25. Artículo 2.1.B.i) del Convenio de 16 de mayo de 1991.

incorpora al juego²⁶. No entramos ahora en el debate de si tales Estados no albergan la protección familiar por hijo a cargo o de si, aun haciéndolo, no son partidarios de incluirlas en un potencial tráfico internacional de sus súbditos quizá fundamentado ello en un problema de financiación de sus propios sistemas de Seguridad Social y la repercusión que sobre los mismos pueda acarrear un fuerte incremento de la política de emigración. Sea como fuere y ante la evidente imposibilidad de ofrecer una respuesta definitiva en relación a cada uno de los implicados, no deja de resultar llamativo el que, en una acción de acercamiento de propuestas al amparo de la mayor eficacia posible del principio de coordinación de sistemas de Seguridad Social, los propios suscriptores no sean capaces de ponerse de acuerdo en un cimiento temático tan básico como el de las causas a coordinar y, por ende, a proteger.

B. El principio de exportación de prestaciones y su influencia en la materia

El presupuesto sobre supresión de cláusulas de residencia para, de este modo, tratar de facilitar con todas las garantías la libre circulación de trabajadores y sus familias, se halla contemplado en todos los tratados bilaterales que son objeto de examen²⁷, una exportación que, cabe recordar, es aplicable incluso en supuestos de residencia en terceros países²⁸. Así pues, nos hallamos ante la primera gran manifestación de lo que ha de ser una coordinación de ordenamientos domésticos y que, además, por el espíritu intrínseco que la preside, resulta digna de toda loa.

No obstante, la principal peculiaridad en el marco de estudio de esta prerrogativa que viene actuando como regla general, se encuentra en los posibles dictados especiales a su eficacia. Como exponente más representativo, las prestaciones no contributivas. La práctica comparada evidencia dos fórmulas para instrumentalizar la exención de las medidas tuitivas de corte asistencial respecto al presupuesto que ofrece rótulo a este apartado:

1. En relación a los convenios en los que sendos firmantes involucran su régimen de tutela familiar por hijo a cargo, hay un doble escenario a contemplar:
 - En el caso brasileño, se limita expresamente el campo material de acción a las prestaciones contributivas²⁹.

26. Artículo 2.1.A.d) del Convenio de 24 de junio de 1998, Artículo 2.1.B.e) del Convenio de 16 de junio de 2003, Artículo 2.1.A.d) del Convenio de 1 de julio de 2004 y Artículo 2.1.A.c) del Convenio de 1 de diciembre de 1997, respectivamente.

27. Artículo 5.1 en los Convenios con Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, Artículo 6.1 en el Convenio con Perú y Artículo 7.1 en el Convenio con la República Dominicana.

28. Artículo 5.2 en los Convenios con Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, Artículo 6.3 en el Convenio con Perú y Artículo 7.3 en el Convenio con la República Dominicana.

29. Artículo 5 del Convenio de 16 de mayo de 1991.

- En el supuesto de Chile, no se hacen mayores especificaciones en la regla general del ámbito de afectación objetivo, pero, complementariamente, se añade una pauta especial de exclusión del nivel no contributivo³⁰.

Por el momento, baste con dejar enunciadas sendas presentaciones. Más adelante será el momento de retomar su sentido y tratar de explicar por qué, quizá, debieran ser de otra manera. Ahora, es oportuno cerrar el círculo de esta primera fórmula incidiendo en las dudas razonables que genera la tipología de prestación familiar en juego, pues de ello depende el que pueda entrar en juego la operativa que es objeto de tratamiento. A este respecto, tres son las opciones a examinar:

- En lo que atiene a la propuesta española, no hay problema respecto a la interpretación por cuanto la asignación económica por causa de hijo a cargo es de nivel no contributivo y, por ende, excluida de las opciones de exportación.
- En el régimen chileno de prestaciones familiares, interesan particularmente dos: la “asignación familiar” (nivel profesional) y el “subsidio familiar” (nivel asistencial)³¹. Así las cosas, la asignación sí es exportable, no por el contrario el “subsidio”, luego estamos en un escenario de cobertura mixto en el que los ciudadanos chilenos en régimen de movilidad podrían optar a un percibo indefinido al no fundamentarse en una causa jurídica de traslado internacional.
- Por lo que concierne al convenio con Brasil, la mención específica al “salario familiar” se enmarca también en un régimen contributivo profesional, luego no quedarían al margen del efecto jurídico que representa la supresión de cláusulas de residencia.

Así pues, *in fine* podemos advertir la extraordinaria notoriedad que posé el identificar correctamente la prestación en cuestión en el modelo estructural de cada sistema estatal y es que, aunque la supresión de cláusula de residencia y la excepción respecto de la misma del nivel no contributivo sean generalizadas, no toda prestación familiar tiene carácter asistencial y, por tanto, admite un mayor tráfico en el concierto de la movilidad internacional. La prueba está en que estos dos convenios bilaterales presentados, ofrecen hasta tres posibilidades operativas.

2. En la selección de tratados donde es el Estado español el que aporta la regulación de manera unilateral, la fórmula es, en idéntica medida, dual:

30. Artículo 5.3 del Convenio de 28 de enero de 1997.

31. DFL n°150 por el que se fija el Texto refundido, Coordinado y Sistematizado de las normas sobre sistema único de prestaciones familiares y sistema de subsidios de cesantía para los trabajadores del sector privado y público contenidos en los Decretos Leyes n° 307 y 603, ambos de 1974.

- Nombrar expresamente las prestaciones de nivel contributivo en la determinación del campo objetivo de acción. Así se puede observar en los pactos con Paraguay y Perú³², pero que ya conocíamos respecto a la primera propuesta por el caso de Brasil.
- Limitar el ámbito expresamente al nivel contributivo mediante mención expresa de exclusión del nivel no contributivo, como cabe observar en los tratados con República Dominicana y Uruguay³³, pero que no resulta desconocida por haber sido ya presentada respecto a Chile.

La pregunta, llegados a este punto, es ¿qué sentido tienen sendas fórmulas formalmente diferenciales?

Lo cierto es que ambas expresiones conducen a un mismo resultado, sin embargo y desde un punto de vista de la interpretación espiritual, parece que una tiene más peso, más agresividad en el talante decisorio. En efecto, el restringir de manera directa y específica el campo de acción material al nivel contributivo no es lo mismo que arbitrar una regla especial de exceptuación de nivel no contributivo que, por ende, actúa en régimen colateral respecto al efecto de la pauta general que materializa el principio de exportación. Además, la primera fórmula viene encuadrada sistemáticamente con anterioridad, pensando en el articulado, en todos los tratados que la acogen.

Así las cosas, entiendo y defiendo que en todas las propuestas bilaterales donde es el Estado español el que pone en juego este régimen de tutela, debería haber utilizado una fórmula directa de limitación al nivel contributivo antes que otra indirecta de exclusión del nivel asistencial, no sólo por la fuerza que imprime a la materialización jurídico-normativa de una determinada realidad social sino también, y coetáneamente, por un simple criterio formal de búsqueda de la uniformidad en la confección de los textos normativos.

C. El desplazamiento transnacional

Tratando de ajustar al máximo esta teoría de círculos concéntricos y una vez analizados todos aquellos tratados que, al amparo de una u otra fórmula de las presentadas en el epígrafe que antecede, privan de su eficacia a las prestaciones de nivel no contributivo al exceptuarlas del postulado de exportación, el interrogante es el de saber si resta alguna opción para que los nacionales de los Estados suscriptores y en régimen de movilidad transnacional puedan optar al beneficio de prestaciones familiares por causa de hijo a cargo. La respuesta es afirmativa y la prerrogativa que la dota de contenido es el régimen de desplazamiento, el cual se ha de valorar tanto desde un punto de vista subjetivo como temporal.

32. Artículo 2 de los Convenios de 24 de junio de 1998 y de 16 de junio de 2003, respectivamente.

33. Artículo 7.2 del Convenio de 1 de julio de 2004 y Artículo 5.3 del Convenio de 1 de diciembre de 1997.

Acorde a la perspectiva del profesional que se desplaza, deviene preceptivo plantearse de inmediato si por tal hay que hacer referencia al trabajador en régimen de dependencia o si también abarca al trabajador autónomo. Como estamos abordando un tema de protección social, hay que resaltar que el Derecho de la Seguridad Social viene contando y amparando al trabajador autónomo desde hace bastante más tiempo que el Derecho del Trabajo, por tanto, no es de extrañar que en hasta cinco de los seis convenios bilaterales se incluyan sendos profesionales. En efecto, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y República Dominicana son exponentes de tal propuesta, en tanto que Uruguay se limita a la movilidad del trabajador dependiente. A mi modo de entender, es más defendible la postura de cuantos amparan también el trabajo autónomo y ello porque tales desarrollan una actividad profesional y productiva, esto es, porque son trabajadores antes de apellidarse autónomos o dependientes.

En lo que hace referencia al espacio temporal y aun siendo tan solo media docena, me permito insistir, los tratados bilaterales que en alguna medida contemplan la protección familiar por hijo a cargo, es donde podemos encontrar la mayor diversidad en cuanto a propuestas reguladoras, tantas, valga el dato, como acuerdos implicados. Expuestas conforme orden alfabético del sujeto de Derecho internacional integrante de la comunidad iberoamericana, las que a continuación se presentan:

1. Brasil³⁴: estancia no superior a tres años o, en su caso, causa de sustitución de un trabajador que ha finalizado su régimen de movilidad. El periodo puede ser prorrogado hasta un máximo de dos años. Si se trata de un trabajador autónomo, el periodo de actividad no puede exceder de los dos años. Sin opción de prórroga.
2. Chile³⁵: estancia no superior a tres años. Opción de prórroga en tanto la actividad a desarrollar no supere los dos años. Idéntico régimen en favor del trabajador autónomo.
3. Paraguay³⁶: estancia no superior a veinticuatro meses en términos de sujeción a la legislación vigente. Opción de prórroga sin previsión de un cómputo temporal específico. Idéntico régimen en favor del trabajador autónomo.
4. Perú³⁷: estancia no superior a dos años o, en su caso, causa de sustitución de un trabajador que ha finalizado su régimen de movilidad. El periodo puede ser prorrogado durante un año. Idéntico régimen para el trabajador autónomo.
5. República Dominicana³⁸: estancia no superior a tres años o, en su caso, causa de sustitución de un trabajador que ha finalizado su régimen de movilidad. El periodo puede ser prorrogado durante dos años. Idéntico régimen para el trabajador autónomo.

34. Artículo 7 del Convenio de 16 de mayo de 1991.

35. Artículo 7 del Convenio de 28 de enero de 1997.

36. Artículo 7 del Convenio de 24 de junio de 1998.

37. Artículo 8 del Convenio de 16 de junio de 2003.

38. Artículo 9 del Convenio de 1 de julio de 2004.

6. Uruguay³⁹: estancia no superior a veinticuatro meses en términos de duración de la actividad. Opción de prórroga sin previsión de un cómputo temporal específico. Sin previsiones de temporalidad respecto al trabajador autónomo por cuanto tal figura no viene contemplada en el régimen del desplazamiento transnacional.

Enunciadas las varias al tiempo que variadas ofertas, es obligado transitar hacia su análisis sistemático. Ello es lo que, a buen seguro, habrá de permitir el obtener una medida bastante aproximada en torno al mecano de la protección social familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional que viene mediatizado por la visión geopolítica hispanoamericana.

En lo que hace referencia, en primer término, a la duración del desplazamiento originario, los convenios bilaterales se mueven entre un mínimo de dos años y un máximo de tres años. En apariencia, no hay ninguna razón de orden técnico jurídico para explicar por qué estos y no otros cardinales de cara a la institucionalización del margen temporal en cuestión. Simplemente cabe estimar que los Estados signatarios lo consideran un enclave razonable a lo largo del cual permitir el arrastre de su legislación tuitiva doméstica por efecto del principio o ley de la nacionalidad.

Sí podría llamar un tanto la atención, no obstante, la propuesta elegida por los convenios de Paraguay y Uruguay por cuanto la unidad de medición del tiempo que se propone es el mes y no el año⁴⁰. En fin, creo que no va más allá de una simple expresión formal que seguramente traiga motivación, en términos de réplica, del artículo 12.1 Reglamento 883/2004, pero que no tiene mayor incidencia desde el punto de vista del fondo de la cuestión al coincidir con la extensión de dos anualidades.

En todo caso y quizá en la pretensión de rizar el rizo, el tratado con Paraguay es particularmente llamativo al no asociar esa duración máxima de veinticuatro meses al trabajo a desarrollar propiamente dicho, sino en términos de sujeción a la legislación de la parte contratante de origen, prerrogativa jurídica que, recordemos, puede cumplirse durante la práctica activa de un trabajo, o no, lo cual genera la duda de si el periodo de actividad profesional que motiva el desplazamiento ha de cumplirse de forma continuada o, por el contrario, no es obligatorio. Me inclino por pensar en favor de la primera tesis por cuanto en ningún momento se trae a colación un segundo periodo temporal que actúe a modo de escenario marco. Sea como fuere, más que seguramente el espíritu del texto normativo es el mismo que el del resto de los tratados, pero se confirma que el empleo de una determinada terminología puede terminar generando problemas interpretativos.

Finalmente, y sin abandonar el escenario del desplazamiento en origen, reseñar la mención específica que incluyen ciertos tratados, concretamente los suscritos con Brasil, Perú y la República Dominicana⁴¹, y que atiende no tanto a la duración del

39. Artículo 7 del Convenio de 1 de diciembre de 1997.

40. Artículo 7.1.1º del Convenio de 24 de junio de 1998 y Artículo 7.1.a) del Convenio de 1 de diciembre de 1997, respectivamente.

41. Artículo 7.1 del Convenio de 16 de mayo de 1991, Artículo 8.1.a) del Convenio de 16 de junio de 2003 y Artí-

éxodo sino a la causa de éste, más concretamente, el hecho de sustituir a un trabajador que acaba de finalizar su actividad. El principal razonamiento que pudiera acreditar este tipo de previsión, es el de tratar de evitar un recurso fraudulento a la figura que mediante el encadenamiento abusivo de desplazamientos transnacionales pudiera servir a la dinámica operativa de muchas estructuras productivas a costa de los Presupuestos Generales del Estado. En fin, tiene sentido una previsión como la recién comentada a modo de mecanismo de control en un nivel de protección social tan vidrioso como es el no contributivo, sin embargo, lo que ya no obtiene tanta correspondencia es por qué sólo tres de los seis tratados que conforman nuestra base de estudio la contemplan.

En lo que concierne, en segundo lugar, a la posibilidad de prórroga y, por tanto, de extensión del disfrute de la cobertura familiar por causa de hijo a cargo al amparo de la legislación del Estado parte del que se es nacional, lo cierto es que los seis tratados que se traen a colación contemplan dicha posibilidad, salvo una excepción parcial que más adelante se ilustrará. Por el momento, punto a favor en lo que respecta a la toma en consideración generalizada de esta cláusula de prórroga.

El debate, en todo caso, podría comenzar por las diferentes propuestas de duración que tales cláusulas prevén. En orden descendente, entiéndase de mejor a peor, hay tres proposiciones bilaterales que recogen un segmento temporal de prórroga de dos años –Brasil, Chile y República Dominicana⁴²– otra incorpora la previsión de una única anualidad –Perú⁴³– y, como colofón, los dos convenios restantes –Paraguay y Uruguay⁴⁴– donde *a priori* no se prevé una especificación nítida sobre la extensión de la mencionada moratoria, un aspecto que, en consecuencia, lo hace merecedor de un estudio más pormenorizado, comenzando por la reproducción de la cláusula en cuestión: “El trabajador (...) desplazado para prestar servicios en el territorio de la otra Parte, por un periodo limitado, continuará sujeto a la legislación de la Parte Contratante de origen hasta un plazo de veinticuatro meses, susceptible de ser prorrogado (...)”.

Así las cosas, el interrogante se centraría en discernir si la prórroga equivale al periodo de veinticuatro meses de sujeción a la legislación del Estado contratante de origen o por el contrario estaríamos ante una extensión *sine die*. Pues bien, es posible que ninguna de las dos opciones sea la correcta por cuanto, en puridad, lo que se dilata es el tiempo de trabajo efectivo, pero éste no tiene asociada ninguna unidad de medida, salvo la interpretación que se le quiera dar a *periodo limitado*. Así las cosas, no puede tratarse de una espera sin límite al tratarse de un periodo topado. Por otra parte, y si como ya ha sido explicado en este mismo trabajo, los veinticuatro meses de sujeción al Estado de la nacionalidad lo son porque se está desarrollando una ac-

culo 9.1.a) del Convenio de 1 de julio de 2004.

42. Artículo 7.1 (segundo párrafo) del Convenio de 16 de mayo de 1991, Artículo 7.1 (tercer párrafo) del Convenio de 28 de enero de 1997 y Artículo 9.1.b) y d) del Convenio de 1 de julio de 2004, respectivamente.

43. Artículo 8.1.b) y d) del Convenio de 16 de junio de 2003.

44. Artículo 7.1.1º (párrafos primero y tercero) del Convenio de 24 de junio de 1998 y Artículo 7.1.a) del Convenio de 1 de diciembre de 1997, respectivamente.

tividad profesional si bien en régimen de movilidad transnacional, la interpretación más plausible es afirmar que cabe la prórroga por ese mismo periodo, en términos de máximo, de veinticuatro meses. De esta manera, se puede decir que sendos tratados bilaterales empatizan con sus homónimos de Brasil, Chile y República Dominicana, si bien desde una conformación jurídico normativa mucho más asistemática y criticable.

Para finalizar este estudio comparativo, conectar con un aspecto que ya ha sido advertido en párrafos precedentes, más concretamente aquello que se puede considerar como una excepción parcial a la regla general de abordaje de prórroga por los seis tratados bilaterales. En efecto, el pacto con Brasil prevé un patrón básico de duración del desplazamiento para el trabajador dependiente, ulteriormente un plazo de dilación para dicha tesitura y concluye con el mandato sobre permanencia en el trabajo autónomo. La pregunta es si la previsión de prórroga, dada su ubicación estratégica intermedia, ha de ser tomada en consideración única y exclusivamente para el trabajo dependiente, siendo la respuesta afirmativa. Ello se ve con mayor claridad si lo comparamos con el tratado de Chile en el que, bajo idéntica propuesta de contenidos, formalmente el párrafo sobre tiempo extra se ubica en tercer lugar, cubriendo de este modo tanto al trabajador dependiente como al autónomo. Pudiéramos estar a primera vista ante una mera formalidad, sin embargo, no es esa la conclusión que hay que obtener. Decididamente, el tratado con Brasil es mucho más limitativo respecto al trabajador autónomo, pues no solo restringe la duración máxima de su actividad en el territorio de la contraparte a dos años⁴⁵ –Chile lo extiende a tres años⁴⁶– sino que, además, cercena la alternativa sobre prolongación de dicha labor, cosa que el Estado del cono sur sí toma en consideración por espacio bienal.

VIII. CONCLUSIONES

La familia, a nivel sociológico, es seguramente el más destacable de los entramados estructurales que sustentan la madurez y convivencia del ser humano. Además, a nivel jurídico, conecta con dos derechos que tienen la consideración de derechos humanos: la Seguridad Social y la migración. Así las cosas, es una evidencia objetiva el que todo individuo, que además goza de la condición de trabajador, ya sea en régimen de dependencia o de autonomía, ostenta un legítimo poder a ser protegido frente a las contingencias de las que pudiera resultar víctima en el ejercicio de su actividad profesional, y especialmente, no sólo él sino también su familia, en el caso de que decida ejercer la libre circulación en el seno de una –o entre varias, en su caso– comunidades internacionales de Estados.

Tomando como referencia la Unión Europea y su Derecho social, ésta prioriza la vertiente de empleo y económica de la libre circulación de trabajadores frente a la protección social de sus protagonistas, la cual queda constreñida a unos parámetros

45. Artículo 7.1 (tercer párrafo) del Convenio de 16 de mayo de 1991.

46. Artículo 7.1 (segundo párrafo) del Convenio de 28 de enero de 1997.

en pro de su coordinación. Por lo que concierne de manera más específica a la protección familiar por causa de hijo a cargo, destaca el Reglamento 883/2004, en el cual y a pesar de incluirse las prestaciones mencionadas, no se es muy partidario de la exportación de tales prerrogativas de cobertura.

Saltando a la comunidad iberoamericana y tomando como principal expresión de su voluntad normativa el CMISS, de entrada nos encontramos ante una total ausencia en cuanto a la contemplación de este perfil temático se refiere, lo cual no deja de ser llamativo teniendo en cuenta su principal objetivo de coordinación de los sistemas domésticos iberoamericanos.

Así las cosas, sólo nos resta el recurso a los tratados bilaterales suscritos entre los sujetos de Derecho internacional, a los efectos de este estudio entre España e Iberoamérica. Convergen, así pues, once convenios bilaterales, pero de ellos sólo en seis se incluye alguna mención, ya unilateral, ya bidireccional, a las prestaciones familiares por causa de hijo a cargo. El problema viene cuando a pesar de suprimirse la cláusula de residencia, se exceptúa del régimen de exportación a los niveles no contributivos, lo cual termina afectando negativamente a la operativa de estas prestaciones familiares por hijo a cargo cuando media para el potencial beneficiario un régimen de movilidad transnacional.

La consideración final es que sólo los trabajadores desplazados durante cierto tiempo pueden beneficiarse de la legislación sobre tutela familiar conforme a la legislación del Estado Parte de origen, y ello como una excepción en materia de legislación aplicable, que no por un verdadero deseo de protección social ni al trabajador ni a su familia. Ello se corresponde con un muy escaso bagaje que contrasta con la notoriedad de todos los presupuestos que integran este escenario: el trabajador, la familia, la protección social y la migración.

Bibliografía

- Almendros González, M. Á.: "La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- Gorelli Hernández, J.: "Paleontología jurídica: las prestaciones por hijo a cargo (un resbaladizo fósil viviente). Su delimitación en base a las cargas familiares", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones familiares; ese pariente pobre de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6, 2016.
- Moreno de Vega y Lomo, F.: "La causa de la pensión y la estructura del modelo en el punto de mira de la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social", en AA.VV.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017.
- Moreno de Vega y Lomo, F.: "La convivencia de prestaciones públicas en el escenario social de la unidad familiar", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, Murcia, 2018.
- Moreno de Vega y Lomo, F.: "La protección familiar por causa de hijo a cargo. Una interpretación sistemática entre el sistema español de Seguridad Social y el de los Estados del cono sur hispanoamericano", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 27, 2018.

- Ruíz Moreno, A. G.: "La idea de los derechos latentes y de Seguridad Social, ante eventuales cambios legislativos. Una aproximación conceptual", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 8, 2009.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del reglamento 883/2004 y del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV.: *El derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.
- Sierra Benítez, E. M.: "Cuestiones relativas al ámbito de aplicación subjetivo y material del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en AA.VV.: *Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017.
- Valdeolivas García, Y.: "Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar", *Temas Laborales*, núm. 84, 2004.



La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento a mínimos

THE LEGAL CONSIDERATION OF THE FOREIGN PENSION FOR THE PURPOSES OF THE SPANISH PENSION SUPPLEMENT

María Alexandra Díaz Mordillo

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

Dirección Provincial del INSS y de la TGSS de Cáceres

maria-alexandra.diaz@seg-social.es  0000-0001-8619-3592

Recibido: 09.09.2021. Aceptado: 02.11.2021

RESUMEN

Los complementos a mínimos del artículo 59 del TRLGSS suponen el mecanismo que garantiza el cobro de pensiones adecuadas protegido en la Constitución Española. Estos complementos actúan de manera diferente según se trate de pensiones únicas o concurrentes. En caso de concurrencia con una pensión extranjera, hay que tener en cuenta que debe aplicarse la norma nacional aunque garantizando los principios de la normativa internacional. El cambio en la consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del cálculo del complemento a mínimos, operado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021, corrige una situación de desigualdad reconocida por la jurisprudencia. Son necesarios mecanismos de control que garanticen la protección del nivel de igualdad conseguido.

ABSTRACT

The pensions supplements of article 59 of the TRLGSS represent the mechanism that guarantees the collection of adequate pensions protected in the Spanish Constitution. These supplements act differently depending on whether they are single or concurrent pensions. In case of concurrence with a foreign pension, it must be taken into account that the national norm must be applied while guaranteeing the principles of international regulations. The change in the legal consideration of the foreign pension for the purposes of calculating the pensions supplement, operated by the General State Budget Law for 2021, corrects a situation of inequality recognized by case law. Control mechanisms are needed to ensure that the level of equality achieved is protected.

PALABRAS CLAVE

Complemento a mínimos
Pensión concurrente
Pensión adecuada
Elemento transfronterizo
Totalización de periodos

KEYWORDS

Pensions supplement
Concurrent pension
Adequate pension
Cross-border element
Totalization of periods

SUMARIO

- I. NATURALEZA DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS
 - II. PENSIONES ÚNICAS Y PENSIONES CONCURRENTES
 - III. LA CONCURRENCIA CON PENSIONES EXTRANJERAS
 - A. El cálculo de la pensión
 - B. La necesidad de residencia en territorio español para percibir el complemento a mínimos: pensiones causadas antes y después del 1 de enero de 2013
 - IV. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LA PENSIÓN EXTRANJERA A EFECTOS DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS
 - A. Pensiones calculadas por totalización de períodos: tratamiento de pensión concurrente
 - B. Pensiones calculadas únicamente por legislación nacional: el cambio de consideración jurídica de la pensión extranjera - de rendimiento de trabajo a pensión concurrente
 1. *La consideración como rendimiento de trabajo hasta 2021*
 2. *Los principios jurídicos del cambio*
 - a) *Vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato*
 - b) *El elemento transfronterizo y el principio de asimilación de prestaciones, hechos, acontecimientos o ingresos*
 - c) *La asignación de complementos en la pensión iguales a los de un titular nacional*
 - V. LA CONSECUENCIA DIRECTA: LA DIFICULTAD DE IDENTIFICAR LA PENSIÓN EXTRANJERA COMO PROCEDENTE DE UN RÉGIMEN PÚBLICO DE PREVISIÓN SOCIAL
 - VI. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. NATURALEZA DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS

El artículo 50 de la Constitución Española recoge uno de los más importantes principios rectores de la política social y económica de nuestro país. El texto, en consecuencia con el artículo 41, compromete a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Una definición generalizada del concepto de tercera edad es aquella que la interpreta como etapa de la vida humana que se inicia aproximadamente a los 65 años. Precisamente este grupo de población es uno de los más cuantiosos si lo comparamos con el total, pues en 2010 suponían un 16'8% de la población nacional, ascendiendo al 19'58% del total durante el año 2020, con una clara tendencia al alza¹. No obstante, el concepto de pensionista va más allá de la pensión de vejez, aunque esta sea la más numerosa².

La falta de concreción del propio concepto de pensión adecuada³ nos lleva a poner especial atención en el complemento para pensiones inferiores a la mínima del artícu-

1. Fuente INE Proporción de personas mayores de cierta edad por comunidad autónoma (1451) (ine.es).
2. En abril de 2021, del total de 9.825.545 pensiones en vigor, 6.141.451 son jubilaciones, 947.296 incapacidades, 2.352.694 viudedades, 340.912 orfandades y 43.228 favores de familiares. Fuente Seguridad Social: <https://n9.cl/adubv>.
3. Rivera Sánchez, J. R.: "Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4, 2015, pp. 75-99, disponible en <https://n9.cl/9vmi7>.

lo 59 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)⁴, cuya cuantía anual deriva de la voluntad del legislador, no existiendo una cantidad mínima garantizada (relacionada, por ejemplo, con un determinado porcentaje sobre la cuantía del SMI o del IPREM). “De modo empírico, esto es, comprobando, año a año, cuál ha sido la cuantía que el legislador ordinario ha estimado que satisfacía la cuantía *suficiente* que propone el Texto Constitucional en su art. 41, cuantía que ofrece una considerable oscilación entre el porcentaje del 91% y el 98% del salario mínimo interprofesional neto, esto es, descontando las aportaciones a la Seguridad Social que debe efectuar el trabajador que percibe estrictamente la cuantía del SMI. Se trata de un dato objetivo extraído de la actividad legislativa del legislador y, al mismo tiempo, esa oscilación que relaciona la cuantía de la pensión mínima y la del salario mínimo interprofesional carece de garantías acerca de si seguirá repitiéndose en un futuro inmediato. Por ello, sólo si a juicio del legislador ordinario las pensiones resultantes del cálculo de la pensión en términos exclusivamente contributivos resultaran ser insuficientes, entonces, el legislador debería prever una regulación que permita incrementar la cuantía de tales pensiones insuficientes mediante la aplicación de un complemento que suplementa la cuantía de la pensión en los términos inicialmente reconocidos”.

En palabras del Tribunal Supremo “los complementos por mínimos se consideran prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, en tanto han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia, garantizando al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza”⁵. Estos complementos “ostentan una clara autonomía con la pensión –contributiva– que suplementan, siquiera se encuentren estrechamente ligados a ella su génesis y funcionamiento”⁶, esto es, se trata de una cuantía que no responde al objetivo de la prestación mejorada de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad, su reconocimiento no atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos; la propia denominación evidencia que no tienen sustantividad propia. Conforme al artículo 86.2.b) TRLGSS, tienen “naturaleza no contributiva”⁷ y se financian con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social; además, la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha, sino que han de acreditarse año tras año. “En cuanto a su denominación, los complementos para las pensiones inferiores a la mínima constituyen, en realidad, un suplemento que mejora al alza la cuantía inicial de la pensión, pero de manera diferenciada, esto es, sin confundirse con la pensión base y, desde

4. Publicado en BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291-103519.

5. STS de 11 de octubre de 2017 (AS 3911/2015), citando las siguientes: SSTS de 22 de noviembre de 2005 (AS 5031/2004), de 21 de marzo de 2006 (AS 5090/2004) y de 22 de noviembre de 2016 (AS 2561/2015), disponible en <https://n9.cl/1if05>.

6. STS de 22 de abril de 2010 (AS 1726/2009), disponible en <https://n9.cl/tonxj>.

7. Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J.: “Acción protectora no contributiva (pensiones, complemento a mínimos y prestaciones familiares”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 7, 2007, pp. 118-127.

luego, no admite procedimiento alguno de absorción o compensación que permitiera consolidar su percepción”⁸. “La pura proporcionalidad como regla para el cálculo de las pensiones podría dar lugar a que personas que reúnan todos los requisitos exigidos por la ley para causar pensiones contributivas percibiesen cantidades reducidísimas. Es por ello, que el principio de suficiencia de la protección que ha de prestar la seguridad social lleva a aplicar el principio de solidaridad, que en estos casos actúa a través del establecimiento de cuantías mínimas para las pensiones contributivas y de dichos complementos”⁹.

Se trata, por tanto, de un complemento económico destinado a alcanzar la cuantía mínima fijada anualmente para aquellos beneficiarios de pensiones contributivas del sistema que no perciban rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁰, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)¹¹. De la suma de rendimientos se excluye la pensión que se pretenda complementar y los gastos deducibles de acuerdo con esta misma legislación fiscal. Por tanto, la finalidad del complemento no es otra que la de garantizar que el beneficiario de la pensión disponga de un mínimo de ingresos para no quedar por debajo del umbral de pobreza que se fije por la Ley General de Presupuestos para cada anualidad. “No puede excluirse ninguna clase de rendimiento económico o de ganancias patrimoniales que tengan consideración conforme a la normativa reguladora del IRPF, lo contrario sería una flagrante vulneración de la naturaleza jurídica del complemento”¹².

De acuerdo con el artículo 50.1 TRLGSS, en redacción dada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social¹³, el derecho al percibo de este complemento queda condicionado a la residencia efectiva del pensionista en territorio español, en los términos que se determinen legal o reglamentariamente. Este requisito se aplicará a las pensiones causadas desde el 1 de enero de 2013 y no a las anteriores. Se trata de un requerimiento común a las prestaciones no contributivas¹⁴, calificado como legítimo por la

8. Rivera Sánchez, J. R.: “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social”, ob. cit., pp. 75-99.

9. Errandonea Ulazia, E.: “El límite en la cuantía de los complementos por mínimos: un recorte en las prestaciones sociales de cuantía reducida”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, núm. 33, 2015, pp. 75-87, disponible en <https://n9.cl/usuc>.

10. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 establece, en su artículo 43, el límite de 7.707'00 € anuales (8.990'00 € en caso de que el pensionista tenga cónyuge a cargo) para el ejercicio de 2021 (BOE núm. 341, pp. 126029-126030).

11. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006, pp. 41734-41810).

12. STS de 23 de octubre de 2019 (AS 3693/2019), disponible en <https://n9.cl/25af2>.

13. Publicada en BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, pp. 87495 a 87544. Requisito para aquellas pensiones cuyo hecho causante se haya producido a partir del 1 de enero de 2013.

14. Vicente Palacio, M. A.: “Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la seguridad social”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012.

jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en base a la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado Miembro de acogida, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado¹⁵.

La reforma del año 2013 también incluye, con efectos del 1 de enero de ese mismo año, una limitación económica: en ningún caso, podrán superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de invalidez o jubilación¹⁶.

Además, existe la posibilidad de recibir los complementos por diferencias. Es decir, aquellos pensionistas que perciban ingresos superiores a los límites establecidos pero que la suma, en cómputo anual, de ingresos y pensión ya revalorizada resulte inferior a la suma del límite de ingresos legalmente previsto y el importe de la pensión mínima que corresponda, percibirán un complemento consistente en la diferencia entre los importes de ambas sumas. Todo ello, siempre que esta diferencia no suponga el cobro de una cantidad que supere la cuantía mínima de pensión establecida, en términos mensuales.

Las pensiones complementadas a mínimos suponen un 23'33% del número total de pensiones en vigor¹⁷. Las de jubilación y las de viudedad son las que concentran un mayor número de complementos. Por regímenes, destacan el general y el de trabajadores autónomos, que reúnen, respectivamente, un 21'57% y un 23'34% del total. Un 65'75% tiene titularidad femenina¹⁸.

Como ya se ha comentado, estos complementos no forman parte de la pensión, ni tienen carácter consolidable y son absorbibles con cualquier incremento que puedan experimentar las percepciones del interesado, ya sea en concepto de revalorización o por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico.

El mecanismo protector otorgado por el complemento a mínimos actúa de forma distinta según exista o no concurrencia de pensiones, esto es, cuando un mismo beneficiario tenga reconocida más de una pensión¹⁹. En los supuestos de pensiones concurrentes, el complemento por mínimos sólo se reconoce si la suma de las pensiones revalorizadas es inferior al mínimo que corresponda a la de mayor cuantía en cómputo anual; en caso de pensiones no concurrentes, se complementará la de Seguridad Social sin tener en cuenta el importe de la pensión ajena.

15. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 319-345, disponible en <https://n9.cl/bifg>.

16. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 establece, en su artículo 43, las cuantías anuales de las pensiones mínimas para el ejercicio 2021, según edad y situación personal y familiar del pensionista (BOE núm. 341, de 31 de diciembre, pp. 126030-126031).

17. De La Fuente, A.; García, M. A. y Sánchez, A. R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español: análisis retrospectivo, proyecciones de largo plazo y factores de riesgo", *Estudios sobre la Economía Española* 2017/4. FEDEA, 2017, p. 30, disponible en <https://n9.cl/22wc3h>.

18. Fuente eSTADISS - Estadísticas del INSS - Estadísticas de pensiones (seg-social.es) búsqueda "Nómina mensual de pensiones- Regímenes por clase de pensión". Datos mes abril 2021: total pensiones mínimas en España: 2.265.659; incapacidad (137.455); jubilación (1.309.263); viudedad (644.703); orfandad (151.681) y favor de familiares (22.557). De ellas, 775.767 las perciben los varones y 1.489.892 mujeres.

19. STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2019 (AS 371/2019).

II. PENSIONES ÚNICAS Y PENSIONES CONCURRENTES

De acuerdo con el artículo 11 del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021, se entiende que existe concurrencia de pensiones cuando un mismo beneficiario tiene reconocida o se le reconoce más de una pensión que se abonen total o parcialmente con cargo a recursos públicos, tales como las abonadas al Régimen de Clases Pasivas del Estado o las abonadas con cargo a créditos de la Sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado, entre otras.

Para que exista concurrencia, se precisan una serie de requisitos: que existan dos o más pensiones (puede ser cualquier renta vitalicia y de carácter periódico), que sean pensiones de naturaleza pública, que se trate de pensiones compatibles y que exista un único titular, siendo indiferente la unidad o pluralidad de sujetos causantes. Además, el percibo de las pensiones puede iniciarse de forma simultánea o sucesiva. Los efectos de la concurrencia se proyectan tanto en el cálculo del límite máximo de pensiones como en relación con la determinación del complemento a mínimos²⁰.

A los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparan a ingresos o rendimientos de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social (pensiones no concurrentes)²¹. Es decir, si las pensiones son concurrentes, se suman los importes para calcular la cuantía a percibir; si no existe concurrencia, la pensión ajena se tiene en cuenta a efectos de ingresos. En la práctica²², cuando la renta ajena es considerada concurrente, el titular generalmente va a percibir un complemento inferior (ya que de éste se detraen los ingresos ajenos).

La concurrencia puede darse entre pensiones nacionales y con pensiones tramitadas al amparo de un instrumento internacional.

20. Artículo 12 del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (BOE núm. 23, de 27 de enero).

21. Fuente litigiosa ha sido la consideración de la existencia de pensión concurrente o no, a efectos de determinar la cuantía de los complementos o, incluso su existencia. Como cita interesante, el análisis realizado por los profesores Mercader Uguina, J. R. y de la Puebla Pinilla, A. sobre las "Peculiaridades de las pensiones en tres colectivos especiales (ONCE y afectados por el síndrome tóxico) en tres ponencias de Aurelio Desdentado", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario 1, 2021, pp. 181-188.

22. Ejemplo número 1: pensión de viudedad de titular mayor de 65 años que percibe 5124'70 € de pensión de Seguridad Social y 2480 € de pensión ajena. Si este ingreso se considera pensión concurrente, tras la suma de ambas pensiones, cobraría un complemento anual por importe de 2051'10 €. Por el contrario, si no existe concurrencia, percibirá un complemento de 5639'20 € (limitado al importe de la pensión no contributiva) que se sumará a la pensión de Seguridad Social y será compatible con los 2480 € que habrán sido tenidos en cuenta a los efectos de cómputo de ingresos.

Ejemplo número 2: pensión de viudedad de 1570 € y pensión ajena de 9000 €. Si se considera concurrente se tendrá derecho a un complemento de 85,80€/año. Si se considera exclusivamente a efectos de ingresos, se realizaría el cálculo del complemento por diferencias, viniendo a percibir el mismo importe.

III. LA CONCURRENCIA CON PENSIONES EXTRANJERAS

A. El cálculo de la pensión

Actualmente existen en España un total de 729.280 pensiones tramitadas al amparo de norma internacional (suponen el 7'42% del total de pensiones en vigor, siendo Alemania, Francia o Suiza los países en los que existe un número mayor de derechos adquiridos). Los pensionistas residentes en el extranjero a los que España abona pensión ascienden a un total de 116.606, siendo Francia y Alemania los países de residencia más demandados²³.

Dentro de la Unión Europea (también aplicable al resto de países con los que España tiene suscrito un tratado internacional en materia de Seguridad Social), no se prevé una armonización legislativa. Los regímenes de pensiones no son armonizables dadas sus múltiples diferencias, peculiaridades y especificidades, no obstante, la tendencia actual en la UE, lejos de la recomendación individualizada respetando la idiosincrasia propia de cada país, parece moverse en el uso de recomendaciones estandarizadas válidas para la mayoría de países²⁴.

De acuerdo con el artículo 45 del Reglamento (CE) 1408/1971 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad²⁵, la Institución de un Estado Miembro, (cuya legislación subordine al requisito de tener cubierto determinados periodos de seguro, tanto la adquisición, como la conservación o recuperación del derecho a prestación), computará, en la medida necesaria, los periodos de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado Miembro, como si se tratase de periodos cubiertos bajo la legislación propia.

Partiendo de esta premisa, pueden darse dos supuestos: que se tenga derecho a pensión nacional únicamente computando los periodos internos o que sea necesario totalizar con periodos de otros países.

Si el posible beneficiario reúne todos los requisitos para acceder a una determinada pensión exigidos por la legislación interna (arts. 46 del Reglamento 1408/1971 y 6 del Reglamento 883/2004 sobre totalización de períodos) para acceder al derecho, se efectuará un doble cálculo de la pensión: por un lado, se tendrá en cuenta la legislación interna nacional sin tener en cuenta los periodos extranjeros y, por otro,

23. Datos a 1 de abril de 2021: 729.280 pensiones totales calculadas al amparo de norma internacional, de las que 19.778 son incapacidades, 488.275 jubilaciones, 205.390 viudedades, 15.362 orfandades y 475 favores de familiares. Por países: 160.306 derechos adquiridos en Alemania, 221.106 en Francia o 124.720 en Suiza. Los pensionistas residentes en el extranjero son 116.606: 5.912 incapacidades, 72.979 jubilaciones, 31.976 viudedades, 5.670 orfandades y 69 favor de familiares. 14.709 residen en Alemania y 29.774 en Francia. Fuente Seguridad Social <https://n9.cl/xyiw0>.

24. García de Cortázar y Nebreda, C.: "Particularidades de la pensión de jubilación española en el contexto europeo. Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible", en AA.VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (vol. 2), Laborum, Murcia, 2019, pp. 665-674.

25. DOCE núm. 149, de 5 de julio de 1971, pp. 2-50.

totalizando los periodos nacionales con periodos de seguro computables en otros países a lo largo de la vida laboral (pensión a prorrata). El importe final será el de mayor cuantía.

En aquellos supuestos en los que el interesado no tenga derecho a pensión computando únicamente los periodos o requisitos nacionales, se realizará un único cálculo totalizando periodos, en cualquier caso (art. 49 del Reglamento 1408/1971). También el Convenio Multilateral Iberoamericano²⁶ y la mayoría de los Convenios Bilaterales que España tiene suscritos, introducen cláusulas similares en cuanto a liquidación de prestación para la totalización de periodos de seguro (o residencia en caso de Canadá o Australia).

Una vez definida la manera en la que se liquidará la pensión, dos elementos moduladores resultan esenciales para calcular el importe final de la misma: la residencia del titular y la posible concurrencia con pensiones nacionales o internacionales. Ambos conceptos determinarán la posibilidad de que la pensión española pueda ser incrementada con la cuantía del complemento a mínimos.

B. La necesidad de residencia en territorio español para percibir el complemento a mínimos: pensiones causadas antes y después del 1 de enero de 2013

Con la modificación del artículo 50.1 TRLGSS por la Ley 27/2011 y la necesidad de residencia en territorio español para percibir los complementos a mínimos, vemos como a partir del 1 de enero de 2013 se mantienen dos regímenes jurídicos diferentes en el estudio y determinación de estos complementos, dependiendo del lugar residencia y de si el instrumento internacional por el que se rigen contempla o no la exportación de prestaciones no contributivas. Esta necesidad de residencia confirma el carácter asistencial de los suplementos de pensión.

“De ahí que, cuando no se reside en territorio español, el nuevo lugar de residencia y sus circunstancias socio-económicas puede que no se ajuste a las circunstancias del territorio español, por defecto de rentas o por exceso de renta necesaria para subsistir, y el legislador ha optado por exigir la condición de residencia, condición que, en caso de incumplir por parte del beneficiario, puede llevar como efecto jurídico el mantenimiento de la pensión, pero la pérdida de la cuantía del complemento a mínimo en consonancia con la finalidad de la misma, esto es, evitar incurrir en los umbrales de la pobreza, en los términos economicistas que aparece definida en el territorio español y únicamente mientras se reside en el mismo”²⁷.

El artículo 51.2 TRLGSS, a efectos de mantener el complemento por mínimos, entiende que no se modifica la residencia, aunque el interesado tenga estancias en el extranjero que no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural,

26. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, del que España ratifica el Acuerdo de Aplicación publicado en el BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011, pp. 1630-1665 (art. 14).

27. Rivera Sánchez, J. R.: “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social”, ob. cit., pp. 75-99.

o cuando esta ausencia esté motivada por causa de enfermedad debidamente motivada. Este requisito también se entiende cumplido cuando un nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea, de un Estado parte del Espacio Económico Europeo o de Suiza, resida en uno de estos Estados²⁸. Para los nacionales de terceros países se cumplirá sólo si reside en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea a excepción de Dinamarca²⁹.

En cambio, ni los Convenios Bilaterales ni el Convenio Multilateral Iberoamericano contemplan el principio de exportación para las prestaciones no contributivas y, por tanto, en estos supuestos se exige residencia en territorio nacional para percibirlos³⁰.

Aunque existe una excepción a la regla general, si la pensión ha sido reconocida por totalización de periodos al amparo de los Convenios Bilaterales³¹ con Marruecos o Estados Unidos³², y la cuantía teórica, una vez revalorizada, resulta inferior a la mínima establecida para cada tipo de pensión según edad, situación familiar y tipología, será esta cantidad la que sirva de base para determinar la pensión a cargo de la Seguridad Social española, no siendo relevante la residencia del pensionista. A estos efectos, y puesto que la cuantía está garantizada en estos convenios y no tiene naturaleza de complemento a mínimos, no se tendrán en cuenta otras pensiones, ni tampoco rendimientos de trabajo u otro tipo de ganancias computables. Sin embargo, para el complemento por cónyuge a cargo, se seguirán las normas generales de computar las rentas de ambos cónyuges³³.

28. Martínez Martínez, V. "La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, pp. 177-209, disponible en <https://n9.cl/grbv>. El Instituto Nacional de la Seguridad Social entiende que si las pensiones contributivas son exportables, en aplicación del artículo 7 del Reglamento (CE) 883/2004, los complementos que las acompañan también lo son, no obstante, para los tribunales pesa más la naturaleza jurídica no contributiva del complemento por lo que no se entiende viable la exportación (anexo X del Reglamento 883/2004). España ha incluido en el Anexo X prestaciones como el subsidio de garantía de ingresos mínimos, las prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo, el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación o las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según disponen las legislaciones de las Comunidades Autónomas.

29. Circular 1/2016, de 1 de julio de 2016. Instrucciones para la aplicación del Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016.

30. Por ejemplo, el artículo 28 del Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001, establece la necesidad de computar únicamente los periodos de residencia acreditados en España para la concesión de pensiones no contributivas españolas (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002, pp. 42279-42287).

31. Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982, pp. 28185-28189) y el Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América, y acuerdo administrativo para su aplicación, firmados en Madrid el 30 de septiembre de 1986 (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 1988, pp. 9693-9698).

32. Esta excepción también será de aplicación a las pensiones que fueron reconocidas al amparo de los siguientes Convenios Bilaterales, actualmente derogados: Andorra (de 14 de abril de 1978, derogado desde 1 de enero de 2003), Chile (de 9 de marzo de 1977, derogado desde 13 de marzo de 1998), Perú (de 24 de julio de 1964 y 24 de noviembre de 1978, derogados desde 1 de febrero de 2005) y Uruguay (de 21 de junio de 1979, derogado desde 1 de abril de 2000).

33. Circular 1/2016, de 1 de julio de 2016. Instrucciones para la aplicación del Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016.

IV. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LA PENSIÓN EXTRANJERA A EFECTOS DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS

A. Pensiones calculadas por totalización de periodos: tratamiento de pensión concurrente

Cuando sea necesario acudir a la totalización de períodos de seguro para la adquisición del derecho (bien porque ésta sea la opción económicamente más favorable, bien porque no se reunieran requisitos teniendo en cuenta únicamente los períodos cotizados al amparo de la legislación propia), no han existido dudas respecto de la consideración jurídica que ha de tener la pensión extranjera en el cálculo del complemento a mínimos. Se ha venido considerando, en cualquier caso, pensión concurrente a efectos de la aplicación del complemento, dándose cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6 y 52.1.b) Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁴.

Así, el artículo 14.1 del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (fiel reflejo de Reales Decretos de revalorización anteriores), indica expresamente que, las pensiones reconocidas en España al amparo de normas internacionales, en aplicación del principio de totalización de periodos, y de las que, en consecuencia, estén a cargo de la Seguridad Social española un tanto por ciento de la pensión teórica, se incrementarán, si según las normas internacionales les corresponde, con la cuantía a mínimos que proceda.

Para la revalorización y cálculo del complemento por mínimos de estas pensiones, se tendrá en cuenta lo detallado en el resto del apartado 1 del artículo 14. En primer lugar, se aplicará el tanto por ciento de España (la prorrata) al incremento que hubiera correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad Social española el cien por cien de esta cuantía teórica, sin tener en cuenta el complemento a mínimos (salvo si así estuviera dispuesto un convenio bilateral o multilateral) y sin superar el límite máximo de pensión anual.

Una vez revalorizada de esta forma, a la pensión prorrateada se le añadirá, si procede y existe residencia efectiva en territorio español (salvo las excepciones reseñadas), el mínimo ordinario, aplicando la prorrata a la diferencia que exista entre la cuantía que hubiese correspondido de hallarse a cargo de España el total de la pensión y el mínimo que pueda corresponder por aplicación de las normas generales (art. 14.2). Una vez realizada esta operación, si la suma de los importes brutos de las pensiones reconocidas al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social, tanto por la legislación española como por la extranjera, fuese inferior al importe mínimo de la pensión española, éste ha de garantizarse al beneficiario mientras resida

34. DOCE de 30 de abril de 2004.

en territorio nacional y reúna el resto de los requisitos exigidos (mínimo por residencia del artículo 14.3).

La renuncia a la pensión reconocida por la institución competente de otro Estado vinculado a España por instrumento internacional, en caso de que así fuera posible si la legislación de dicho Estado lo permite, no dará lugar a un incremento de la cuantía del complemento por residencia. Esto es así en aplicación del artículo 3 TRLGSS (nulidad de los pactos individuales y colectivos por el que el trabajador renuncie a los derechos conferidos por la Ley de Seguridad Social) y el artículo 1902 del Código Civil (principio general de no causar daño a tercero). España entiende que la renuncia a la pensión extranjera supondría un incremento de cargas u obligaciones para la Seguridad Social española, que tendría que pagar la demasía del complemento a mínimos generado, que debe considerarse como un perjuicio de tercero. Tendría lugar una lesión del interés jurídicamente protegido de una persona ajena al acto de renuncia (la Seguridad Social en este caso). Y es que la renuncia a una determinada pensión, aceptada por el Estado que la concedió, se considera como no hecha frente a la Seguridad Social española, por constituir un perjuicio para la misma.

B. Pensiones calculadas únicamente por legislación nacional: el cambio de consideración jurídica de la pensión extranjera - de rendimiento de trabajo a pensión concurrente

1. La consideración como rendimiento de trabajo hasta 2021

En el supuesto de que se acrediten todos los requisitos necesarios para tener derecho a pensión por legislación interna y su importe sea más favorable que el calculado mediante la totalización con los periodos extranjeros, se reconocerá la pensión nacional sin tener en cuenta lo abonado por el otro país.

Con carácter general, antes del 1 de enero de 2021, las pensiones extranjeras no prorrateadas con la española, no tenían la consideración de pensión concurrente sino de rendimiento de trabajo, a efectos del cálculo de la cuantía mínima.

Este concepto estaba plenamente asimilado, incluso en el tratamiento que se otorgaba en los propios tribunales. El Tribunal Supremo, allá por el año 2012, dirimía la correcta aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto de revalorización 1611/2005, de 30 de diciembre, sobre un pensionista español que, a su vez, había conseguido una pensión andorrana autónoma, esto es, concedida al margen de la norma de coordinación, con aplicación exclusiva de la normativa de Seguridad Social andorrana y sin computar cotizaciones españolas. Se debatía si debía aplicarse, como solicitaba el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el literal del artículo 14.3 "Si después de haber aplicado lo dispuesto en el apartado anterior, la suma de los importes de las pensiones, reconocidas al amparo de un convenio bilateral de Seguridad Social, tanto por la legislación española como por la extranjera, fuese inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate, vigente en cada momento en España, se le garantizará al beneficiario, en tanto resida en territorio nacional, la diferencia entre las pensiones reconocidas, española y

extranjera, y el referido importe mínimo de acuerdo con las normas generales establecidas para su concesión”, o bien le será de aplicación el artículo 14.4 que indica que, “a efectos de lo establecido en los artículos 5 a 7, las prestaciones percibidas a cargo de una Entidad Extranjera serán consideradas ingresos o rendimientos de trabajo, salvo para la aplicación del apartado 3 de este mismo artículo o que un convenio bilateral o multilateral disponga otra cosa”. El alto Tribunal es claro, si la pensión ha sido reconocida exclusivamente en base a la legislación y cotizaciones efectuadas en la Entidad Pública extranjera, no cabe duda de que se trata de una situación contemplada en el apartado 14.4 del Real Decreto transcrito y, “por ende, ha de computarse como ingresos o rendimiento de trabajo sin que su importe se sume al de la pensión nacional a efectos del reconocimiento del complemento por residencia”³⁵, deviniendo improcedente la revisión practicada por el INSS así como el requerimiento de devolución de cantidades indebidamente percibidas.

En el año 2019³⁶ el Alto Tribunal invoca la de 2012 como sentencia contradictoria del recurso de casación para la unificación de doctrina en el supuesto de una trabajadora que percibe una incapacidad absoluta en España y Suiza, además de una renta del fondo de pensiones para empleados del Hotel Intercontinental de Ginebra (renta privada sustitutiva del trabajo). La sentencia se centra en justificar el concepto de rendimiento de trabajo, a efectos del complemento por mínimos, que incluye todo tipo de rentas que perciba el beneficiario en razón a la prestación de servicios laborales que pudiera estar realizando o hubiera realizado en el pasado, ya se califique como rendimiento del trabajo o como rendimiento sustitutivo de las rentas del trabajo, entre ellos, las prestaciones económicas y planes de pensiones a cargo de cualquier empresa. Lo contrario, considera, sería una flagrante vulneración de la naturaleza jurídica y de la finalidad del complemento, que no es otra que la de garantizar unos ingresos suficientes. No hay razón legal que pudiere justificar que los rendimientos económicos generados desde el extranjero no se computen, a efectos del complemento por mínimos, en igual sentido y de la misma manera que los percibidos en territorio español. Discrepa del criterio mayoritario la Magistrada Viroles Piñol, que emite voto particular. Al margen de la falta de contradicción con la sentencia de contraste, difiere también del fondo, criterio más adecuado en la opinión de quien suscribe las presentes líneas. Indica que no existe contradicción con la sentencia que se pretende comparar puesto que el fondo del asunto es sustancialmente idéntico: no se trata de que la renta deba computar, concepto claro y sobre el que no versa pugna alguna, sino de si debe hacerlo como pensión concurrente o renta sustitutiva salarial, aspecto sobre el que no se concluye realmente.

35. STS de 3 de noviembre de 2011 (AS 4615/2010), disponible en <https://n9.cl/v53zr>.

36. STS de 23 de octubre de 2019 (AS 728/2019), disponible en <https://n9.cl/11vwv>. Realiza un interesante análisis Serena Garralda, J.: “La prestación percibida por un pensionista de un fondo de pensiones extranjero es rendimiento de trabajo y computa en el derecho y en la cuantía al complemento por mínimos a cargo de la seguridad social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020. También es de recomendada lectura el texto de Villar Cañada, I. M.: “La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 445, 2020, pp. 179-187.

Los últimos Reales Decretos de revalorización anuales indicaban claramente que, si la pensión extranjera no había sido liquidada en aplicación de un instrumento de coordinación inter países, debía ser considerada ingreso laboral, salvo que un convenio bilateral o multilateral marcara otra cosa diferente. Se incluían así entre las rentas computables de los artículos 6.2.a) y 17 de la Ley 35/2006 del IRPF, cualquiera que fuera su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, entendiéndose que derivaban directa o indirectamente del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tuvieran carácter de rendimientos de actividad económica. Se ponen al mismo nivel que las contraprestaciones españolas procedentes de planes y fondos de pensiones privados, contratos de seguro colectivo o similar, en los que no intervienen, ni siquiera en parte, fondos públicos (excluidos así del listado de prestaciones concurrentes presentes anualmente en las normas de revalorización de pensiones).

Debemos retrotraernos hasta 2016, cuando la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016³⁷ establecía en su artículo 44.1 lo siguiente: “A los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparán a ingresos de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social”. El Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016³⁸, recogía esta disposición en su artículo 14.4 cuando dice “a efectos de lo establecido en los artículos 5 a 7, las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera serán consideradas ingresos o rendimientos de trabajo, salvo para la aplicación del apartado 3 (totalización) de este mismo artículo o que en un convenio bilateral o multilateral se disponga otra cosa”. Las sucesivas leyes de presupuestos continúan siendo copia literal del artículo 44.1³⁹, prorrogando idéntico tratamiento a lo largo de los sucesivos ejercicios.

En el momento actual, la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 nos sorprende recogiendo en su artículo 43 una importante reforma de la consideración jurídica de la pensión extranjera con respecto al complemento a mínimos que ha pasado completamente desapercibida para el grueso de población potencialmente pensionista: “A los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparán a ingresos de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social. A efectos de mínimos, las pensiones públicas extranjeras que estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos de previsión social, se considerarán concurrentes con las pensiones españolas. Las cantidades a tanto alzado y los pagos periódicos abonados, con carácter compensatorio, a los pensionistas españoles, al amparo del Acuerdo celebrado entre España y el Reino Unido, el 18 de septiembre de 2006, no se

37. BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015, pp. 101965-102560.

38. BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2015, pp. 123248-123261.

39. Véanse el artículo 44.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y el artículo 43.1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, prorrogados también para 2019 y 2020.

computarán a ningún efecto para el reconocimiento de los complementos para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones.”

El artículo 12 del Real Decreto 46/2021⁴⁰, precisa el ámbito temporal de esta modificación limitándolo a las pensiones causadas con posterioridad al 1 de enero de 2021. Se establecen, así, dos sistemas de cálculo: consideración de la pensión extranjera (procedente de un régimen público de previsión social) como concurrente a efectos del complemento a mínimos para pensiones calculadas por totalización de periodos⁴¹ o pensiones sin totalización de cotizaciones causadas a partir del 1 de enero de 2021 –art. 14, apartados 1 a 3– y consideración como rendimientos de trabajo para el resto (pensiones extranjeras no procedentes de un régimen público de previsión social o cualquier pensión extranjera en pensiones causadas antes del 1 de enero de 2021 cuando no se trata de cuantías prorrateadas) –art. 14.4–⁴².

2. Los principios jurídicos del cambio

El cambio principal radica en que, únicamente si las cotizaciones extranjeras se usaban para el cálculo de la pensión española, la jurisprudencia entendía que existía el elemento transfronterizo necesario para poder aplicar el derecho internacional (Reglamentos o Convenios Bilaterales o Multilaterales), en caso contrario se trataría de una situación puramente interna, excluida en principio de la aplicación del derecho supranacional. Es decir, independientemente de que la prestación fuera abonada por una Entidad pública de previsión social extranjera, siempre sería tenida en cuenta como renta sustitutiva de trabajo (rendimiento de trabajo según la ley tributaria).

a) Vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato

Esta práctica suponía una vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato que obliga a garantizar que los individuos tengan los mismos beneficios presenciales, derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio y que se recoge, por ejemplo, en el artículo 4 del Reglamento (CE) 883/2004⁴³. “No hay razón legal que pudiere justificar que los rendimientos económicos generados desde el extranjero no se computen, a efectos del complemento por mínimos, en igual sentido y de la misma manera que los percibidos en territorio español”⁴⁴.

40. De 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2021, pp. 7989-8013).

41. O que así se recoja en un convenio bilateral o multilateral.

42. Dejando fuera del cómputo, lógicamente, las cantidades a tanto alzado y los pagos periódicos abonados, con carácter compensatorio, a las y los pensionistas españoles a amparo del Acuerdo de 2006, en los términos explicados anteriormente.

43. También los Convenios Bilaterales o multilaterales introducen cláusulas de igualdad de trata, por ejemplo, el Preámbulo y artículo 4 del Convenio hispano-marroquí.

44. STS de 23 de octubre de 2019 (AS 3693/2019), disponible en <https://n9.cl/25af2>.

Si ya la propia legislación española presenta disfunciones de difícil justificación como la de “aquellos beneficiarios con pensiones inferiores a la mínima, pero con más elevados rendimientos ajenos a la pensión, les quede un nivel de renta disponible superior (pensión + rendimientos adicionales) respecto a aquellos pensionistas que carecen de rendimientos adicionales y se les deniega la percepción de los complementos a mínimos por el hecho de que su pensión apenas supera la cuantía de la pensión mínima”⁴⁵, parece igualmente difícil mantener un trato diferente para los pensionistas conjuntos dependiendo de si su pensión se causa bajo la normativa interna o en aplicación de un instrumento internacional.

“A este respecto, cabe recordar que el principio de igualdad de trato, tal como está formulado en el artículo 4 del Reglamento (CE) 883/2004, prohíbe no solo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de seguridad social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, desemboque de hecho en el mismo resultado”⁴⁶. “En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso los que puedan perjudicar de manera particular a estos últimos”⁴⁷. “Pues bien, la negativa de las autoridades competentes de un Estado miembro a tomar en consideración, a efectos de determinar el derecho a una pensión de jubilación anticipada, las prestaciones de pensión a las que un trabajador que haya hecho uso de su derecho a la libre circulación tiene derecho en otro Estado miembro puede situar a dicho trabajador en una situación menos favorable que la de un trabajador que haya desarrollado toda su actividad profesional en el primer Estado miembro”⁴⁸.

Hasta la reforma de 2021, en el caso de que la renta extranjera fuera abonada por una entidad de previsión extranjera privada, el tratamiento era homogéneo con el que se daba para las españolas. Pero si la renta periódica se percibía con cargo a fondos públicos, entonces se producía una clara desigualdad con aquellos beneficiarios que cobraban rentas públicas españolas. Computaría como rendimientos de trabajo para los primeros y pensión concurrente para los segundos, produciéndoles a estos últimos una situación menos ventajosa al descontarse la cuantía del valor total del complemento a mínimos a percibir.

45. Rivera Sánchez, J. R.: “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social”, ob. cit., pp. 75-99.

46. STJUE de 22 de junio de 2011, C-399/09 (Landtová).

47. STJUE de 22 de junio de 2011, C-399/09 (Landtová).

48. STJUE 5 de diciembre de 2019, C-398/18 (Bocero Torrico) y C-428/18 (Fritz Bode).

b) *El elemento transfronterizo y el principio de asimilación de prestaciones, hechos, acontecimientos o ingresos*

La jurisprudencia española entendía que, cuando se causaba pensión extranjera sin tener en cuenta los periodos de residencia o trabajo en territorio español, al no aplicarse el principio de totalización, no era de aplicación el instrumento internacional puesto que no existía elemento transfronterizo que pusiera en relación los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Se dejaba olvidado, por tanto, el principio rector enumerado en el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004 sobre la posibilidad de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos, respetando en todo caso el contenido y esencia de las resoluciones judiciales.

Según este principio, “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro”, además, “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”.

En su sentencia de 5 de diciembre de 2019, a propósito de si debe ser tenido en cuenta el importe de una pensión extranjera a efectos de alcanzar la cuantía mínima requerida para el acceso a la jubilación anticipada voluntaria del artículo 208 TRLGSS, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea⁴⁹, establece que: las autoridades competentes deben tener en cuenta no solo el disfrute de las prestaciones de seguridad social adquiridas por el interesado en virtud de la legislación de ese Estado, sino también el disfrute de las “prestaciones equivalentes” adquiridas en cualquier otro Estado miembro. Y todo ello porque “descarta que resulten de aplicación los preceptos alegados [arts. 6 y 52.1.b) Reglamento (CE) 883/2004], ambos referidos a la totalización de periodos como mecanismo aplicable para determinar la adquisición del derecho a las prestaciones de seguridad social. Estos preceptos no son aplicables porque no está en juego la adquisición del derecho a la pensión de jubilación, sino el cálculo del importe de las prestaciones adeudadas”. Operaría, por tanto, el principio de asimilación de hechos, acontecimientos o prestaciones causadas, “ya que el Tribunal entiende que no estaría justificado el trato discriminatorio para trabajadores migrantes, aun cuando pueda perseguir objetivos de interés general, como la disminución del recurso a la jubilación anticipada y evitar cargas adicionales al sistema de seguridad social, pues la medida no es proporcionada”⁵⁰.

49. STJUE de 5 de diciembre de 2019 (AS acumulados C-398/18 y C-428/18), en <https://n9.cl/a37g4>.

50. Fernández Prieto, M: “Derecho de la Seguridad Social”, *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa*, núm. 10, 2020, pp. 137-152, en <https://n9.cl/iy1db>.

“Los campos de aplicación de una y otra norma (totalización /asimilación) son claramente distintos, aunque convergentes en la finalidad de coordinación de la norma comunitaria: evitar que se deriven perjuicios para el trabajador que ejerce su derecho a la libertad de circulación en el espacio comunitario. La primera, considerando, cuando sea necesario, que existe una continuidad en la carrera de seguro/cotización; la segunda, una vez determinado el derecho al disfrute de la prestación en un determinado importe por aplicación de la anterior, confiriéndole a esta prestación los mismos efectos jurídicos que produciría si se hubiera reconocido en el Estado miembro competente”⁵¹. Esta misma teoría sería aplicable al caso concreto que nos ocupa, y es que no debe existir diferencia de trato tanto si el resultado es beneficioso para el pensionista (como el caso analizado) o, a priori, de menor interés tal y como parece suceder con la concurrencia de pensiones a efectos del complemento.

Por tanto, para el cálculo del complemento a mínimos, cuando se trata de aplicar normativa europea, se tendrá en cuenta el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004, debiendo tenerse en cuenta, no sólo las prestaciones de seguridad social adquiridas por el interesado en España sino también el disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas en cualquier otro Estado Miembro. Pero, ¿será posible aplicar esta técnica cuando un Convenio bilateral o multilateral no incorpore el principio de asimilación? En principio, la norma interna no hace distinción.

c) La asignación de complementos en la pensión iguales a los de un titular nacional

Tanto el artículo 50 del Reglamento (CE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971⁵², como el artículo 58 del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, aseguran que el beneficiario de prestaciones calculadas según esta misma normativa, no pueda percibir, en el Estado miembro donde resida y con arreglo a cuya legislación tenga derecho a una prestación, un importe de prestaciones inferior al de la prestación mínima fijada por la legislación de ese Estado para un período de seguro igual al conjunto de los períodos computados para la liquidación. Mientras el interesado resida en el territorio de dicho Estado, la institución competente del mismo le abonará, dado el caso, un complemento igual a la diferencia entre la suma de las prestaciones a las que tenga derecho y la cuantía de la prestación mínima. Este precepto se encuentra íntimamente ligado a las instrucciones del artículo 14 (puntos 1 a 3) del Real Decreto 46/2021 de revalorización.

51. Vicente Palacio, M. A.: “Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la “pensión a percibir” como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria. Comentario a la STJUE (Sala Octava) de 5 de diciembre de 2019 (asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, en <https://n9.cl/xw774>.

52. Relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad [en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), y modificado por el Reglamento (CE) 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO 2006, L 392, p. 1)].

V. LA CONSECUENCIA DIRECTA: LA DIFICULTAD DE IDENTIFICAR LA PENSIÓN EXTRANJERA COMO PROCEDENTE DE UN RÉGIMEN PÚBLICO DE PREVISIÓN SOCIAL

El derecho a la igualdad de trato, como cualquier otro derecho, tampoco tiene un carácter absoluto y sólo desplegará su eficacia para los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación personal de la normativa que lo rige, y para las prestaciones coordinadas por los regímenes de Seguridad Social incluidos dentro de su ámbito de aplicación material⁵³.

Por tanto, el reto actual pasa por identificar claramente los tipos de renta procedentes de un país extranjero con el que España tenga suscrito un Convenio o Acuerdo bilateral o multilateral, puesto que, si toda renta extranjera es tomada como concurrente sin plantearse su posible origen público, volvería a producirse una situación de desventaja con los perceptores de pensiones nacionales. La renta en cuestión debe tener carácter de pensión pública por imposición de la normativa interna de Seguridad Social de cada territorio y debe descartarse que se trate de un fondo privado de pensiones o similar, caso que debe computar como ingresos a efectos del cálculo de los mínimos.

Si tenemos en cuenta las pensiones o prestaciones españolas consideradas concurrentes, estaríamos hablando de: régimen general, regímenes especiales, pensiones no contributivas de la Seguridad Social, pensiones asistenciales y subsidios de ingresos mínimos y ayuda por tercera persona, clases pasivas del Estado, mutualidades, montepíos y entidades de previsión social públicas.

La lógica equiparación nos llevaría a tener idéntica consideración con las rentas extranjeras de similar naturaleza (España debe tener en cuenta el objetivo perseguido por dichas prestaciones y la diferente normativa por la que se establecen). Por ejemplo, las prestaciones asistenciales se encuentran expresamente excluidas del campo de aplicación comunitario en el artículo 3.5 del Reglamento (CE) 883/2004, por lo que se encuentran fuera del derecho a la exportación. No obstante, si la Entidad Gestora tiene dudas sobre la naturaleza asistencial de una determinada renta, “es probable que el criterio más seguro para diferenciar si una prestación es de seguridad social o de asistencia social es el de la posición del beneficiario de la misma conforme a la legislación del Estado miembro de residencia: si existe una categoría de personas normativamente predeterminada cuyo derecho subjetivo a la prestación deriva de su condición de afiliado al sistema de seguridad social, estamos ante una prestación de seguridad social. Pero si la cobertura de la situación de necesidad depende de la comprobación individualizada y discrecional del riesgo protegido, la prestación sería de asistencia social”⁵⁴. No obstante, la complementariedad de una prestación implica compatibilidad, requisito no existente si tenemos en cuenta el artículo 3.5 reseñado.

53. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010”, ob. cit., pp. 319-345.

54. Guerrero Padrón, T.: “Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, 2016, pp.71-86. (A propósito del Asunto Frilli, 1/72, sentencia de 22 de junio de 1972).

El artículo 3, apartado 1, letra d) del Reglamento (CE) 883/2004, dispone que éste se aplicará (campo de aplicación material) a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social que allí se relaciona, especialmente con las prestaciones de vejez. Por ello, podemos concluir que, al menos, se entenderán que son prestaciones públicas las abonadas con cargo a un organismo extranjero (UE) que protejan las situaciones de: enfermedad, maternidad, paternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo, desempleo, prejubilación o prestaciones familiares, de carácter contributivo y no contributivo, en tanto no se excluyan expresamente. Aunque conviene que recordar que el concepto de “pensión equivalente” no es igual a “pensiones de la misma naturaleza” según jurisprudencia previa comunitaria⁵⁵, por lo que España debe poner especial cuidado en dirimir qué tipo de pensión ha de ser computable como ingreso o como concurrente. Esta afirmación resulta plenamente extrapolable al resto de países con los que España tenga suscrito algún tratado internacional en materia de Seguridad Social.

Ahora bien, una vez delimitado el campo de aplicación sobre el que debe efectuarse el control, el problema para el Instituto Nacional de la Seguridad Social radica en la manera de ejercerlo. En el Título III, capítulo 5 del Reglamento (CE) 883/2004 se indica que el solicitante debe presentar su solicitud (de vejez) ante la institución del lugar de residencia o la del Estado Miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar, existiendo obligación entre ambos Estados de intercambio de información que originará automáticamente la liquidación simultánea de prestaciones, pero siempre y cuando el interesado alegue periodos de trabajo o residencia en el otro país. Esto no resulta un problema cuando se necesitan cotizaciones del otro país para resolver, pues al beneficiario le interesa totalizar para adquirir derecho, pero supone práctica común que, cuando se generan dos prestaciones independientes, el interesado envíe su solicitud directamente al otro país y éste resuelva su propia pensión sin comunicar a la Institución española el resultado de la misma (puesto que tampoco se le ha informado que tiene cotizaciones españolas).

En el caso de los Convenios bilaterales, con carácter general, la solicitud se presentará ante la institución competente del lugar de residencia. Si un interesado manifiesta expresamente, o se deduce de la documentación presentada, que ha ejercido actividad laboral o ha estado asegurado en el territorio de la otra parte, se entenderá que solicita prestación según la legislación de la otra parte, salvo para el convenio hispano-japonés, en que dicha solicitud no será vinculante, debiéndose presentar tantas solicitudes como países se encuentren implicados. Por último, según los artículos 21 del Convenio Multilateral Iberoamericano y el 16 del acuerdo de aplicación, con carácter general, el interesado debe presentar su solicitud de pensión también ante la institución competente del lugar de residencia o la del lugar de sus últimas cotizaciones si reside en un tercer Estado. Para evitar estas situaciones de falta de control en pensiones para las que no se ha realizado el enlace con la institución competente extranjera, existen varios mecanismos que podrán ejercitarse.

55. STJUE de 21 de enero de 2016, C-453/14 (Vorarlberger Gebietskrankenkasse y Knauer).

En primer lugar, el intercambio de datos con la Agencia Tributaria. En virtud de lo dispuesto en los artículos 2, 5 y 8 de la Ley 35/2006, si una persona física resulta ser residente fiscal en España, deberá tributar en nuestro país por su renta mundial, es decir, deberá declarar en España las rentas que obtenga en cualquier parte del mundo, sin perjuicio de lo que se disponga en el Convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito entre España y el país de origen de la renta. Hasta el momento, no existía mayor inconveniente puesto que estos rendimientos se computaban como procedentes del trabajo, consideración general de las rentas extranjeras hasta 2021, y así se comunicaba en los cruces con el Instituto Nacional de la Seguridad Social. El reto actual pasa por identificar al pensionista extranjero y dilucidar si la renta es pública o privada para otorgarle el tratamiento adecuado.

Por otro lado, resulta absolutamente imprescindible culminar un efectivo sistema de intercambio de información basado mayoritariamente en utilidades informáticas (actualmente predomina el intercambio en papel de formularios vía postal, esporádica la comunicación mediante correo electrónico y residual el acceso a bases de datos del organismo extranjero). El artículo 4 del Reglamento (CE) 987/2009⁵⁶ establece que la transmisión de datos entre las instituciones o los organismos de enlace en la Unión Europea se efectúe por vía electrónica. El EESSI es un sistema informático que ayudará a los organismos de Seguridad Social de toda la Unión a intercambiar información de una forma más rápida y segura, tal como exige la normativa en materia de coordinación. Finalmente, después de un largo periodo transitorio, España utilizará esta vía a partir del 7 de junio de 2021 y se espera constituya una gran herramienta para la consecución de los fines encomendados. Fuera de la Unión Europea, el uso de papel obligará a depositar en la responsabilidad de los pensionistas la comunicación de cualquier circunstancia personal que permita el adecuado cumplimiento de la normativa nacional con respecto al cálculo del complemento de pensiones inferiores a la mínima.

VI. CONCLUSIONES

1. Los complementos a mínimos del artículo 59 TRLGSS son independientes de la pensión a la que acompañan. La pensión nace como renta sustitutiva de salarios mientras que el complemento, de naturaleza no contributiva, sirve para alejar al pensionista del umbral de pobreza, es decir, para paliar una situación de necesidad.
2. No existe discusión sobre la obligación de computar, a efectos del complemento a mínimos, las prestaciones percibidas de una entidad extranjera, cuando por su misma naturaleza, debieran tenerse en cuenta si fuesen abonadas por

56. Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

- una entidad española, ya que sería injustificado otorgar un trato desigual al beneficiario dependiendo del país que abone su prestación.
3. La discusión se ha centrado en si deben computarse estas pensiones como concurrentes con la española o como rendimiento de trabajo a efectos de ingresos. Hasta la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2021, salvo que se hubieran totalizado periodos de seguro, estas rentas se venían considerando rendimientos de trabajo, puesto que el jurista entendía que no existía un elemento transfronterizo que activara la aplicación de los Reglamentos o Convenios. A partir de este momento, la consideración general será la de concurrencia siempre que sean abonadas con cargo a un fondo público. Esta novedad ha supuesto una mejora necesaria si observamos la jurisprudencia al respecto, y ello aunque a priori pueda significar una rebaja del importe medio de las pensiones españolas concurrentes con pensiones de países extranjeros.
 4. Conviene advertir que, al contrario de lo considerado hasta 2021, la aplicación de complementos a mínimo no está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 6 y 52 del Reglamento (CE) 883/2004. No se trata de una totalización de periodos de seguro o residencia para conseguir una pensión inicial, sino determinar el importe final de una prestación ya causada.
 5. Por el contrario, para la nueva consideración jurídica de estas rentas se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.1.a) del Reglamento (CE) 883/2004 que consagra el principio de asimilación de prestaciones, ingresos y acontecimientos, sin que deba interferir con el principio de totalización del párrafo anterior. Por tanto, un enfoque contrario sería discriminatorio: si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro.
 6. España venía alterando, por tanto, el principio de igualdad de trato: son discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aunque no tomen en consideración la nacionalidad del trabajador, afectan fundamentalmente o en su mayor parte, a los trabajadores migrantes, así como también aquéllos que, siendo indistintamente aplicables a nacionales y migrantes, pueden ser cumplidos más fácilmente por los primeros que por los segundos.
 7. Por tanto, procede aplicar por España una disposición de Derecho nacional, como es el artículo 59 TRLGSS, con el artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) 883/2004, en tanto deberá tenerse en cuenta no sólo el disfrute de las prestaciones de Seguridad Social adquiridas por el interesado, en virtud de legislación nacional, sino también el disfrute de las prestaciones equivalentes adquiridas en cualquier otro Estado miembro. Todo ello porque la finalidad material de estas cuantías es la de paliar una situación de necesidad y no

de sustituir una renta. Además, su reconocimiento no prevé los mismos requisitos de la pensión a la que acompañan, sino únicamente a la falta de ingresos. Con el cambio introducido en 2021, se cumple con esta finalidad de la norma española que no es otra que la de proteger las situaciones reales de necesidad y no abonar a su cargo, complementos asistenciales a los que no se hubiera tenido derecho si se computan como españolas las rentas del beneficiario. No obstante, para los convenios bilaterales o multilaterales que no recogieran el principio de asimilación, sus rentas deberían seguirse considerando como rendimientos de trabajo para no incurrir en desigualdad (aunque la norma española no hace ninguna mención a este asunto).

8. Por último, aclarado el concepto y la forma de cálculo, el reto actual pasa por establecer medios de control efectivos que permitan conocer esos ingresos extranjeros no declarados y, por tanto, no conocidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Bibliografía

- Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J.: "Acción protectora no contributiva (pensiones, complemento a mínimos y prestaciones familiares)", *Foro de Seguridad Social*, núm. 7, 2007.
- De La Fuente, A.; García, M. A. y Sánchez, A. R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español: análisis retrospectivo, proyecciones de largo plazo y factores de riesgo", *Estudios sobre la Economía Española* 2017/4. FEDEA, 2017, disponible en <https://n9.cl/22wc3h>.
- Errandonea Ulazia, E.: "El límite en la cuantía de los complementos por mínimos: un recorte en las prestaciones sociales de cuantía reducida", *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, núm. 33, 2015, disponible en <https://n9.cl/usuc>.
- Fernández Prieto, M.: "Derecho de la Seguridad Social", *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa*, núm. 10, 2020, disponible en <https://n9.cl/iy1db>.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Particularidades de la pensión de jubilación española en el contexto europeo. Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible", en AA.VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. 2)*, Laborum, Murcia, 2019.
- Guerrero Padrón, T.: "Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, 2016.
- Martínez Martínez, V.: "La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, disponible en <https://n9.cl/grbv>.
- Mercader Uguina, J. R. y de la Puebla Pinilla, A.: "Peculiaridades de las pensiones en tres colectivos especiales (ONCE y afectados por el síndrome tóxico) en tres ponencias de Aurelio Desdentado", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario 1, 2021.
- Rivera Sánchez, J. R.: "Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, disponible en <https://n9.cl/bifg>.
- Serena Garralda, J.: "La prestación percibida por un pensionista de un fondo de pensiones extranjero es rendimiento de trabajo y computa en el derecho y en la cuantía al complemento por mínimos a cargo de la seguridad social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020.

- Vicente Palacio, M. A.: "Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la seguridad social", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012.
- Vicente Palacio, M. A.: "Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la "pensión a percibir" como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria. Comentario a la STJUE (Sala Octava) de 5 de diciembre de 2019 (asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, disponible en <https://n9.cl/xw774>.
- Villar Cañada, I. M.: "La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre", *Estudios financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 445, 2020.



El derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos en España de los reos de la UE y británicos post-Brexit

THE RIGHT TO HEALTHCARE WITH CHARGE TO PUBLIC FUNDS IN SPAIN OF EUROPEAN AND BRITISH PRISONERS AFTER BREXIT

Maite Cester Maíllo

Investigadora Predoctoral financiada por el Gobierno Vasco
Departamento de Derecho de la Empresa y Derecho Civil
Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea
maite.cester@ehu.eus  0000-0002-1007-9686

Recibido: 14.10.2021. Aceptado: 29.11.2021

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos de la población europea y británica en las cárceles españolas, a fin de mostrar cómo va a afectar el Brexit a dichos reos una vez el Reino Unido adquiera la condición de Tercer Estado para la Unión Europea. Para ello, proponemos una alternativa a la financiación del sistema de asistencia sanitaria penitenciaria sirviéndonos no sólo de la normativa en vigor relacionada con la retirada del Reino Unido de la Unión, sino que también de la normativa europea de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que componen, en conjunto, un complejo corpus normativo que habremos de conjugar con las últimas novedades jurisprudenciales españolas en la materia.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the right to healthcare with charge to public funds provided to European and British persons imprisoned in Spain so as to show how is Brexit going to affect the incarcerated British population in Spain once the United Kingdom (UK) officially leaves the European Union (EU). For that purpose, we will propose an alternative to the funding of the penitentiary healthcare system by checking on both the rules in force related to the UK's withdrawal from the EU, and the European Regulations on Coordination of the Social Security Systems, that compound, all in all, a complex regulatory frame that we will have to combine with the latest jurisprudential novelties in Spain.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria
Protección social
Presos

KEYWORDS

Healthcare
Social protection
Prisoners

SUMARIO

- I. LAS REGLAS EUROPEAS SOBRE ASISTENCIA SANITARIA PENITENCIARIA
- II. LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA POBLACIÓN PRESA EN ESPAÑA
 - A. Marco jurídico
 - 1. *La problemática financiación de la asistencia sanitaria penitenciaria*
 - B. Ciudadanos de la UE convictos en España
 - C. La asistencia sanitaria de los reos británicos en España después del Brexit
- III. REFLEXIONES FINALES
- Bibliografía

I. LAS REGLAS EUROPEAS SOBRE ASISTENCIA SANITARIA PENITENCIARIA

Es bien conocido que la salud en las instituciones penitenciarias es un tema que los Estados, sean miembros o no de la Unión Europea, tratan con cierto oscurantismo, y que no son inusuales las reclamaciones de ONGs y asociaciones pro-derechos humanos sobre ello¹.

Se trata de una cuestión que viene suscitando incomodidad entre los Estados Miembros (en adelante, EEMM) de la Unión Europea (en adelante, UE), especialmente porque organismos internacionales como el Consejo de Europa² ya han advertido sobre las dificultades que tiene la población reclusa para el acceso a la salud pública³, ya que en algunos casos se ha de contratar un seguro antes de ingresar en prisión, o correr con los gastos generados por la asistencia⁴.

La Unión Europea no ha promulgado instrumentos normativos relativos a la asistencia sanitaria en instituciones penitenciarias en sus Estados Miembros, sino que ha dedicado algunos instrumentos de *soft law* a las condiciones de encarcelamiento, siendo los EEMM los máximos responsables⁵. Por ello, ha procedido a remitir a las normas y jurisprudencia provenientes de los órganos del Consejo de Europa⁶ y,

1. Por ejemplo, el reciente informe de Amnistía Internacional sobre el impacto de la COVID-19 en un sistema de salud ya precarizado en las prisiones. Disponible en https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=prision+salud+covid&start=6&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_mlt98&fv=gseg01&fo=and (consultado por última vez el 14 de octubre de 2021).

2. Destacan las Sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos (STEDH): *Mouisel v. France* (STEDH de 14 de noviembre de 2002), *Henaf v. France* (STEDH de 23 de noviembre de 2003), y *McGlinchey and others v. The United Kingdom* (STEDH de 29 de julio de 2003).

3. Destacamos las Decisiones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa siguientes: a) Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules. Es de relevancia el apartado III de la misma, que está dedicado al completo a la asistencia sanitaria en prisión. Comentada en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680795966 (consultado por última vez 14 de octubre de 2021). b) Recommendation R (98) 7 1, of the Committee of Ministers to Member States concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison.

4. Pont, J. y Harding, T. W.: *Organisation and management of health care in prison. Guidelines*, Council of Europe, Strasbourg, 2019, p. 29.

5. Raffaelli, R.: *Prison conditions in the Member States: selected European standards and best practices*, Parlamento Europeo, documento PE 583.113, 2011, p. 1, y en lo relativo a la asistencia sanitaria p. 8.

6. Ver cita 5, p. 1.

recientemente, ha elaborado un informe con motivo de la situación extraordinaria provocada por la pandemia de COVID-19 sobre el estado de la cuestión⁷.

Hacemos hincapié en el carácter público de la financiación de esa asistencia sanitaria puesto que los Estados Miembros de la Unión y Reino Unido, partícipes todos en el Consejo de Europa, han adoptado la máxima de que todos los reclusos merecen el acceso a la asistencia sanitaria⁸, sin llegar a un acuerdo unánime sobre si deben ser las instituciones las que corran con los gastos o, por el contrario, deben ser los presos, o, en su caso, ambas partes según un modelo de copago o de seguro.

Por lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, como manifestación primordial del derecho a la salud y objeto de este trabajo, es harto complicada en las Instituciones Penitenciarias españolas independientemente del origen del reo en cuestión, pero en el presente estudio trataremos de responder a la cuestión sobre la financiación de esa asistencia a reos de la Unión Europea, y de los británicos, en particular los ingleses, tras la retirada del Reino Unido de la Unión Europea.

II. LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA POBLACIÓN PRESA EN ESPAÑA

Tal y como desarrollaremos en el primer apartado de este capítulo, el punto de partida de este artículo es que los presos, tengan la nacionalidad que tengan y de manera independiente a su situación administrativa, gozan del derecho a la asistencia sanitaria en las prisiones españolas conforme al modelo de asistencia sanitaria penitenciaria previsto en las normas que van a ser analizadas seguidamente.

Una vez establecido que todos gozan de este derecho, cabe distinguir los medios por los cuales se ha de financiar dicha asistencia, y es que, el debate doctrinal, tanto jurisprudencial como científico que se venía desarrollando en los últimos años, fue finalmente zanjado por el Tribunal Supremo en 2019⁹, sentando la doctrina que se ha seguido por éste desde entonces¹⁰.

7. Cirlig, C.C.; Luyten, K.; Del Monte, M.; Voronova, S.: *Coronavirus and prisons in the EU. Member-State measures to reduce spread of the virus*, Parlamento Europeo, documento PE 651.976, 2020.

8. Merece especial atención la Recomendación nº 31 CM/Rec (2012)12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a los internos extranjeros (adoptada por el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2012, en la 1152a Reunión de Delegados de los Ministros), del Consejo de Europa. Así como la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2015/2062(INI)) y (2018/C 346/14), de 27 de septiembre de 2018, que recoge en sus Recomendaciones 42 a 44 las previsiones sobre la salud de los presos, especialmente destacando la 42, que dice que se “recuerda el principio del derecho universal a la salud, y pide a los Estados miembros que garanticen el acceso a una atención sanitaria adecuada y a las instalaciones médicas apropiadas en prisión, y que velen por que los reclusos tengan acceso a la atención sanitaria siempre que sea necesario, destinando al efecto a personal médico cualificado en número suficiente en cada centro penitenciario; manifiesta su preocupación a la vista de las dificultades que tienen los reclusos en varios Estados miembros para consultar a un médico u obtener ayuda psicológica”.

9. STS 587/2019, de 21 de febrero de 2019. Número de recurso 4544/2017. ECLI:ES:TS:2019:587.

10. Entre otras, STS 1845/2019, de 18 de diciembre de 2019. Número de recurso 645/2019. ECLI:ES:TS:2019:4129, y STS 1254/2019, de 25 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1254.

Seguidamente analizaremos someramente el marco jurídico de la asistencia sanitaria penitenciaria, su financiación tras la sentencia del Tribunal Supremo citada, y propondremos una alternativa a la misma, distinguiendo entre los presos de la UE y los británicos.

A. Marco jurídico

En primer lugar, queremos sentar una pequeña base sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los reos en las cárceles españolas, para que se pueda entender mejor lo antedicho respecto a la financiación de la misma.

Hemos de empezar señalando que en España –al igual que ocurre en otros Estados– pese a que la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíben la discriminación (consagrándola en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 14 de la Constitución¹¹), exceptúan en cierto modo ese principio de no discriminación. Así, existe una “situación de especial sujeción entre el reo y el Estado”¹², lo que propicia que el ejercicio de los derechos fundamentales y, por ende, los derechos legales, por parte de los reos se vean limitados o condicionados. Si bien los Tribunales defienden que se ha de velar por el respeto de tales derechos fundamentales por parte del Estado, y en particular de los valores supremos vida, integridad y salud¹³.

A fin de blindar el derecho a la asistencia sanitaria por parte de los presos en instituciones penitenciarias españolas, la propia Constitución recoge en el artículo 25.2, *in fine*, que: “en todo caso, tendrá(n) derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”¹⁴.

En desarrollo de lo establecido en dicho artículo, la Ley Orgánica Penitenciaria de 1979¹⁵ determina en su artículo 4 que se velará, como dice el Tribunal Constitucional, por la vida, integridad y salud de los presos, dedicando unos escuetos artículos 36 a 40 a la cuestión de la asistencia sanitaria en prisión. Estos indican las dotaciones materiales y personales para su provisión, siendo el Reglamento de desarrollo¹⁶ de la Ley el que determina en sus artículos 207 a 220 en qué consiste esa asistencia sanitaria penitenciaria, y cómo se ha de dispensar y organizar.

11. Reflexión que realiza Rivera Beiras, I.: “Los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de unos derechos devaluados”, en Campoy Cervera, I. (ed.): *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 46.

12. *Ibid.* Destaca la STEDH de 25 de marzo de 1983, *Silver and others v. United Kingdom* (STEDH de 25 de marzo de 1983), de donde el autor difiere que el tribunal condensa este principio cuando dice que “se deben tener en cuenta las exigencias normales y razonables del encarcelamiento”.

13. STC 137/1990, de 19 de julio.

14. Constitución española de 1978 (BOE de 29 de diciembre de 1978).

15. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE de 25 de octubre de 1979).

16. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE de 15 de febrero de 1996).

El artículo 208 del Reglamento Penitenciario sienta que “sin excepción, tendrán garantizada una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población”, por lo que, en una interpretación literal del artículo, todos los reclusos tendrían derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos sin distinción alguna por motivos de carácter administrativo (como lo son las normas de extranjería)¹⁷.

A continuación, analizaremos la financiación de la asistencia sanitaria penitenciaria, analizando sucintamente los aspectos principales de la sentencia 587/2019 y, en concreto, el voto particular del Magistrado don Nicolás Maurandi Guillén, con el que coincidimos.

1. La problemática financiación de la asistencia sanitaria penitenciaria

El Alto Tribunal, en su sentencia 587/2019, estableció que dicha asistencia sanitaria se prestase con cargo a fondos públicos provenientes de las partidas presupuestarias correspondientes a Instituciones Penitenciarias¹⁸.

A nuestro entender, la solución adoptada no se ajusta a la interpretación que hacemos del tenor literal de las normas que han de aplicarse, y por ello compartimos la opinión del magistrado disidente.

No ha de sorprender esta postura opuesta, pues ya existía un debate doctrinal por las controvertidas –y contradictorias– resoluciones que se emitían por las distintas instancias judiciales, como indicaba el propio Tribunal en su fundamentación jurídica¹⁹ y como destacaba la doctrina hasta poco antes de emitirse la sentencia²⁰.

Estimamos que corresponde al Servicio Nacional de Salud (o el correspondiente órgano autonómico cuando se hubiera concertado un convenio entre la administración penitenciaria y la sanitaria) correr con los gastos derivados de la asistencia sanitaria de los reclusos que estuvieran afiliados a alguno de los regímenes de la Seguridad Social o que tuvieran derecho a la asistencia sanitaria conforme a la Ley General de Sanidad y su legislación complementaria²¹.

En resumen, las conclusiones del magistrado son que pueden existir terceros obligados al pago de las prestaciones sanitarias facilitadas por el SNS y, que dichos terceros pueden ser usuarios privados indirectos²². En este caso, las Instituciones Penitenciarias

17. Ruiz Sáenz, A.: “¿Son los internos en instituciones penitenciarias titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública? Reflexiones en torno a la sanidad penitenciaria”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 24, núm. extra 1, 2014, pp. 235-244.

18. Ver cita 9, Fundamento Jurídico tercero, apartado 9.

19. Ver cita 9, Fundamento Jurídico tercero, apartado 2.

20. Entre otros: Fernández Domínguez, J. J.; García Viéitez, J. J.; Domínguez Fernández, G.: “Derecho a la salud de los internos en instituciones penitenciarias en la «Crisis de la Hepatitis C»”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16, 2018, p. 99.

21. Ver cita 9, voto particular del Magistrado don Nicolás Maurandi Guillén, apartado cuarto.

22. Existen dos modalidades de usuario con las que acceder a la asistencia sanitaria, los que tienen derecho a la misma y aquellos que, pese a no gozar de ese derecho, acceden como pacientes privados del sistema. Los pacientes privados pueden ser directos, esto es, toda persona que los reciba directa y personalmente, e indirectos, que serán aquellos sujetos, entidades que en virtud de un compromiso asumido con una persona física de prestarle asistencia sanitaria lo deriva al SNS para que este se la preste a cuenta del anterior. Todo ello se extrae del Real Decreto 1030/2006, en concreto, de sus artículos 2.7 y del Anexo IX, en particular, Apartado 7, subapartado C del Anexo.

serían dichos usuarios privados indirectos, pues se harían cargo de los gastos generados por aquellos presos que no tuvieran derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos provenientes de la Seguridad Social o la legislación sanitaria.

Esta interpretación se basa principalmente en el artículo 207 del Reglamento Penitenciario que, en su apartado segundo, determina que la Administración Penitenciaria abonará a las Administraciones Sanitarias los gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada a los presos y ello “mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la seguridad social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”.

El precepto señalado guarda estrecha relación con el mandato constitucional recogido en el artículo 25.2 de la Carta Magna, como se puede apreciar; y a su vez, resulta clave para la comprensión de la tesis que venimos defendiendo, y es que, la interpretación que realiza el citado magistrado disidente de la sentencia 587/2019 del Tribunal Supremo²³, se basa en que el artículo parece cumplir con el mandato constitucional antedicho distinguiendo los reos con derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por la vía ordinaria²⁴ de aquellos que la habrán de recibir con cargo a las Instituciones Penitenciarias.

Esto vendría respaldado por la interpretación conjunta de dichos artículos con el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, y el artículo 2.7 y Anexo IX del Real Decreto 1030/2006.

En cuanto a los preceptos citados del Real Decreto 1030/2006, interesa el apartado 7.c) del Anexo IX, que recoge que los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados del pago el importe correspondiente, siendo dichos terceros obligados también las entidades designadas legal o reglamentariamente, esto es, las Instituciones Penitenciarias en el supuesto que nos ocupa.

Por lo que respecta al artículo 83 de la Ley General de Sanidad, este establece que los servicios prestados y los consecuentes gastos originados y a satisfacer por un tercero obligado al pago, no pueden ser financiados con ingresos provenientes de la Seguridad Social. *A sensu contrario*, en los supuestos en que la Seguridad Social contemple la asistencia sanitaria para un sujeto concreto, esta se hará cargo de los gastos sanitarios que se deriven de su asistencia; mientras que, si ese sujeto no estuviera cubierto por la Seguridad Social, sería el tercero obligado al pago el que corriera con los gastos (en este supuesto, Instituciones Penitenciarias).

Partiendo de dicha base, estimamos que la financiación de los servicios sanitarios en el caso de reos de la UE y británicos guarda estrecha relación con las normas de extranjería, que también se refieren a la asistencia sanitaria de estas personas en situación de libertad. No debemos olvidar que se trata de una cuestión controvertida y

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE de 16 de septiembre de 2006).

23. Ver cita 9, apartado cuarto *in fine* del voto particular anteriormente señalado.

24. La vía ordinaria a la que nos referimos es aquella por la cual se imputa al SNS el pago de la asistencia sanitaria porque el reo goza del derecho a la misma en virtud de la legislación sanitaria y de Seguridad Social.

que la doctrina lleva años señalando quiebras en dicho sistema. Así, Santacruz Iglesias señaló en 2014 que las normas sanitarias vigentes en ese momento en España excluían a la población extranjera (sin distinguir entre comunitarios y de terceros países) en situación administrativa irregular²⁵.

Esta afirmación podría parecer errónea si se siguiera el razonamiento del Tribunal Supremo y no el del voto particular, puesto que, al asignar automáticamente la financiación a las Instituciones Penitenciarias no cabría distinción alguna entre presos con derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos conforme a lo dispuesto en la legislación sanitaria y aquellos que no la tuvieran.

Si bien esa aspiración es loable, no se ajusta a la lógica de la financiación del propio Sistema Nacional de Salud y el de la administración penitenciaria, pues esta última correría con gastos que perfectamente podrían ser asumidos por el sistema de salud nutrido, a su vez, en muchas ocasiones, por las cotizaciones realizadas a la Seguridad Social, la cual incluye en su acción protectora la asistencia sanitaria.

La postura doctrinal anteriormente comentada venía motivada por la redacción del artículo 12 de la Ley Orgánica de Extranjería²⁶, que establecía que los extranjeros tendrían derecho a la asistencia sanitaria “en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”. Esto implicaba que con la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril²⁷, se restringía la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la asistencia de urgencia o asistencia desde el embarazo hasta el parto²⁸, generando con ello no sólo una situación que merece el calificativo de discriminatoria, sino, además, de temeraria, por las implicaciones tan gravosas para la salud de dichas personas y aquellas con las que convivieran, especialmente tratándose de una convivencia en una institución penitenciaria. El resto de supuestos en los que recibieran asistencia sanitaria no quedarían cubiertos económicamente por la sanidad pública y debería ser el reo el que corriera con los gastos.

Hoy día la situación es bien distinta debido a la reforma legislativa llevada a cabo por el Real Decreto-ley 7/2018²⁹, que, como veremos, prevé la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos de toda persona sin distinguir su nacionalidad, si bien con matices en cuanto a la acreditación de la existencia o inexistencia de otra autoridad (“tercero obligado al pago”) que deba hacerse cargo de los gastos originados. Así, se podría, como proponemos, compeler a los Estados Miembros de origen, cuando correspondiera, a abonar los gastos originados por sus ciudadanos convictos en España.

25. Santacruz Iglesias, C.: “Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España”, *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 17, 2014, p. 117.

26. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero del 2000).

27. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE de 24 de abril de 2012).

28. Ello se estipulaba así en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2012 al artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE de 29 de mayo de 2003).

29. Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE de 30 de julio de 2018).

En el caso de que no se pudiera imputar el coste de la asistencia al reo ni a la Seguridad Social, ni a otra autoridad extranjera análoga, las Instituciones Penitenciarias correrían con el gasto, como hemos mencionado anteriormente.

A continuación, analizaremos por separado las vías por las cuales podría obtenerse la financiación para la asistencia sanitaria de los reos de la UE y de los británicos.

B. Ciudadanos de la UE convictos en España

En cuanto a los ciudadanos de la UE en cárceles españolas, hemos de tener en cuenta que si este ciudadano de la UE hubiera trabajado con anterioridad a la situación de detención en prisión preventiva o de su ingreso en prisión o que aguardara a la resolución sobre su situación de prisión preventiva, éste no perdería su derecho a la residencia temporal o permanente en España automáticamente, ni quedaría expulsado del “mercado legal de trabajo” español, tal y como prescribe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)³⁰.

Cabe la posibilidad de que esa persona estuviera trabajando en España y tuviera derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por ello³¹. Pero podría ocurrir que fuera residente en España y trabajara en otro Estado y, por tanto, estar afiliado a otro régimen de Seguridad Social.

Es decir, en el caso de ser trabajador o tener derecho a prestaciones por haber estado trabajando en otro Estado Miembro –aunque no sea el de origen– previamente a su ingreso en prisión, hubiera de mantenerlas durante su estancia en dicha institución y tener consagrado su derecho a la asistencia sanitaria en los términos recogidos en España, conforme a lo que se dispone en los Reglamentos de Coordinación³².

Si se encontrara en una estancia en España, esto es, una estancia inferior a tres meses, se aplicaría el artículo 19 de los Reglamentos de Coordinación, que prevé que se prestará la atención sanitaria necesaria por cuenta de la institución que resulte competente conforme a los Reglamentos antedichos.

Igualmente, en caso de que pudiera hacer uso de ella para algún tratamiento específico, el reo podría ejercer el derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza conforme a la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza³³. El uso por parte del reo de su derecho a la asistencia sanitaria

30. En este sentido: STJUE de 10 de febrero de 2000, asunto C-340/97, Ömer Nazli y otros, párrafo 49; y STJUE de 24 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, Orfanopoulos y Oliveri, párrafo 50.

31. La llamada acción protectora de la Seguridad Social, contenida en el artículo 42 de la Ley General de la Seguridad Social, ya indica que la asistencia sanitaria está contemplada. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015).

32. El Reglamento 883/2004, del Parlamento y del Consejo de 29 de abril sobre la Coordinación de Sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y Del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

33. DOUE de 4 de abril de 2011. Fruto de su transposición nació el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el

transfronteriza podría encauzarse a través del artículo 46, apartado 3, de la Ley Orgánica Penitenciaria, que contempla que el reo obtenga a su costa los servicios médicos ajenos al servicio sanitario penitenciarios que deseara. Otra cuestión es que, en aplicación de la cláusula prevista por ese mismo artículo, por motivos de seguridad, no se le permitiera hacer uso de ese derecho, o éste se viera condicionado.

En caso de que no pudiera exportar sus derechos de Seguridad Social y previamente a su ingreso en prisión no hubiera trabajado en España, podría tener lugar un descubierto de su cobertura sanitaria que podría suplirse, si así lo deseara, trabajando en prisión³⁴, posibilidad que se recoge en el artículo 25, apartado 2 *in fine*, de la Constitución Española. Ello permitiría, como es lógico, que el reo obtuviera los correspondientes derechos y beneficios de Seguridad Social, entre los que se halla la asistencia sanitaria, tal y como prevé el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula el trabajo en talleres penitenciarios³⁵.

Existe, sin embargo, un límite a este derecho a trabajar en prisión, y es que deben existir puestos de trabajo en la prisión, y se ha de respetar, a su vez, el orden de prelación que se haya establecido por la institución penitenciaria. Es decir, que se supedita el poder ejercer este derecho a un criterio de disponibilidad, y por ende, no es un derecho absoluto³⁶.

Como puede observarse, el Ordenamiento Jurídico parece insistir en separar los presos cuyas prestaciones deriven de la Seguridad Social o la legislación sanitaria, de aquellos que, al no poder obtenerla con cargo a las mismas, los vean sufragados con cargo a las Instituciones Penitenciarias.

C. La asistencia sanitaria de los reos británicos en España después del Brexit

La retirada del Reino Unido de la Unión Europea concluyó con el Acuerdo de Retirada de 30 de enero de 2020³⁷, finalizando el periodo transitorio establecido en el mismo el día 31 de diciembre de 2020³⁸. A este acuerdo siguió el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica,

que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación (BOE de 8 de febrero de 2014).

34. Conviene recordar en este punto que para los extranjeros en situación irregular en España no existe un derecho al trabajo, ello en virtud del artículo 10 de la Ley Orgánica de Extranjería, que supedita el derecho a trabajar de los extranjeros en España a que se encuentren en situación administrativa regular. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000).

35. Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE de 7 de julio de 2001). Artículo 19, en particular.

36. STC 17/1993, de 18 de enero. Recurso de amparo 1.819/1989 (BOE 12 de febrero de 1993). Fundamento Jurídico 3.

37. Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE 31 de enero de 2020, L 29/1).

Y Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE 31 de enero de 2020, L 29/7). De aquí en adelante "Acuerdo de Retirada".

38. Artículo 2.E) del Acuerdo de Retirada, y artículo 126 del mismo.

y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, publicado en el DOUE de 30 de abril de 2021³⁹, que entró en vigor provisionalmente el pasado 1 de enero de 2021⁴⁰, y que incorpora un protocolo sobre Coordinación de Seguridad Social⁴¹.

En la actualidad, conforme a la estadística de la que disponemos, existen 232 personas presas procedentes de Reino Unido⁴² cumpliendo condena en cárceles españolas.

Por lo que respecta a dichos reos británicos, éstos pueden pedir un traslado a Reino Unido, aunque este Estado aclara que dichos reos deberán cumplir ciertos requisitos para pedir el traslado, y que tanto el Estado en el que han sido condenados como el propio Estado británico pueden negarse al mismo⁴³. Téngase en cuenta que la reforma operada en el artículo 89 del Código Penal⁴⁴ español dificulta seriamente esta posibilidad.

En el supuesto de que ambos o uno de estos Estados, en nuestro caso, España y Reino Unido, se negaran al traslado o extradición del reo británico, el sufragio de los gastos originados por la asistencia sanitaria que pudiera precisar durante su estancia en prisión se regularía conforme a las normas que expondremos seguidamente⁴⁵ y que son iguales, en parte, a las ya expuestas para los reos de la UE.

Nuevamente, el supuesto más favorable sería el de trabajo en prisión. Al trabajar en España adquirirían el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos⁴⁶ y en caso de mantener la residencia legal lucrativa (la cual no pierden, tal y como hemos comentado con ocasión de los reos europeos), sea ésta por trabajo por cuenta ajena o propia, quedarían cubiertos con cargo a fondos públicos.

En caso de que residieran antes del ingreso en prisión –que habría de haber tenido lugar antes del 1 de enero de 2021– en España, pero trabajaran en otro Estado o se encontraran entre algún otro de los supuestos de aplicación de los Reglamentos de Coordinación de la Seguridad Social, tal y como hemos citado más arriba en relación con los

39. Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (DOUE de 30 de abril de 2021. L 149/10).

40. Pese a que en la notificación que acompaña al Acuerdo de Comercio y Cooperación se indica que entrará oficialmente en vigor el 21 de mayo de 2021. Notificación relativa a la entrada en vigor del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada (DOUE de 30 de abril de 2021. L 149/2560).

41. Ver cita 39, L49/2292.

42. En total, 3.803 personas provenientes de la Unión según las estadísticas disponibles de 2019 en la página del Ministerio de Interior, que aún incluían a los ciudadanos británicos en la suma de ciudadanos europeos reos en España. Disponible en, Bloque 4, tabla 4-29. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/398> (consultado por última vez 14 de octubre de 2021).

43. Para conocer las condiciones de los traslados a Reino Unido, recomendamos visitar la página informativa del gobierno británico al efecto. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/in-prison-abroad/in-prison-abroad-transfer-to-a-uk-prison#transfers-from-eu-countries> (consultado por última vez a 14 de octubre de 2021).

44. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).

45. En cualquier caso, existen unas recomendaciones e información acerca de las prisiones españolas en la página del gobierno británico cuya lectura recomendamos. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/spain-prisoner-pack/british-prisoners-pack> (consultado por última vez 14 de octubre de 2021).

46. Recordamos en este punto lo dicho anteriormente sobre la acción protectora de la Seguridad Social, que incluye la asistencia sanitaria en el artículo 42 de la Ley General de la Seguridad Social.

ciudadanos de la UE⁴⁷, éstos serán de aplicación; ello en virtud de los artículos 30, 31 y 32 del Acuerdo de Retirada.

A los que iniciaran su residencia a partir del 1 de enero de 2021 les son de aplicación los artículos 488, 490 y 491 del Acuerdo de Comercio y Cooperación, y el Protocolo sobre Coordinación de Sistemas de Seguridad Social que éste recoge. Es más, el artículo 491 de este Acuerdo contempla la posibilidad de que, aun siendo de aplicación el Protocolo de Coordinación de Seguridad Social, un Estado Miembro o el Reino Unido cobre una tasa sanitaria en virtud de la legislación de ese Estado al solicitar un permiso de entrada, trabajo o residencia en dicho Estado.

Si no trabajaban pero residían legalmente en España antes de su encarcelamiento (residencia temporal no lucrativa) y no trabajaran en la prisión, contarán con un seguro público o privado de enfermedad (obligatorio) conforme al artículo 46 e) del Reglamento de Extranjería⁴⁸, que se consideraría “tercero obligado al pago” conforme al artículo 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Si se encontraban en estancia temporal en España –esto es, por un período de menos de tres meses, como hemos anticipado previamente– en el momento de la comisión del delito, no habrían adquirido derecho alguno a la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos en España, siendo el Reino Unido o la institución competente quien corriera con los gastos, tanto si procede la aplicación de los Reglamentos de Coordinación conforme contempla el Acuerdo de Retirada⁴⁹, como si procede la aplicación del Protocolo del Acuerdo de Comercio y Cooperación⁵⁰.

Si se resolviera que ninguna de estas vías fuera viable, podría imputarse el coste a las Instituciones Penitenciarias.

El hecho de que existan estas normas de aplicación paralela implica que los ciudadanos británicos que hubieran ingresado en prisión antes del 1 de enero de 2021 contarían con un marco jurídico prácticamente idéntico al de los ciudadanos de la UE⁵¹, como antes de la Retirada del Reino Unido; además, el Acuerdo de Retirada, ex artículo 4.1 se podrá invocar en sede judicial, y en virtud del artículo 4.4, la

47. Artículos 30 y 32 del Acuerdo. Ver la normativa inglesa para el periodo transitorio y la afección de éste a los Reglamentos de Coordinación europeos: The National Health Service (Cross-Border Healthcare and Miscellaneous Amendments etc.) (EU Exit) Regulations 2019. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/777/contents/made> (consultado por última vez a 14 de octubre de 2021).

48. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE de 30 de abril de 2011).

49. El artículo 30 del Acuerdo de Retirada remite a los Reglamentos de Coordinación y el Reglamento 883/2004 establece que para las estancias (de menos de 3 meses), la institución del lugar de estancia habrá de prestar la asistencia sanitaria necesaria por cuenta de la institución competente.

50. Artículos SSC16 y SSC17 del Protocolo, según se encuentren de estancia en el Estado competente y sean residentes de otro Estado, o si estuvieran en Estancia fuera del Estado competente, respectivamente, siendo en ambos casos una asistencia prestada por cuenta del Estado competente.

51. Al aplicarse los Reglamentos de Coordinación, el reembolso entre España y Reino Unido de las prestaciones en especie brindadas a los ciudadanos de uno y otro país en el marco de dichos Reglamentos se encuentra regulado en el Acuerdo entre las Autoridades Competentes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Autoridad Competente del Reino de España sobre el reembolso de los gastos por prestaciones en especie servidas con arreglo a las disposiciones de los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72, hecho el 18 de junio de 1999 (BOE de 18 de abril de 2001).

interpretación que haga de estas normas el TJUE hasta el fin del periodo transitorio seguirán siendo de aplicación.

Mientras que, por el contrario, el Acuerdo de Comercio y Cooperación, en virtud del artículo 5.1, no puede invocarse directamente en los procedimientos judiciales que se susciten en asuntos internos de cualquiera de las Partes. Es más, en su artículo 4.3 incide precisamente en que la interpretación del acuerdo que pudieran hacer los órganos jurisdiccionales de las partes no vinculan, de forma alguna, a la otra parte.

III. REFLEXIONES FINALES

Como hemos tenido ocasión de constatar, la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos de los reos de la UE y británicos que se encuentren cumpliendo condena en España puede parecer un asunto menor, por cuanto afecta a un porcentaje no muy alto de la población reclusa en España; sin embargo, pese a esta apariencia, se esconde un problema jurídico cuya resolución es harto complicada siquiera cuando se trata de reos españoles.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo plantea una solución muy práctica, dado que imputa automáticamente los gastos sanitarios originados por los reos en instalaciones sanitarias pertenecientes al Sistema Nacional de Salud a las Instituciones Penitenciarias (en ausencia de convenio con las Comunidades Autónomas). Pero esta solución no parece encajar, a nuestro entender, con la interpretación de las distintas normas que son aplicables a la asistencia sanitaria penitenciaria, como destacó a su vez el magistrado Nicolás Maurandi Guillén en el voto particular formulado en la sentencia 587/2019, que hemos comentado a lo largo de este trabajo.

En cuanto a la posible financiación por parte de las instituciones competentes, bien europeas, bien británicas, que proponemos, hemos destacado dificultades adicionales, como la identificación de dichas instituciones, el trabajo en talleres penitenciarios (tan residual en nuestro país), y los problemas planteados por el maremágnum normativo que ha seguido al Brexit.

Así, por ejemplo, sucede que a los reos británicos se les pueden llegar a aplicar dos normas distintas para el caso que quepa la coordinación de los sistemas de Seguridad Social: las del Acuerdo de Retirada, o las del Acuerdo de Comercio y Cooperación, con las consecuencias que la aplicación de uno u otro Tratado implica.

En cualquier caso, como hemos tenido ocasión de comentar, las Instituciones Penitenciarias correrían con los gastos originados por la asistencia sanitaria en el caso de los reos que no pudieran obtenerla con cargo a fondos públicos de origen sanitario o de Seguridad Social, de modo que tampoco habrían de costearse ellos mismos dichos gastos; y a su vez, la vía explorada permitiría aliviar la carga financiera y presupuestaria de la ya maltrecha Administración Penitenciaria. Ello permitiría una racionalización del gasto en asistencia sanitaria penitenciaria, y una mayor eficiencia y eficacia del gasto que conlleva.

Bibliografía

- Cirrig, C.C.; Luyten, K.; Del Monte, M.; Voronova, S.: *Coronavirus and prisons in the EU. Member-State measures to reduce spread of the virus*, Parlamento Europeo, documento PE 651.976, 2020.
- Fernández Domínguez, J. J.; García Viéitez, J. J.; Domínguez Fernández, G.: "Derecho a la salud de los internos en instituciones penitenciarias en la «Crisis de la Hepatitis C»", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 16, 2018.
- Pont, J., y Harding, T.W.: *Organisation and management of health care in prison. Guidelines*, Council of Europe, Strasbourg, 2019.
- Raffaelli, R.: *Prison conditions in the Member States: selected European standards and best practices*, Parlamento Europeo, documento PE 583.113, 2011.
- Rivera Beiras, I.: "Los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de unos derechos devaluados", en Campoy Cervera, I. (ed.): *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2020.
- Ruiz Sáenz, A.: "¿Son los internos en instituciones penitenciarias titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública? Reflexiones en torno a la sanidad penitenciaria", *DS: Derecho y Salud*, vol. 24, núm. extra 1, 2014.
- Santacruz Iglesias, C.: "Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España", *Barataria: Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 17, 2014.



Los efectos del Brexit en la coordinación en materia de Seguridad Social: del régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada a la coordinación limitada del Acuerdo de Comercio y Cooperación

THE EFFECTS OF THE BREXIT ON SOCIAL SECURITY COORDINATION: FROM THE PREFERENTIAL REGIME UNDER THE WITHDRAWAL AGREEMENT TO THE LIMITED COORDINATION UNDER THE TRADE AND COOPERATION AGREEMENT

Ángela Martín-Pozuelo López

Investigadora Postdoctoral (Atracció de Talent)

en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

Angela.Martin-Pozuelo@uv.es  0000-0001-5518-5688

Recibido: 28.10.2021. Aceptado: 14.11.2021

RESUMEN

El Brexit ha generado gran expectación en muchos ámbitos, incluido el normativo. El proceso de negociación ha sido arduo, pero, finalmente, Reino Unido y la Unión Europea han conseguido llegar a dos acuerdos: uno para regular sus relaciones, a modo transitorio (el Acuerdo de Retirada); y otro, orientado a regir sus relaciones a largo plazo (el Acuerdo de Comercio y Cooperación). Ambos textos incluyen disposiciones en materia de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, pero nada coincidentes, por lo que requieren un tratamiento diferenciado. El objetivo de este texto es exponer las bases del Brexit y cómo estas se han dejado sentir en estos acuerdos, sobre todo, en el segundo. Asimismo, se expondrán sucintamente las principales características del régimen de coordinación en materia de Seguridad Social al amparo de cada uno de estos Acuerdos.

ABSTRACT

Brexit has generated great expectations in many areas, including the regulatory one. The negotiation process has been arduous, but, finally, United Kingdom and the European Union have managed to reach two agreements: one to regulate their relations, on a temporary basis (the Withdrawal Agreement); and another one to govern their long-term relationships (the Trade and Cooperation Agreement). Both documents include provisions on Social Security coordination, but in a very different way, that is why they need to be studied separately. The aim of this text is to expose the bases of Brexit and how they have been incorporated in these agreements, especially in the Trade and Cooperation Agreement. Likewise, the main characteristics of Social Security coordination under each of these Agreements will be presented briefly.

PALABRAS CLAVE

Brexit
Coordinación
Seguridad social
Acuerdo de Retirada
Acuerdo de Comercio y Cooperación.

KEYWORDS

Brexit
Coordination
Social security
Withdrawal Agreement
Trade and Cooperation Agreement

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LA IGUALDAD DE TRATO EN LA BASE DEL MODELO EUROPEO DE COORDINACIÓN
 - II. LOS ORÍGENES DEL BREXIT: EL TURISMO SOCIAL EN EL CENTRO DE LA CONTROVERSIA
 - III. EL LARGO CAMINO HASTA EL BREXIT CON PLENOS EFECTOS
 - IV. EL *STATU QUO* DEL ACUERDO DE RETIRADA
 - A. El régimen aplicable a la entrada y residencia
 - B. La coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social
 - V. EL ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN: EL FIN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y SUS EFECTOS EN LA COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - A. El régimen de movilidad
 - B. La coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social
 1. *El ámbito de aplicación personal*
 2. *El ámbito de aplicación material*
 3. *Los trabajadores desplazados*
 4. *La búsqueda de uniformidad en el régimen aplicable*
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LA IGUALDAD DE TRATO EN LA BASE DEL MODELO EUROPEO DE COORDINACIÓN

Desde la creación de la Unión Europea (UE) mediante el Tratado de Maastricht (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993) y el consiguiente establecimiento de la ciudadanía europea, los ciudadanos europeos gozan del derecho a la libre circulación y residencia en la Unión Europea. A diferencia de lo que reconocía el Tratado de Roma, en la Unión Europea este derecho se extiende a todas las personas y no únicamente a los trabajadores (por cuenta propia o ajena).

De este modo, en la actualidad, entre los derechos reconocidos a los ciudadanos europeos se encuentra el de “circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros” (arts. 20.2.a TFUE¹ y 45.1 CDFUE²), “con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” (art. 21.1 TFUE). El Derecho derivado que recoge el régimen jurídico actual de la libertad de circulación y residencia de las personas en el seno de la UE está formado, fundamentalmente, por la Directiva 2004/38³.

Este derecho está en la base de las normas de coordinación, pues nacen con el objetivo de favorecer una verdadera libertad de circulación y residencia en el seno de la UE, eliminando, en lo posible, las consecuencias desfavorables originadas por el abandono del Estado miembro de origen para trabajar o buscar trabajo en otro diferente.

1. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en diciembre del año 2000 en Niza.
3. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

De igual modo, para tratar de proteger la libre circulación de personas en el seno de la UE, se ha instaurado un principio general en el ordenamiento europeo: el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 18 TFUE (en sentido análogo, art. 21.2 CDFUE). Así, este principio trata de evitar que las discriminaciones por razón de la nacionalidad obstaculicen el ejercicio de esta libertad fundamental que constituye uno de los pilares del mercado único⁴.

Como es bien sabido, el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad constituye la piedra angular del modelo de coordinación en materia de Seguridad Social, no solo a nivel europeo, sino también a escala internacional. En el ámbito de la Unión, este principio se ha incorporado expresamente en todas las versiones de los reglamentos de coordinación, estando actualmente recogido en el artículo 4 del Reglamento 883/2004⁵. Por tanto, este precepto no es más que la concreción específica en la esfera de la coordinación de Seguridad Social de la regla general del artículo 18 TFUE.

Podría decirse, pues, que las normas de coordinación en materia de Seguridad Social son un instrumento fundamental para garantizar el derecho a la libre circulación y que, para lograr este cometido, es fundamental que se apliquen respetando el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad.

II. LOS ORÍGENES DEL BREXIT: EL TURISMO SOCIAL EN EL CENTRO DE LA CONTROVERSA

La crisis económica y financiera mundial iniciada en 2008 supuso todo un reto para el Estado del Bienestar, surgido con el reconocimiento de los derechos sociales. Ello se tradujo, entre otras cuestiones, en un recorte importante del gasto social, debido al gran aumento de su coste y a la menor disponibilidad de recursos por parte de los Estados.

Este recorte del gasto social tuvo como uno de sus principales destinatarios a un colectivo bien identificado: los inmigrantes sin recursos. Así pasó, entre otros, en Reino Unido.

Durante el mandato del Primer Ministro británico David Cameron, no fueron pocas las ocasiones en las que se pudo escuchar al mandatario defendiendo restricciones a la libre circulación de personas en el seno de la Unión para combatir el temido “turismo social”. Este fenómeno hace referencia a la movilidad de personas (especialmente, las más desfavorecidas) hacia aquellos lugares donde las prestaciones sociales son más generosas, propiciando un “efecto llamada” hacia dicho Estado “por su atrayente sistema de bienestar social”⁶.

4. VV.AA.: “Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes”, en VV.AA.: *Memento práctico Francis Lefebvre Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, marginal 6875.

5. Reglamento CE/883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (en lo sucesivo, “Reglamento de base” o “Reglamento 883/2004”).

6. García de Cortázar y Nebreda, C.: “*Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae. Cameron dixit*”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Estudios Doctrinales*, núm. 3, 2015, p. 43.

Este miedo, extendido entre más Estado miembros, estuvo en la base de cinco polémicas sentencias del TJUE: 1) Sentencia de 19 de septiembre de 2013 (C-140/12, asunto Brey); 2) Sentencia de 11 de noviembre de 2014 (C-333/13, asunto Dano); 3) Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (C-67/14, asunto Alimanovic); 4) Sentencia de 25 de febrero de 2016 (C-299/14, asunto García Nieto); y 5) Sentencia de 14 de junio de 2016 (C-308/14, asunto Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

Es estos pronunciamientos el Tribunal de Luxemburgo enjuició la conformidad con el Derecho europeo de la exigencia de residencia legal en el Estado de acogida, de conformidad con la Directiva 2004/38, para poder acceder a prestaciones sociales incluidas en el ámbito de la coordinación (concretamente, PEN⁷, en las primeras cuatro sentencias, y prestaciones familiares en la última).

Aunque, *a priori*, la incorporación de este requisito puede parecer razonable, en la práctica, la cuestión es menos sencilla de lo que aparenta. Siguiendo lo dispuesto en la Directiva 2004/38, en primer lugar, durante estancias inferiores a tres meses⁸ el Estado miembro de acogida no está obligado a conceder prestaciones de asistencia social (entre otras) a aquellas personas que no sean trabajadoras o mantengan dicho estatuto o sean miembros de sus familias, de conformidad con la interpretación dada al artículo 24.2 de la Directiva 2004/38 en los asuntos Alimanovic y García Nieto⁹.

En segundo lugar, durante estancias temporales superiores a tres meses, aunque, formalmente, el requisito de residencia legal se exige a todos por igual –nacionales del Estado de destino o no–, en la práctica, solo afecta a los segundos. Ello se debe a que el derecho de residencia legal es automático para los nacionales de un Estado miembro, pero ello no se extiende al resto de ciudadanos europeos. Así, estos últimos,

7. Prestaciones especiales en metálico no contributivas. Para que una prestación tenga la naturaleza de PEN se requiere la concurrencia simultánea de tres requisitos (art. 70.2 del Reglamento de base): 1) que tengan por objeto proporcionar cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de Seguridad Social incluidas en el ámbito de aplicación material de la coordinación, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate; o proporcionar una protección específica a las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate; 2) que su financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones no dependan de ninguna contribución del beneficiario (las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo); y 3) que figuren en el anexo X del Reglamento 883/2004 (Anexo II *bis* del Reglamento 1408/71).

En el caso de España, se consideran PEN las siguientes prestaciones: a) subsidio de garantía de ingresos mínimos (únicamente se mantiene para los beneficiarios a fecha de 3 de diciembre de 2013); b) prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo; c) pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva, incluidas en el art. 42.1 del LGSS (anterior art. 38.1 de la LGSS de 1994) y las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas; y d) subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte para personas con discapacidad.

8. O un periodo más largo en los casos de búsqueda activa de empleo con posibilidades reales de contratación en los términos del artículo 14.4 de la Directiva 2004/38.

9. Conviene precisar que el artículo 24.2 de la citada Directiva ofrece una mera posibilidad a los Estados miembros, pues son estos los que deberán determinar si conceden o no prestaciones de asistencia social a los colectivos indicados (en este sentido, considerando 21 de esta norma). *Vid.* Tarabini-Castellani Aznar, M.: "Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: La primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores", *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, pp. 86-89.

salvo que sean trabajadores o asimilados, solo ostentarán el estatuto de residentes legales si tienen recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de destino (art. 7 de la Directiva 2004/38). Este doble rasero en función de la nacionalidad del beneficiario es una de las principales críticas contra esta doctrina.

En el último pronunciamiento (asunto Comisión Europea vs. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), el más polémico de todos, se enjuició la legalidad del requisito de residencia legal para el acceso a prestaciones familiares¹⁰, excluidas del concepto de asistencia social de la Directiva 2004/238, por lo que se recurrió al juicio de proporcionalidad para su análisis¹¹.

En definitiva, puede concluirse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado prevalencia a la salvaguarda de las finanzas públicas, a pesar de que, en ninguno de los casos enjuiciados, se acreditó peligro alguno para la estabilidad de las arcas públicas¹².

Si bien el Tribunal de Luxemburgo no se ha vuelto a pronunciar, hasta el momento, sobre esta cuestión, debe hacerse mención a la STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020 (C-181/19, asunto JD)¹³. Aunque en este pronunciamiento no se trata de resolver la misma cuestión, el Tribunal europeo basa su razonamiento, en gran medida, en la jurisprudencia comentada¹⁴, reiterando que “nada se opone a que la concesión de tales

10. Estas prestaciones, que pueden ser tanto en especie como en metálico, pretenden cubrir los gastos familiares, excluyendo los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el Anexo I (art. 1.z del Reglamento 883/2004). Su finalidad es aligerar las cargas derivadas de la formación de una familia y son consideradas verdaderas prestaciones de Seguridad Social por concederse en función del cumplimiento de determinados requisitos objetivos y, por tanto, al margen de necesidades personales (por todas, SSTJUE de 19 de septiembre de 2013 –C-216/12 y C-217/12, asuntos acumulados Hliddal y Bornand, apartados 48-49 y 55–; de 21 de junio de 2017 –C-449/16, asunto Martínez Silva, apartados 22-23–; y de 25 de noviembre de 2020 –C-302/19, asunto INPS, apartado 40–).

11. Una de las cuestiones más llamativas de esta sentencia fue que el Tribunal europeo no exigió ningún elemento probatorio para avalar la existencia de un riesgo para las finanzas públicas que sustentara la introducción de tal requisito de residencia legal. Sin embargo, en anteriores pronunciamientos, el Tribunal señaló expresamente que, “si bien es cierto que un riesgo de grave perjuicio al equilibrio financiero de un sistema de seguridad social puede constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en particular, la sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll, C-158/96, Rec. p. I-1931, apartado 41)”, es necesaria la acreditación de tal riesgo en el caso concreto para poder obstaculizar la libre circulación (STJCE de 11 de enero de 2007 –C-208/05, asunto ITC, apartado 43–).

12. De hecho, hay más razones empíricas para decantarse por lo contrario. Así, hay estudios que, aun asumiendo la existencia de turismo social, desmienten que sea una verdadera amenaza para las finanzas públicas nacionales. Entre otros, respecto de Reino Unido: análisis realizado por el Centro De Investigación y Análisis de Migración de la UCL (CReAM en inglés) de Londres, titulado *Yes, EU immigrants do have a positive impact on public finances*, de fecha 5 de noviembre de 2014, disponible en: <http://theconversation.com/yes-eu-immigrants-do-have-a-positive-impact-on-public-finances-33815>; y estudio realizado por el Migration Advisory Committee (MAC), titulado *EEA migration in the UK: Final report*, de septiembre de 2018, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/741926/Final_EEA_report.PDF.

13. En esta ocasión, el TJUE ha valorado la conformidad con el Derecho europeo de una norma alemana en virtud de la cual se denegaron prestaciones de seguro básico (consideradas prestaciones de asistencia social a efectos de la Directiva 2004/38 –apartado 57– y PEN a efectos de los Reglamentos de coordinación –apartado 82–) a un nacional polaco que residía en Alemania con sus hijas, escolarizadas en este país, que había perdido la condición de trabajador de conformidad con el artículo 7.3.c) de la Directiva 2004/38, y que se encontraba en búsqueda de un nuevo empleo.

14. Aunque sin llegar a la misma conclusión, pues en el caso de autos, el demandante y sus hijas gozaban de un derecho de residencia legal que, aunque no está contemplado en la Directiva 2004/38, deriva del artículo 10 del

prestaciones (las PEN) a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que estos cumplan los requisitos para disponer de un derecho de residencia legal en el Estado miembro de acogida” (apartado 84)¹⁵.

El fantasma del turismo social también se ha dejado sentir en el proceso de reforma de los Reglamentos de coordinación, iniciado en 2016 por la Comisión Europea¹⁶. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Comisión propuso incorporar un segundo apartado en el artículo 4 del Reglamento 883/2004 en virtud del cual se posibilitaba a los Estados miembros “exigir que el acceso de una persona que no ejerza una actividad económica y resida en dicho Estado miembro a sus prestaciones de Seguridad Social esté supeditada a la condición de tener derecho de residencia legal”, de conformidad con la Directiva 2004/38. Finalmente, esta propuesta no ha llegado a buen puerto, como así lo manifiesta el contenido del Acuerdo provisional alcanzado en 2019¹⁷, en el que se ha eliminado este apartado. Pese a ello, como ha señalado doctrina cualificada, “sería ingenuo creer que la causa del statu quo legislativo radica en el deseo de preservar la coherencia de las normas de coordinación y los derechos de los pobres”¹⁸.

En cambio, sí se ha incorporado en los considerandos del propuesto Reglamento de reforma la necesidad de respetar la jurisprudencia comunitaria indicada que interpreta el principio de igualdad de trato y establece la relación entre el Reglamento 883/2004 y la Directiva 2004/38 a estos efectos (considerando 5). Asimismo, se ha matizado que los ciudadanos económicamente inactivos no deberían estar obligados a cumplir la condición de tener una cobertura completa de seguro de enfermedad en el Estado miembro de acogida (de conformidad con la Directiva 2004/38), debiendo permitirles, de conformidad con las leyes y prácticas nacionales, contribuir de manera proporcional a un plan de cobertura de enfermedad, si de otro modo no pueden cumplir los criterios necesarios para acceder al seguro de enfermedad en el Estado miembro en el que residen habitualmente (considerando 6).

Reglamento 492/2011 (derecho de residencia del progenitor que ejerce efectivamente la custodia de hijos menores escolarizados en el Estado miembro de acogida).

15. No obstante lo anterior, esta sentencia también puede ser vista como continuista de una línea “extensiva” para los casos en los que existe cierta vinculación (especialmente, económica) con el país de acogida, aunque sea tenue (SSTJUE de 20 de diciembre de 2017 –C-442/16, asunto *Gusa*– y de 11 abril de 2019 –C-483/17, asunto *Tarola*–). Sobre esta “jurisprudencia expansiva” del TJUE en los casos de “tenue conexión económica con el mercado de trabajo”, vid. Miranda Boto, J. M.: “Capítulo 3. La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en Cardenal Carro, M. y Pérez Campos, A. I. (dirs.): *Derecho del Trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 64.

16. *Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004* (en lo sucesivo, “Propuesta de reforma”), disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016PC0815>.

17. Acuerdo provisional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, de 25 de marzo de 2019, sobre la propuesta de revisión de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Documento 7698/19 ADD 1 REV 1 (en adelante, “Acuerdo provisional”), disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7698-2019-ADD-1-REV-1/en/pdf>.

18. Lhernould, J.-P.: “Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture. À propos de la proposition de la Commission du 13 décembre 2016”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 54, núm. 1, 2018, pp. 99-114.

En conclusión, habrá que esperar a ver la senda que adoptan los nuevos pronunciamientos del TJUE para comprobar si, tras el Brexit –y las numerosas críticas recibidas a la Propuesta de reforma del artículo 4 del Reglamento 833/2004¹⁹–, su posición ha cambiado y, en su caso, en qué medida.

III. EL LARGO CAMINO HASTA EL *BREXIT* CON PLENOS EFECTOS

Con este telón de fondo, el 23 de junio de 2016 se hizo público el resultado del referéndum celebrado en Reino Unido a favor del Brexit, 47 años después de su incorporación a la CEE²⁰. Sin embargo, esto solo marcó el comienzo de un largo y arduo proceso.

El 29 de marzo de 2017, Theresa May, la Primera ministra británica en aquel momento, notificó oficialmente la intención de abandonar la UE, activando la cláusula de retirada del artículo 50 TUE²¹. Con ello se dio inicio a las negociaciones entre las partes en aras de llegar a un acuerdo para regular las relaciones futuras entre ellas (art. 50.2 TUE)²².

Tras un largo y complejo proceso de negociación, Reino Unido dejó de formar parte de la UE el 31 de enero de 2020. Desde el día siguiente a esta salida, las relaciones entre este país y la Unión han estado sujetas al Acuerdo de Retirada²³. Este Acuerdo establecía un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020²⁴, momento en el que tendría lugar la salida de Reino Unido de la UE a todos los efectos. La base de este Acuerdo era el mantenimiento de la aplicación, con carácter general, del acervo comunitario.

Finalizado este periodo transitorio, era necesario contar con otro instrumento para regular las relaciones entre las partes. Este no se adoptó hasta el 24 de diciembre de 2020, día de la firma del Acuerdo de Comercio y Cooperación²⁵, ratificado el pasado 8

19. Un amplio análisis de los problemas de coherencia de esta jurisprudencia con la actual normativa comunitaria, así como su relación con el Brexit, puede consultarse en Martín-Pozuelo López, A.: “Crónica de un “Brexit” anunciado: análisis de las causas sociales y su judicialización”, *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, núm. 15, 2018, pp. 49-63, disponible en: https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N15/contenido/PDFs/05-ensayo-04.pdf, y doctrina ahí citada.

20. Sobre el escenario pre Brexit y las diferentes campañas a favor y en contra del mismo, véase Navarro Galván, M. A.: “Las raíces del Brexit: institucionalización del euroescepticismo”, *Geopolítica(s). Revista de estudios sobre espacio y poder*, vol. 12, núm. 1, 2021, pp. 123-144.

21. Tratado de la Unión Europea.

22. Por su parte, el artículo 50.3 TUE señala que, durante al menos 2 años (salvo que las partes decidan prorrogar dicho plazo), el derecho de la Unión continuaría siendo de aplicación a Reino Unido como hasta ese momento. Finalizado este plazo, tanto el acervo comunitario, como los acuerdos internacionales celebrados entre la UE y terceros países u organizaciones internacionales, dejarían de ser de aplicación.

23. Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en lo sucesivo, “Acuerdo de Retirada” o “AR”). DOUE núm. L 29-63, de 31 de enero de 2020, pp. 7-187. Sobre la entrada en vigor de este Acuerdo, véase el art. 185 del Acuerdo, y la página 189 del DOUE de su publicación (“El Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Bruselas y Londres el 24 de enero de 2020, entrará en vigor el 1 de febrero de 2020 con arreglo a su artículo 185, párrafo primero”).

24. Incluyendo la posibilidad de prorrogar su vigencia hasta dos años adicionales (art. 132), aunque no llegó a hacerse uso de esta.

25. Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra (en adelante, “Acuerdo de Comercio y Cooperación” o “ACC”). DOUE núm. L 149-64, de 30 de abril de 2021, pp. 10-2539.

de abril de 2021. Este Acuerdo ha sido aplicable provisionalmente desde el 1 de enero de 2021, y con carácter definitivo, desde el 1 de mayo del mismo año.

A la vista de lo expuesto en los apartados precedentes, no resulta extraño que, en el marco del ACC –con vigencia a más largo plazo–, se pusiera fin a la libre circulación de personas entre la Unión y Reino Unido por expreso deseo de este último país, limitando también la coordinación en materia de Seguridad Social.

Es fundamental retener que, a pesar de ser dos Acuerdos celebrados entre las mismas partes con objeto de regular las relaciones entre ellas, cada uno de ellos persigue objetivos diferentes, existiendo entre ambos una relación de complementariedad. De este modo, los dos Acuerdos están actualmente vigentes, si bien regulando situaciones diferentes.

Al margen de estos dos Acuerdos celebrados entre la UE y Reino Unido, como consecuencia de las dudas acerca de que se llegara a un acuerdo, tanto la Unión como los Estados miembros (entre ellos, España²⁶) adoptaron diversas medidas de contingencia para un escenario de “Brexit duro”; medidas que, no obstante, han tenido escaso recorrido.

IV. EL STATU QUO DEL ACUERDO DE RETIRADA

El Acuerdo de Retirada tardó más de dos años y medio en ver la luz, tras un complejo proceso de negociación. Finalmente se aprobó, entrando en vigor el 1 de febrero de 2020 (art. 185). Su vigencia, como se ha adelantado, se mantuvo hasta el 31 de diciembre de ese mismo año (art. 126), momento de finalización del periodo transitorio.

No obstante lo anterior, algunas partes del Acuerdo de Retirada siguen siendo aplicables tras el 31 de diciembre de 2020, por ejemplo –y salvo escasas excepciones–, la segunda parte del Acuerdo, que incluye: el Capítulo 1 del Título II, regulador de los derechos relacionados con la residencia y documentos de residencia²⁷; y el Título III, destinado a regular la coordinación en materia de Seguridad Social²⁸. De este modo, la doctrina ha calificado a este Acuerdo como “un mecanismo de Derecho transitorio, encaminado a salvaguardar la situación de quienes se encontraran amparados por el Derecho de la UE hasta una determinada fecha”²⁹ (el 31 de diciembre de 2020).

26. Ejemplo de ellos son el Real Decreto-ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea; y el Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

27. Su artículo 19, referido a la expedición de documentos de residencia durante el periodo transitorio, es el único cuya vigencia no se prolonga más allá del periodo transitorio (art. 185).

28. Su artículo 34.1, referido a la condición de observador en la CACSS de Reino Unido, es el único cuya vigencia no se prolonga más allá del periodo transitorio (art. 185).

29. Gardeñes Santiago, M.: “La circulación de personas físicas en el Acuerdo de Retirada del reino Unido de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, diciembre 2020, p. 7. Sobre el Acuerdo de Retirada, también puede consultarse Górriz López, C.: “Brexit: pasado, presente y futuro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 298-341.

A. El régimen aplicable a la entrada y residencia

El régimen aplicable a la entrada y residencia al amparo del Acuerdo de Retirada, regulado en los artículos 13 a 23 del AR, es prácticamente análogo –con algunas diferencias³⁰– a lo dispuesto en las normas europeas sobre esta materia (los citados preceptos del TFUE y su desarrollo contenido en la Directiva 2004/38). La idea principal a destacar es que se busca que el final del periodo transitorio no afecte a los derechos de residencia y/o trabajo en el Estado de acogida preexistentes.

El artículo 18 del Acuerdo de Retirada daba la opción a los Estados miembros de elegir el sistema de residencia aplicable en este marco regulatorio, pudiendo optar entre un régimen constitutivo (art. 18.1) o uno declarativo (art. 18.4). La diferencia principal entre ambos regímenes es que, mientras en los primeros, la nueva condición de residente legal debe solicitarse por los interesados; en los segundos, esta condición se adquirirá automáticamente si se cumplen todos los requisitos exigidos en el Acuerdo de Retirada³¹ (más similar al sistema previo instaurado en la Directiva 2004/38).

En cualquier caso, es importante matizar que, al amparo del AR, se puede mantener el derecho de residencia en un determinado Estado miembro (el de residencia)³², pero este Acuerdo no habilita a estas personas a moverse libremente por el resto de la Unión.

B. La coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social

Por su parte, el Título III, dedicado a la coordinación en materia de Seguridad Social, se compone de seis artículos (arts. 30 a 36), si bien, para su correcta comprensión, conviene tener presente la Nota de orientación de la Comisión³³, cuya lectura resulta fundamental, a pesar de carecer de eficacia jurídica vinculante.

30. Por ejemplo, respecto del plazo de ausencia que podría generar la pérdida de la condición de residente permanente. Más ampliamente sobre esta y otras diferencias, Gardeñes Santiago, M.: “La circulación de personas físicas...”, ob. cit., pp. 20-27.

31. Trece Estados, además de Reino Unido, han optado por el régimen constitutivo (Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Letonia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Rumanía y Suecia), y otros 14 Estados miembros, por el declarativo (Alemania, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, España, Estonia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, República Checa, Polonia y Portugal). Véase, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/overview_ms_residence_rights.pdf.

32. En este sentido, es importante matizar que, dado que el AR no protege la libre prestación de servicios, no protege tampoco el derecho de residencia de los trabajadores desplazados por el mero hecho de serlo. Sin embargo, la residencia de estas personas trabajadoras podría estar protegida por otras causas que sí se encuentren reguladas en el AR (especialmente, en su artículo 13). Sobre este particular, García de Cortázar y Nebreda, C.: “La Unión Europea y el Reino Unido. Brexit. La regulación laboral y de Seguridad Social a partir del 31 de diciembre 2020. «Condenados a entenderse»”, *Actum Social*, núm. 168, 2021, p. 6; y Carrascosa Bermejo, D.: “Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit”, *ERA Forum*, 2021, pp. 9-10, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00685-3>.

33. Comunicación de la Comisión: Nota de orientación relativa al Acuerdo sobre la Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Segunda parte –Derecho de los ciudadanos (2020/C 173/01), publicada en el DOUE de 20 de mayo de 2020 (en adelante, “Nota de orientación de la Comisión”).

En este ámbito, se prevé la aplicación de las normas de coordinación durante el periodo transitorio, incluyendo, en sentido amplio, las Decisiones y Recomendaciones de la CACSS (art. 31.1, de conformidad con el Anexo I, Parte I)³⁴. Además, la aplicación de estas normas no será estática, pues también se estipula la aplicación de las eventuales modificaciones o sustituciones de las mismas, incluso tras el final del periodo transitorio (art. 36.1, en relación con el Anexo I, partes II y III)³⁵. En determinadas situaciones, no obstante, será necesaria una previa evaluación de los efectos de esas modificaciones/sustituciones por parte del Comité Mixto³⁶ (art. 36.2)³⁷.

En cuanto al ámbito de aplicación personal de este Título sobre coordinación de Seguridad Social, debe recordarse que el Acuerdo de Retirada, en general, trata de proteger los derechos de los ciudadanos que ejercieron su derecho a la libre circulación antes de la salida de Reino Unido y continúan en una situación transfronteriza con posterioridad. Teniendo esto en mente, la Comisión Europea, en su Nota de orientación, distingue dos ámbitos de aplicación diferentes, uno regulado en una cláusula general (art. 30.1), y otro en una cláusula residual (art. 30.3)³⁸.

Respecto de la primera, deben entenderse incluidos en el Acuerdo (art. 30)³⁹:

- a) Ciudadanos de la UE o nacionales de Reino Unido sujetos a la legislación de la otra parte del Acuerdo de Retirada (Reino Unido o la UE, respectivamente) al final del período transitorio, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;
- b) Ciudadanos de la Unión o nacionales de Reino Unido que residan en el territorio de la otra parte del Acuerdo de Retirada y estén sujetos a la legislación de un Estado miembro o de Reino Unido, respectivamente, al final del período transitorio, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;

34. No obstante, en el artículo 32 del Acuerdo se prevén determinadas situaciones especiales cubiertas a las que son de aplicación las normas de coordinación, pero solo de forma parcial (por ejemplo, continúan siendo de aplicación los principios de igualdad de trato y de totalización).

35. Este régimen está excluido, expresamente, del principio de mayor favorabilidad recogido en el artículo 38.1 del Acuerdo, respecto de los derechos de los ciudadanos ("La presente parte no afectará a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados de acogida o los Estados de trabajo cuando estas resulten más favorables para los interesados. El presente apartado no se aplicará al título III"). Esta exclusión ha sido justificada por la "especificidad" de estas normas y con la finalidad "de impedir las complicaciones que podrían derivarse del solapamiento de disposiciones aplicables" (Nota de orientación de la Comisión, apartado 4.2.2).

36. Comité responsable de la ejecución y la aplicación del Acuerdo de Retirada, compuesto por representantes de la UE y del Reino Unido (art. 164).

37. Cuando se altere el ámbito material de las normas (art. 3 del Reglamento 883/2004); cuando se modifique el carácter exportable o no exportable de una prestación; o cuando se modifique la duración del periodo de exportabilidad de una prestación (de limitado a ilimitado o viceversa).

38. Llama la atención que los trabajadores desplazados hayan quedado fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo, tal y como afirma la Comisión en el apartado 1.2.2.1 de su Nota de orientación: "Las personas cuyos derechos se derivan exclusivamente del artículo 56 TFUE no entran en el ámbito de aplicación del Acuerdo [...]. El Acuerdo no confiere a los trabajadores desplazados ningún derecho de permanencia en el Estado de acogida después del final del período transitorio").

39. Todas las personas referenciadas en el artículo 30.1 estarán cubiertas durante el tiempo en el que se encuentren, sin interrupción, en una de las situaciones descritas en este apartado que afecten a un Estado miembro y al Reino Unido al mismo tiempo (art. 30.2; para el significado de "sin interrupción", consúltese la Nota de orientación de la Comisión, apartado 3.1.3). Respecto de los nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, véase el artículo 33 AR.

- c) Personas no comprendidas en los supuestos anteriores que sean ciudadanos de una parte del Acuerdo de Retirada que ejerzan una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio de la otra parte al final del período transitorio y que, con arreglo al Título II del Reglamento 883/2004, estén sujetos a la legislación de la parte de su nacionalidad, así como los miembros de sus familias y sus supérstites⁴⁰;
- d) Personas apátridas y refugiadas que residan en el territorio de una de las partes del Acuerdo y que se encuentren en una de las situaciones descritas en los apartados anteriores, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;
- e) Nacionales de terceros países, así como los miembros de sus familias y sus supérstites, que se encuentren en una de las situaciones descritas en las letras a) a c), siempre que cumplan las condiciones del Reglamento 859/2003⁴¹.

Dentro de la cláusula residual, en cambio, se incluye a las personas que no estén o hayan dejado de estar incluidas en las letras a) a c) anteriores, pero que estén amparadas en el artículo 10 del Acuerdo de Retirada –así como los miembros de sus familias y sus supérstites–. Estas personas son, entre otras (art. 10.1)⁴²:

- a) Ciudadanos de la UE o nacionales de Reino Unido que hayan ejercido su derecho de residencia en la otra parte con arreglo al Derecho de la Unión antes del final del período transitorio y sigan residiendo en ella después de este período;
- b) Ciudadanos de la UE o nacionales de Reino Unido que hayan ejercido su derecho como trabajadores fronterizos en el territorio de la otra parte con arreglo al Derecho de la Unión antes del final del período transitorio y sigan ejerciéndolo después de este período;
- c) Los miembros de la familia de las personas señaladas en los dos apartados anteriores, siempre que satisfagan ciertas condiciones [art. 10.1.e];
- d) Los miembros de la familia que hayan residido en el Estado de acogida con arreglo a los artículos 12 y 13, el artículo 16, apartado 2, y los artículos 17 y 18 de la Directiva 2004/38 antes del final del período transitorio y que sigan residiendo en él después de este período.

40. Como ya se ha adelantado, el caso de los trabajadores desplazados presenta importantes particularidades en el marco del AR. Así, los trabajadores desplazados antes del fin del periodo transitorio al territorio de la otra parte del Acuerdo, parece pacífico que podrán continuar con su desplazamiento hasta el fin de la vigencia del documento A1 emitido. Sin embargo, resulta más controvertida la posible extensión de la duración de este desplazamiento. En este sentido, García de Cortázar y Nebreda, C.: “La Unión Europea y el Reino Unido. Brexit. La regulación laboral y de Seguridad Social a partir del 31 de diciembre 2020. «Condenados a entenderse»”, ob. cit., pp. 6-7; y Carrascosa Bermejo, D.: “Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit”, ob. cit., pp. 13-14.

41. Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y del Reglamento (CEE) núm. 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

42. No obstante, todas estas personas estarán cubiertas durante el tiempo en que sigan teniendo derecho a residir en el Estado de acogida en virtud del artículo 13 del Acuerdo de Retirada o derecho a trabajar en su Estado de trabajo en virtud de los artículos 24 o 25 del mismo (art. 30.4).

Por último, debe señalarse la aplicabilidad directa de las disposiciones del AR pues, de conformidad con su artículo 4, tanto las personas físicas como las jurídicas “podrán, en particular, invocar directamente las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo, o indicadas en él, que cumplan las condiciones para tener efecto directo en virtud del Derecho de la Unión”, debiendo producir los mismos efectos en Reino Unido que en la Unión y sus Estados miembros⁴³.

V. EL ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN: EL FIN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y SUS EFECTOS EN LA COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A diferencia de lo acontecido en el marco del Acuerdo de Retirada, desde el pasado 1 de enero de 2021, el Derecho de la Unión ha dejado de ser vinculante para Reino Unido, dejando de formar parte también de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, sin estar vinculado tampoco por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con carácter general.

Así pues, el régimen aplicable es el recogido en el Acuerdo de Comercio y Cooperación que, no obstante, carece de eficacia directa general (art. 5). En este sentido, se prevé que ningún elemento de este Acuerdo –o sus acuerdos complementarios– “se interpretará en el sentido de que confiera a las personas derechos o les imponga obligaciones distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho internacional público, ni de que permita la invocación directa del presente Acuerdo o de los acuerdos complementarios en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes” (apartado 1). Consecuentemente, ninguna de las partes podrá establecer “un derecho de acción en virtud de su legislación contra la otra Parte basándose en que esta ha actuado en contravención del presente Acuerdo o de cualquier acuerdo complementario” (apartado 2). Esta regla general, sin embargo, presenta una importante excepción en materia de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, prevista en el artículo SSC.67 del Protocolo relativo a la coordinación de la Seguridad Social⁴⁴.

43. Además, en la interpretación y aplicación de este Acuerdo, las autoridades judiciales y administrativas del Reino Unido deberán tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE dictada después del final del período transitorio (art. 4.5).

44. En este precepto, relativo a la protección de los derechos individuales, se establece el deber de las partes de velar para que “las disposiciones del Protocolo sobre coordinación de la seguridad social tengan fuerza de ley, ya sea directamente o a través de una legislación interna que dé efecto a dichas disposiciones, de modo que las personas físicas o jurídicas puedan invocar dichas disposiciones ante los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas nacionales” (apartado 1). De este modo, las partes deben garantizar “los medios para que las personas físicas y jurídicas puedan proteger de manera efectiva sus derechos” en esta materia “como la posibilidad de presentar reclamaciones ante los órganos administrativos o de ejercitar acciones legales ante un órgano jurisdiccional competente en el marco de un procedimiento judicial apropiado, con el fin de obtener una reparación adecuada y oportuna”.

A. El régimen de movilidad

Como no podía ser de otro modo, dada la posición británica de los últimos años, desde el 1 de enero de 2021 la libre circulación de personas ha dejado de existir entre la UE y Reino Unido. La regla general es, pues, la aplicación de los regímenes nacionales de extranjería e inmigración a efectos de entrada, estancia, residencia y trabajo en una de las partes (es decir, el ACC no establece un régimen uniforme de requisitos, aplicable en todos los Estados por igual).

No obstante, el ACC incluye ciertas disposiciones en esta materia para facilitar la prestación de servicios e inversiones en determinados casos, constituyendo el marco dentro del cual cada Estado podrá establecer sus propios requisitos⁴⁵.

En primer lugar, respecto de las visitas de corta duración, por el momento, ambas partes establecen una exención de visado, si bien, de conformidad con su Derecho nacional (sin perjuicio de que se pueda modificar este régimen, notificándolo a la otra parte, si es posible, con al menos 3 meses de antelación –art. 492.1–)⁴⁶.

En segundo lugar, en relación con la entrada y estancia temporal de personas físicas con fines empresariales, debe estarse al marco fijado en los artículos 140 a 156 y los Anexos 21 a 23. En este limitado marco se diferencian cinco situaciones diferentes: a) personas en visitas de negocios con fines de establecimiento (arts. 140.5.a y 141 y Anexo 21); b) proveedores de servicios contractuales (arts. 140.5.b y 143 y Anexo 22); c) profesionales independientes (arts. 140.5.c y 143 y Anexo 22); d) personas trasladadas dentro de una misma empresa (arts. 140.5.d-g y 141 y Anexo 21)⁴⁷; y e) personas en visita de negocios de corta duración (art. 142 y Anexo 21).

B. La coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social

A pesar de la oposición británica a regular expresamente un régimen de movilidad uniforme, sí se acordó regular la coordinación en materia de Seguridad Social en el marco del ACC. Así, además de los cuatro artículos que se le dedican a esta cuestión en el propio Acuerdo (arts. 488 a 491), estos se remiten al extenso y pormenorizado Protocolo relativo a la coordinación de la Seguridad Social (en adelante, “Protocolo”)⁴⁸. La aplicación de este régimen de coordinación debe entenderse referida a la

45. Gower, M.; Jozepa, I.; Fella, S.: *After Brexit: visiting, working and living in the EU*, House of Commons Library, Briefing paper number 9157, de 5 de marzo de 2021, pp. 7-19, disponible en: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9157/>.

46. En el caso de nacionales británicos que visiten un Estado miembro, esta exención se limita a visitas de hasta 90 días en un periodo de 180 días (por aplicación del Acuerdo Schengen); por el contrario, los ciudadanos europeos que visiten Reino Unido, podrán obtener esta exención si la visita no excede de 180 días (en aplicación de las reglas británicas de inmigración). *Vid.* ampliamente, Gower, M., Jozepa, I. y Fella, S.: “After Brexit: visiting, working and living in the EU”, *ob. cit.*, pp. 10-11.

47. Para los que se prevé un régimen similar al de la Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales.

48. Recogido en las páginas 2292 a 2539 del DOUE.

extensión territorial del propio ACC, es decir, a los territorios en los que son aplicables el TUE, el TFUE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y en las condiciones establecidas en dichos Tratados; y el territorio del Reino Unido⁴⁹ (art. 774 ACC)⁵⁰.

La vigencia del Protocolo está sujeta a una cláusula de extinción, en virtud de la cual este dejará de aplicarse 15 años después de la entrada en vigor del Acuerdo (art. SSC.70.1). No obstante, cabe la posibilidad de que las partes entablen negociaciones con la finalidad de celebrar un Protocolo actualizado, para lo cual cualquiera de las partes debe notificar a la otra esta intención, al menos 12 meses antes de que el Protocolo deje de aplicarse en atención a la citada cláusula de extinción⁵¹.

Este Protocolo guarda una gran similitud con los Reglamentos comunitarios de coordinación. En primer lugar, debe diferenciarse entre el texto principal⁵², ampliamente coincidente con el Reglamento de base, y el Anexo en el que se recoge la parte relativa a la aplicación (Anexo SSC-7⁵³), de contenido muy parecido al Reglamento 987/2009⁵⁴. Además, ambos textos siguen, salvo pequeñas excepciones⁵⁵, la estructura, orden y denominaciones empleadas por los Reglamentos comunitarios. No obstante, hay importantes diferencias vinculadas con la situación descrita con anterioridad, que merecen ser destacadas.

49. Con exclusión expresa de Gibraltar (apartado 3 del art. 774) y los territorios de ultramar que mantienen relaciones especiales con el Reino Unido, siendo estos: Anguila; Bermudas; territorio antártico británico; territorios británicos del Océano Índico; Islas Vírgenes británicas; Islas Caimán; Islas Malvinas (Falkland); Montserrat; Pitcairn, Henderson, Ducie y las Islas Oeno; Santa Elena, Ascensión y Tristán da Cunha; Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur; e Islas Turcas y Caicos (apartado 4 del art. 774).

50. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 520 del Acuerdo añade que “los derechos y obligaciones de las Partes [...] se aplicarán también a las zonas situadas más allá del mar territorial de cada Parte, incluido el lecho marino y su subsuelo, sobre las que dicha Parte ejerza derechos soberanos o jurisdicción de conformidad con el Derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus disposiciones legales y reglamentarias que sean compatibles con el Derecho internacional”.

51. Asimismo, existen dos opciones adicionales para poner fin a la vigencia de este Protocolo. Por un lado, durante la vigencia del mismo, cualquiera de las partes puede decidir ponerle fin, debiendo realizar una notificación escrita por vía diplomática. Realizada esta notificación, el Protocolo dejará de estar en vigor el primer día del noveno mes siguiente a la fecha de aquella (art. SSC.69). Por otro lado, dada la inclusión del Protocolo en el ACC, también es posible que el primero pierda su vigencia por la terminación del segundo, para lo que se requiere que cualquiera de las partes realice una notificación escrita por vía diplomática. En ese caso, el ACC (y sus acuerdos complementarios) dejarán de estar en vigor el primer día del duodécimo mes siguiente a la fecha de la notificación.

52. Los artículos del protocolo van precedidos de las siglas SSC (Social Security Coordination).

53. Cuyos artículos van precedidos de las siglas SSCI.

54. Reglamento CE/987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento CE/883/2004.

55. Por ejemplo, se han suprimido los artículos sobre relación con otros textos internacionales (arts. 8 y 9 del Reglamento de base); se ha modificado la denominación sobre el régimen de trabajadores desplazados, de “normas particulares” del art. 12 del Reglamento 883/2004 a “trabajadores desplazados” en el art. 11 del Protocolo; se ha trasladado el precepto relativo a las obligaciones del empleador del art. 21 del Reglamento de aplicación al art. 14 del Protocolo; se ha incorporado un precepto en materia de “cooperación en caso de duda sobre la validez de los documentos emitidos en relación con la legislación aplicable” en la Parte de aplicación (art. SSCI.18), similar al régimen previsto en el artículo 19 *bis* que se pretende incorporar en el Reglamento de aplicación y que ha sido incorporado en el Acuerdo Provisional de 2019.

1. El ámbito de aplicación personal

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación subjetivo, como punto de partida, debe recordarse la complementariedad del ACC con el AR. De este modo, el Acuerdo de Comercio y Cooperación solo podrá ser de aplicación a aquellas personas que no estén ya amparadas por el régimen privilegiado del Acuerdo de Retirada. Además, conviene precisar que, cuando estemos ante una situación transnacional que tenga como protagonista a un nacional británico, pero en la que solamente se encuentren involucrados varios Estados miembros, tampoco será de aplicación el ACC, pues estaríamos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1231/2010⁵⁶, que remite al régimen previsto en los actuales Reglamentos de coordinación.

Sentado lo anterior, el Protocolo solo resultará aplicable “a las situaciones que surjan entre uno o varios Estados miembros y el Reino Unido”, y solo en la medida en la que se trate de situaciones transfronterizas, excluyendo, pues, las situaciones circunscritas en todos los aspectos, ya sea al Reino Unido, ya sea a la UE (art. 490 del ACC). No obstante lo anterior, el artículo SSC.2 del Protocolo precisa que para que este sea aplicable, se requiere que las personas involucradas en tales situaciones (incluyendo apátridas y refugiados) “estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados” (aplicándose también a los miembros de sus familias y a sus supérstites).

Además, el artículo 489.1 del ACC incorpora un requisito fundamental, sobre todo, para Reino Unido⁵⁷: la exigencia de residencia legal (en un Estado miembro o en el Reino Unido). Como se ha indicado anteriormente, este era el condicionante nacional origen de la polémica jurisprudencia del TJUE que trascendió a la Propuesta de reforma de los Reglamentos de coordinación y que parece estar, también, en la base de este precepto del Acuerdo de Comercio y Cooperación.

2. El ámbito de aplicación material

Pero, sin duda, donde más se ha dejado sentir el trasfondo del turismo social es en la reducción del ámbito de aplicación material de la coordinación del ACC.

El Protocolo resulta de aplicación a las ramas de Seguridad Social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad; b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez; d) las prestaciones de vejez; e) las prestaciones de supervivencia; f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; g) los subsidios de defunción; h) las prestaciones de desempleo; i) las

56. Reglamento UE/1231/2010, de 24 de noviembre, por el que se amplía la aplicación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (en lo sucesivo, “Reglamento 1231/2010”). Este Reglamento no es de aplicación para Dinamarca, quien ejerció su derecho a no participar en la adopción de esta norma (considerando 19).

57. En el apartado segundo de este precepto se matiza que el primer apartado “no afectará al derecho a prestaciones económicas correspondientes a períodos de residencia legal anteriores de personas contempladas en el artículo SSC.2 del Protocolo relativo a la coordinación de la seguridad social”.

prestaciones de prejubilación (art. SSC.3.1). Por contrapartida, se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación:

- a) las prestaciones especiales en metálico no contributivas que figuran en la parte 1 del Anexo SSC-1⁵⁸;
- b) la asistencia social y médica;
- c) las prestaciones respecto a las cuales un Estado asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado en el ejercicio de sus funciones; o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen;
- d) las prestaciones de cuidados de larga duración que figuran en la parte 2 del anexo SSC-1⁵⁹;
- e) los servicios de reproducción asistida;
- f) los pagos vinculados a una rama de la seguridad social enumerada en el apartado 1 y que: *i*) se abonan para cubrir los gastos de calefacción en un clima frío; y *ii*) figuran en la parte 3 del anexo SSC-1⁶⁰; y
- g) las prestaciones familiares.

Como puede deducirse con claridad de lo anterior, en este Protocolo se han excluido las tres prestaciones más polémicas, sobre todo, desde el punto de vista de Reino Unido: las prestaciones familiares (STJUE Comisión Europea contra Reino Unido

58. En el caso de España: a) Subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley 13/1982, de 7 de abril de 1982); b) Prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad y personas con discapacidad que no pueden trabajar (Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio de 1981): i) pensiones de invalidez y jubilación no contributivas contempladas en el capítulo II del título VI, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre de 2015; y ii) prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas; y c) Subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte (Ley 13/1982, de 7 de abril de 1982).

Merece una especial mención el régimen aplicable al Ingreso Mínimo Vital español desde la perspectiva de la coordinación europea, tema sobre el que se puede consultar, por todos, Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación del derecho de la Unión Europea al Ingreso Mínimo Vital", en Ortiz Castillo, F. (coord.) y Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, 2021, pp. 623-640; Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 629-656; Guerrero Padrón, T.: "Ingreso Mínimo Vital y nacionales británicos en España en tiempos del Brexit", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. V, núm. 2, 2020, pp. 60-76; y Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "Las obligaciones de las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital: las infracciones y sanciones previstas y su posible incidencia en la coordinación de prestaciones de la Seguridad Social a nivel europeo", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. V, núm. 2, 2020, pp. 94-114.

59. Para el Estado español se señalan: a) Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en su versión modificada; b) Orden Ministerial de 15 de abril de 1969; c) Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio de 1995, en su versión modificada; y d) Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre de 1997, en su versión modificada.

60. Sin referencia alguna para el caso español.

de Gran Bretaña e Irlanda del Norte); las prestaciones especiales en metálico no contributivas (objeto de los asuntos Brey, Dano, Alimanovic y García Nieto); y las prestaciones de cuidados de larga duración.

Aunque las prestaciones de desempleo y de invalidez se incluyen en el ámbito del Protocolo, la coordinación aplicable a ellas es muy reducida, limitándose, básicamente, a la totalización de periodos. De hecho, ambas prestaciones están excluidas del principio de exportación (art. SSC.8.b).

3. Los trabajadores desplazados

En cuanto a la determinación de la legislación aplicable, nuevamente, el Protocolo se basa en las disposiciones contenidas en los Reglamentos de coordinación. En efecto, el Título II del Protocolo se asemeja al Título II del Reglamento de base, si bien, con supresión de las normas para los perceptores de desempleo y las personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o al servicio civil, y algunas precisiones adicionales para las personas que prestan servicios en más de un Estado.

Siguiendo esta línea, el artículo SSC.11 regula el régimen aplicable a los trabajadores desplazados, con idénticas normas que las previstas en el artículo 12 del Reglamento 883/2004⁶¹. Así, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en un Estado para un empleador que ejerza normalmente sus actividades en él y que sea enviada por ese empleador a otro Estado para realizar un trabajo por cuenta de ese empleador, seguirá estando sujeta a la legislación del primer Estado, a condición de que: i) la duración de ese trabajo no exceda de veinticuatro meses; y ii) esa persona no haya sido enviada para reemplazar a otro trabajador desplazado⁶².

No obstante, debe ponerse de relieve el comienzo del precepto, donde se señala que lo en él dispuesto debe entenderse “(n)o obstante lo dispuesto en el artículo SSC.10, apartado 3, y como medida transitoria en relación con la situación existente antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo”.

Así pues, esta medida transitoria, que exceptúa la regla general *lex loci laboris* del artículo SSC.10.3, solo resulta de aplicación a los Estados miembros enumerados en el Anexo SSC-8 (Categoría A) y el Reino Unido. En la notificación realizada por la Unión Europea⁶³, en diciembre de 2020, solo cuatro Estados miembros habían solicitado esta derogación de la regla general (Austria, Hungría, Portugal y Suecia), estando el resto pendientes de tomar una decisión. En la versión del ACC publicada en abril de 2021, este Anexo solo contiene una referencia genérica a “Estados Miembros”, sin especificar nada más; de cualquier modo, todos los Estados miembros ya han mostrado su conformidad con el mantenimiento de esta excepción⁶⁴.

61. Repárese que, en el marco de este Protocolo, no se confiere ningún derecho de entrada y residencia en un Estado parte, cuestión regulada en los ya citados artículos reguladores del régimen de movilidad.

62. El Protocolo hace referencia a la prohibición de sustitución de un trabajador desplazado por otro trabajador desplazado, mientras que el artículo 12 del Reglamento 883/2004 hace referencia a “otra persona enviada”.

63. DOUE núm. L 444-63, de 31 de diciembre de 2020, pp. 1486-1489.

64. En este sentido, Allen & Overy: “Brexit law: your business, the EU and the way ahead: Brexit – Post-transition

Otra cuestión relevante relacionada con los trabajadores desplazados es la contenida en el artículo SSCI.75, en materia de formularios y documentos. Este precepto hace referencia a la validez, durante un periodo transitorio⁶⁵, de los formularios y documentos expedidos en el formato utilizado antes de la entrada en vigor del Protocolo. Asimismo, también se especifica la validez de los formularios y documentos de este tipo expedidos antes y durante ese periodo provisional hasta su expiración o cancelación (apartado primero). Entre estos documentos se encuentran “los documentos portátiles que certifican la situación de una persona en relación con la seguridad social” (apartado 2.b).

4. La búsqueda de uniformidad en el régimen aplicable

Por todos es sabido que, en el marco de los Reglamentos de coordinación, el artículo 16 del Reglamento 883/2004 habilita a dos o más Estados miembros, sus autoridades competentes o los organismos designados por estas, para que puedan celebrar acuerdos, en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, para excepcionar las reglas previstas en los artículos 11 a 15.

Este precepto no era un desconocido en el ámbito de la coordinación, pues estaba presente desde la versión de 1958 (art. 15). El motivo tras esta posibilidad era tratar de dotar al sistema de cierta flexibilidad en casos particulares para evitar perjudicar a los migrantes. En la práctica, estos acuerdos se han utilizado, sobre todo, para prorrogar el tiempo de mantenimiento de la afiliación en el Estado de origen de los trabajadores desplazados, más allá de los límites reglamentarios⁶⁶.

Pese a lo anterior, ni el Acuerdo de Comercio y Cooperación ni el Protocolo incorporan ningún precepto semejante al artículo 16 del Reglamento 883/2004. Lo único que se prevé es la posibilidad de celebrar acuerdos en los que se pacten otros procedimientos de aplicación entre autoridades e instituciones, debiendo estar enumerados en el apéndice SSCI-1 (art. SSCI.8)⁶⁷.

Es más, del tenor de la Decisión 2021/689 del Consejo, de 29 de abril de 2021⁶⁸ parece desprenderse la postura contraria, es decir, la imposibilidad de celebrar acuerdos

Q&A for employers”, *Allen & Overy*, 24 de febrero de 2021, disponible en : <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/brexit-post-transition-q-and-as-for-employers>; y Kessler, F.: “Pratiques Professionnelles: Social ; Gestion du personnel et vie de l'entreprise”, *La Revue Fiduciaire*, Feuillet Hebdo núm. 3884, de 25 de marzo de 2021, apartado 9-14, disponible en: <https://revuefiduciaire.grouperf.com/article/3884/hb/20210316085117027.html>.

65. Cuya fecha final será acordada por el Comité Especializado en Coordinación de la Seguridad Social (comité creado por el art. 8.p del ACC).

66. Por todos, Díaz-Gálvez, J.; Álvarez-Novoa, M.; Pérez Fontes, C. (dirs.): *El desplazamiento de trabajadores al extranjero: su régimen jurídico, laboral y fiscal*, Lex Nova, Valladolid, de 2000, pp. 146-147; y Carrascosa Bermejo, D.: “Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)”, en Casas Baamonde, M. E. y Gil Alburquerque, R. (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 555-556.

67. En el caso de España, se sigue manteniendo la referencia al Acuerdo, de 18 de junio de 1999, sobre el reembolso de los gastos por prestaciones en especie servidas con arreglo a las disposiciones de los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 y (CEE) n.º 574/72.

68. Decisión (UE) 2021/689 del Consejo, de 29 de abril de 2021, relativa a la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el

entre Reino Unido y los diferentes Estados miembros con carácter general, y los del artículo 16 en particular. Concretamente, el considerando 10 de esta Decisión indica que el ACC “no excluye la posibilidad de que los Estados miembros celebren, en determinadas condiciones, acuerdos bilaterales con el Reino Unido relativos a cuestiones concretas cubiertas por el Acuerdo de Comercio y Cooperación en los ámbitos del transporte aéreo, la cooperación administrativa en materia aduanera, el IVA y la seguridad social”. Sin embargo, esta posibilidad se ve limitada en el artículo 7 de la mentada Decisión, donde se reconoce la posibilidad de que los Estados miembros negocien, firman y celebren acuerdos bilaterales con el Reino Unido en el ámbito de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, pero matizando que esta posibilidad existe en “materias a las que no se aplique el Protocolo relativo a la coordinación de la seguridad social”.

Esta postura puede venir motivada por el deseo, evidenciado en el articulado del ACC, de evitar que se produzcan discriminaciones entre los diferentes Estados miembros en el trato recibido por parte de Reino Unido. En este sentido, el artículo SSC.4.1 incorpora una concreción específica del principio de no discriminación para evitar estas discriminaciones entre los Estados miembros⁶⁹. De este modo, se trata de garantizar que Reino Unido no tenga un trato preferencial con unos Estados, dejando de lado a otros (presumiblemente, a los países del Este incorporados tardíamente), pues todos ellos forman parte de la Unión. Sin desmerecer esta postura que aboga por la uniformidad de trato respecto de todos los Estados Miembros, doctrina cualificada ya ha dejado sentir sus reparos acerca de la falta de flexibilidad absoluta que parece derivarse de esta Decisión⁷⁰.

VI. CONCLUSIONES

El derecho a la libre circulación y residencia en el ámbito de la Unión constituye uno de los pilares del mercado único, lo que le ha valido para erigirse como un derecho fundamental en el ámbito europeo.

Para tratar de garantizar este derecho, se ha reconocido el principio de igual de trato por razón de la nacionalidad, esencial en el Derecho europeo y piedra angular del régimen de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (régimen instrumental del citado derecho fundamental).

Teniendo en cuenta la importante posición del derecho a la libre circulación y el principio de igualdad de trato, tanto en el ordenamiento europeo general, como en

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada.

69. Sin perjuicio de los acuerdos concertados entre el Reino Unido e Irlanda en relación con la Zona de Viaje Común (art. SSC.4.2).

70. En este sentido, se han señalado dos posibilidades que, en el futuro, podrían solucionar este problema de flexibilidad: por un lado, la celebración de acuerdos específicos bajo el paraguas de la Comisión de Seguridad Social; y, por otro lado, la celebración de un acuerdo entre la UE y el Reino Unido para colmar esta laguna. Sobre la primera opción, Carrascosa Bermejo, D.: “Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit”, ob. cit., p. 18.; sobre la segunda opción, García de Cortázar y Nebreda, C.: “La Unión Europea y el Reino Unido. Brexit. La regulación laboral y de Seguridad Social a partir del 31 de diciembre 2020. «Condenados a entenderse»”, ob. cit., p. 14.

la coordinación en materia de Seguridad Social en particular, parecía difícil poder escapar de sus postulados. En un primer momento, no existió problema alguno. Sin embargo, con la llegada de la crisis económica y la escasez de recursos nacionales, la solidaridad europea se tambaleó hasta llegar a su mínima expresión. Esto hizo resurgir los nacionalismos más arraigados y un sentimiento antieuropeísta que se propagó por varios Estados miembros. El mejor ejemplo de ello fue Reino Unido, que no dudó en señalar a la libre circulación y al turismo social derivado de ella como la causa de casi todos sus males económicos. Desde la Unión Europea, a pesar de las dificultades jurídicas y de coherencia que suponía, se intentaron complacer, al menos en parte, los deseos de estos Estados perturbados por el turismo social. A este posicionamiento responde la polémica jurisprudencia comentada en este texto, pero también algunas propuestas de reforma normativa que, tras el Brexit, no vieron la luz. Sin embargo, nada de esto fue suficiente para la sociedad británica, que decidió salir de la Unión Europea.

Con el Reino Unido más fuera que dentro de la Unión, se tuvo que llevar a cabo un proceso de negociación con dos partes claramente posicionadas en extremos opuestos, lo que complicó y dilató mucho llegar a un acuerdo. Finalmente, se pudo lograr llegar a dos, uno para garantizar los derechos adquiridos o en curso de adquisición de aquellos que decidieron ejercer su libre circulación antes del 31 de diciembre de 2020 (el Acuerdo de Retirada), y otro, mucho menos ventajoso, para el resto de mortales (el Acuerdo de Comercio y Cooperación).

Si una cosa estaba clara en el proceso de negociaciones del ACC, es que Reino Unido no iba a dar su brazo a torcer en materia de libre circulación, pues era su promesa política desde el estallido de la crisis y, en gran parte, la causa del éxito del Brexit. Renunciar a esta libertad no podía tener un impacto inocuo sobre la coordinación en materia de Seguridad Social. Reino Unido buscaba limitar el turismo social, para lo que se hacía indispensable también limitar la coordinación social. El mandato estaba claro, y así se ha reflejado en el ACC. De una lectura del Protocolo se puede extraer claramente el poso político de los años previos al Brexit. Así, se ha limitado el ámbito de aplicación subjetivo a aquellos que ostenten la residencia legal en el Estado de acogida, no solo la residencia habitual como establece el Reglamento 883/2004 y que ha sido el origen de los problemas que trataron de resolver los asuntos Brey, Dano y compañía. Además, para disipar toda clase de dudas, se ha dejado claro que ni las PEN, ni las prestaciones familiares, ni las prestaciones de cuidados de larga duración forman parte del ámbito de aplicación objetivo del Protocolo. Por último, también se ha limitado la regulación de la ley aplicable a los trabajadores desplazados a un periodo transitorio (todavía por concretar), sin haber atribuido a estos trabajadores un derecho de entrada/trabajo en el marco del ACC.

Como contrapartida a todas estas concesiones, la Unión ha adoptado una postura protectora del conjunto de la UE. Sabedora de que estas restricciones tan estrictas están destinadas, fundamentalmente, a los países más pobres de la Unión, las instituciones europeas han tratado de garantizar que Reino Unido no pueda lograr su propósito: continuar con un régimen privilegiado con los países ricos, excluyendo a

los países más pobres. Para ello, se ha incorporado el principio de no discriminación entre Estados miembros en el ACC, eliminando la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales entre el Reino Unido y algún Estado miembro en materias incluidas en el Protocolo relativo a la coordinación en materia de Seguridad Social.

Una vez que el Brexit se ha consumado en toda su extensión, falta por determinar qué efectos van a tener sus consecuencias en el ámbito de la Unión. Concretamente, queda pendiente saber qué ocurrirá con la jurisprudencia del TJUE, fundamental en esta materia. Los acontecimientos recientes no parecen muy halagüeños, pues no olvidemos que, si bien Reino Unido era el más vehemente en su postura, otros Estados miembros también siguen teniendo el turismo social en el punto de mira. El desenlace aún está por descubrir.

Bibliografía

- Burriel Rodríguez-Diosdado, P.: "Las obligaciones de las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital: las infracciones y sanciones previstas y su posible incidencia en la coordinación de prestaciones de la Seguridad Social a nivel europeo", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. V, núm. 2, 2020.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)", en Casas Baamonde, M. E. y Gil Alburquerque, R. (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Key Ideas on Mobility and Social Security after Brexit", *ERA Forum*, 2021.
- Díaz-Gálvez, J.; Álvarez-Novoa, M.; Pérez Fontes, C. (dirs.): *El desplazamiento de trabajadores al extranjero: su régimen jurídico, laboral y fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "La Unión Europea y el Reino Unido. Brexit. La regulación laboral y de Seguridad Social a partir del 31 de diciembre 2020. «Condenados a entenderse»", *Actum Social*, núm. 168, 2021.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Quo Vadis Tutela Socialis Operarium Migrantium Europae. Cameron dixit", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015.
- Gardeñes Santiago, M.: "La circulación de personas físicas en el Acuerdo de Retirada del reino Unido de la Unión Europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 40, 2020.
- Górriz López, C.: "Brexit: pasado, presente y futuro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021.
- Gower, M.; Jozepa, I.; Fella, S.: *After Brexit: visiting, working and living in the EU*, House of Commons Library, Briefing paper number 9157, de 5 de marzo de 2021.
- Guerrero Padrón, T.: "Ingreso Mínimo Vital y nacionales británicos en España en tiempos del Brexit", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. V, núm. 2, 2020.
- Kessler, F.: "Pratiques Professionnelles: Social; Gestion du personnel et vie de l'entreprise", *La Revue Fiduciare*, Feuillet Hebdo núm. 3884, de 25 de marzo de 2021.
- Lhernould, J. P.: "Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture. À propos de la proposition de la Commission du 13 décembre 2016", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 54, núm. 1, 2018.
- Martín-Pozuelo López, Á.: "Crónica de un "Brexit" anunciado: análisis de las causas sociales y su judicialización", *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, núm. 15, 2018.

- Miranda Boto, J. M.: "Capítulo 3. La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea", en Cardenal Carro, M. y Pérez Campos, A. I. (dirs.): *Derecho del Trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Navarro Galván, M. A.: "Las raíces del Brexit: institucionalización del euroescepticismo", *Geopolítica(s). Revista de estudios sobre espacio y poder*, vol. 12, núm. 1, 2021.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El ingreso mínimo vital a la luz del derecho de la Unión Europea y de los convenios internacionales de Seguridad Social vigentes en España", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación del derecho de la Unión Europea al Ingreso Mínimo Vital", en Ortiz Castillo, F. (coord.) y Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Editorial Laborum, Murcia, 2021.
- Tarabini-Castellani Aznar, M.: "Libertad de circulación y prestaciones asistenciales durante los tres primeros meses de residencia: La primacía de una libre circulación sostenible frente a la libre circulación de trabajadores", *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016.
- VV.AA.: "Parte III. Capítulo XXXVIII. Trabajadores migrantes", en VV.AA.: *Memento práctico Francis Lefebvre Seguridad Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.



Pilar Europeo de Derechos Sociales y Seguridad Social. Pensión de jubilación de trabajador español emigrante temporalmente en Suiza

EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS AND SOCIAL SECURITY. RETIREMENT PENSION OF SPANISH WORKER TEMPORARILY MIGRATING TO SWITZERLAND

Francisco Jiménez Rojas

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

franciscojimenezrojas@yahoo.es  0000-0001-5800-7158

Recibido: 11.10.2021. Aceptado: 24.11.2021

RESUMEN

El Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) recientemente proclamado por las instituciones comunitarias, constituye un catálogo de principios asentados en la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión sociales. Dicho Pilar configura un ordenamiento “de mínimos” que no impide a los Estados miembros establecer normas sociales más ambiciosas. Sin embargo, a nivel comunitario el PEDS no implica una ampliación de las competencias y las tareas que a la Unión le otorgan los Tratados. Uno de los vectores más representativos de los derechos sociales viene siendo, desde hace al menos medio siglo, la coordinación de los sistemas de seguridad social, no sólo desde la propia órbita de la UE, sino también desde el entorno de otros países europeos que no forman parte de la Unión, como es el caso de Suiza, que analizaremos en este trabajo en relación con el cómputo de cotizaciones respecto de la pensión (contributiva) de vejez o jubilación.

ABSTRACT

The European Pillar of Social Rights (PEDS), recently proclaimed by the Community institutions, is a catalogue of principles based on equal opportunities and access to the labour market, fair working conditions and social protection and inclusion. This Pillar forms a ‘minimum’ system which does not prevent the Member States from establishing more ambitious social standards. At Community level, however, the PEDS does not imply an extension of the competences and tasks conferred on the Union by the Treaties. One of the most representative vectors of social rights has been, for at least half a century, the coordination of social security systems, not only from the EU’s own orbit, but also from the environment of other European countries that are not part of the Union, such as Switzerland, that we will analyze in this work in relation to the calculation of contributions with respect to the (contributory) pension of old age or retirement.

PALABRAS CLAVE

Pilar Europeo de Derechos Sociales
Coordinación de sistemas de Seguridad Social
Pensión de vejez
Cuestión prejudicial
Trabajador migrante

KEYWORDS

European Pillar of Social Rights
Coordination of Social Security systems
Old-age pension
Preliminary ruling
Migrant worker

SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: PENSIONES Y PRESTACIONES DE VEJEZ
- II. SOBRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADOR DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPAÑOL MIGRANTE TEMPORALMENTE A SUIZA
 - A. Cotización en ambos países concernidos: en España y en Suiza
 - B. Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea (UE y sus Estados miembros) y el Estado suizo
 - C. Coordinación de regímenes y sistemas de seguridad social: Acuerdo ue-suiza y Reglamento comunitario 883/2004
- III. UN CASO REAL RELATIVAMENTE RECIENTE, SOBRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONFORME AL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA
 - A. El derecho en litigio
 - B. La normativa española de aplicación al supuesto
 - C. Los pronunciamientos judiciales al respecto
 1. *Planteamiento de las cuestiones prejudiciales: auto del tribunal superior de justicia de galicia de fecha 13 de octubre de 2016*
 2. *La sentencia del tribunal de justicia de la unión europea resolviendo dichas cuestiones prejudiciales: sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 28 de junio de 2018 (en el asunto C-2/17)*
 3. *Aplicación del derecho por parte del tribunal español: sentencia del tribunal superior de justicia de galicia de 12 de julio de 2018, ratificada por la del tribunal supremo de 29 de abril de 2021*
- IV. A MODO DE REFLEXIÓN O DE CONCLUSIONES
Bibliografía

I. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: PENSIONES Y PRESTACIONES DE VEJEZ

El texto del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS)¹, proclamado solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea (en noviembre de 2017), propugna una veintena de principios que giran en torno a la “igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo”, a las “condiciones de trabajo justas” y la “protección e inclusión social”², articulados en plena sintonía con

1. En el Preámbulo, punto 7, del PEDS se afirma que “El Parlamento Europeo hizo un llamamiento en favor de un pilar europeo de derechos sociales sólido a fin de reforzar los derechos sociales, ejercer un efecto positivo en la vida de las personas a corto y medio plazo y apoyar la construcción europea en el siglo XXI”. Y en su nota 1 a pie de página se remite a la “Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales [2016/2095(INI)]”.

2. Estos son los principios numerados que recoge el PEDS: CAPÍTULO I Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo: 1. Educación, formación y aprendizaje permanente; 2. Igualdad de género; 3. Igualdad de oportunidades; 4. Apoyo activo para el empleo. CAPÍTULO II Condiciones de trabajo justas: 5. Empleo seguro y adaptable; 6. Salarios; 7. Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido; 8. Diálogo social y participación de las personas trabajadoras; 9. Equilibrio entre vida social y vida privada; 10. Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos. CAPÍTULO III Protección e inclusión social: 11. Asistencia y apoyo a los niños y a las niñas; 12. Protección social; 13. Prestaciones por desempleo; 14. Renta mínima; 15. Pensiones y prestaciones de vejez; 16. Sanidad; 17. Inclusión de las personas con discapacidad; 18. Cuidados de larga duración; 19. Vivienda y asistencia para las personas sin hogar; 20. Acceso a los servicios esenciales.

determinados preceptos, principios y propósitos del ámbito internacional –que cita directamente o remite a ellos de manera diferida–, tales como el Tratado de la Unión Europea³ y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴, la Carta de las Naciones Unidas⁵, la Carta Internacional de los Derechos del Hombre⁶, los derechos sociales fundamentales en alusión a los indicados en la Carta Social Europea⁷ y en la Carta comunitaria de los derechos sociales (fundamentales) de los trabajadores (CCDST)⁸ y el Convenio internacional del trabajo (OIT, número 102)⁹.

La referencia, o en su caso remisión, a tales principios¹⁰ viene a poner de manifiesto la intencionalidad, ciertamente ambiciosa, del documento declarativo, lo que no obsta para que deban tenerse en cuenta varios aspectos que matizan el alcance jurídico de la Declaración: 1) Que el PEDS no impide a los Estados miembros o sus interlocutores sociales establecer “normas sociales más ambiciosas” o de mayor intensidad de lo que prevé la declaración¹¹; 2) Que el PEDS se tiene que aplicar –a nivel de la Unión y de sus Estados miembros– considerando los diferentes entornos socioeconómicos, los diversos sistemas nacionales, “en particular el papel de los interlocutores sociales, y de conformidad con los principios de subsidiariedad^[12] y proporcionalidad”¹³; 3) Que el catálogo de derechos que contempla dicho Pilar no supone una ampliación de las competencias y las tareas de la UE, que le han sido conferidas por sus Tratados¹⁴; 4) Y por último, que el PEDS no incide sobre los Estados miembros a la hora de “definir

3. TUE, Maastricht 7 de febrero de 1992, artículo 3 (versión consolidada 30 de marzo de 2010, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/15).

4. TFUE, Roma 25 de marzo de 1957 (versión consolidada 30 de marzo de 2010, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47), artículos 9, 151, 152 y en general arts. 151-161 relativos a la Política Social.

5. Firmada el 26 de junio de 1945 (en San Francisco) y en vigor desde el 24 de octubre de ese año. Se considera un Tratado Internacional vinculante para los Estados miembros de la ONU. En sus arts. 1 y 2 se habla de los propósitos y los principios de las Naciones Unidas.

6. Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948. En su artículo 22 establece que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...”.

7. CSE, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo). Respecto de España, Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, texto consolidado publicado en el BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980; entró en vigor para España el 5 de junio de 1980.

8. CCDST firmada en Estrasburgo por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea el 9 de diciembre de 1989, artículos 10, 24 y 25.

9. Se trata del Convenio de la OIT nº 102 relativo a la Norma Mínima de Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952, ratificado por España a través de Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 240 de 6 de octubre de 1988, entrada en vigor en España el 29 de junio de 1989.

10. Sobre el proceso de aprobación, los contenidos, principios y derechos, la naturaleza jurídica y la implementación del PEDS, en cuanto nuevo marco de referencia de la Europa Social, véase Ramos Antón, F.: *El Pilar Europeo de Derechos Sociales. La última oportunidad para la Europa Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2018, pp. 21-27.

11. Preámbulo, punto 16, del PEDS.

12. Como advierte Monereo Pérez, J. L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad Social”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018, pp. 286-287, “No sería imposible apostar por una regulación armonizadora de mínimos (...) el Pilar Europeo de Derechos Sociales no parece que sea un instrumento suficiente (...). La idea de avanzar en esa dirección armonizadora (...) se trata de una regulación de mínimos que respetaría las culturas jurídicas de Seguridad Social de los Países miembros y el principio de subsidiariedad, de manera que los Estados miembros podrían hacer valer sus estándares más favorables en materia de prestaciones de Seguridad Social y de protección social”.

13. Preámbulo, punto 17, del PEDS.

14. Preámbulo, punto 18, del PEDS.

los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social y de gestionar sus finanzas públicas y no debe afectar de modo sensible a su equilibrio financiero”¹⁵.

Dicho lo cual, el contenido material de los derechos que alberga el Pilar europeo sugiere –en apretada síntesis– cuestiones de variada índole, tales como las que seguidamente se exponen.

En el ámbito político, la UE afirma defender los valores de la paz y el bienestar de sus pueblos. Ofrece espacios de libertad, justicia y seguridad, control de fronteras y lucha contra la delincuencia. Garantiza la “libre circulación” de las personas en su territorio y trabaja para mejorar la calidad del medio ambiente. Procura en definitiva, el “respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos”¹⁶.

En el terreno que es propio de la economía social, pretende establecer (o perfeccionar) un “mercado interior” que favorezca el desarrollo sostenible y el crecimiento equilibrado en pro de la estabilidad de precios, dando así impulso a una economía “social de mercado altamente competitiva” que estimule el pleno empleo (duradero), toda vez que dicha competitividad –afirma– fortalece el mercado interior e impulsa la equiparación “por la vía del progreso” hacia el diálogo social y el desarrollo de los recursos humanos, lo que terminará favoreciendo las condiciones de vida y de trabajo, la lucha contra las exclusiones y la armonización de los sistemas sociales de los países que la componen.

No pierde la ocasión de recordar el PEDS, reafirmando algunos de los derechos del acervo de la UE y añadiendo otros, que buena parte de los desafíos sociolaborales que ha de enfrentar Europa provienen de “un crecimiento relativamente modesto”, asentado en una participación laboral (en términos de empleo) y una productividad poco aprovechados, por cuanto el “progreso económico y social están estrechamente interrelacionados”, y la mejora de la competitividad viene ligada a la inversión, la creación de puestos de trabajo y el fomento de la cohesión social. Ello es tanto como sostener –así lo hace el PEDS– que “el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI”, son dos elementos de la mayor importancia, y ambos se hallan inescindiblemente conectados¹⁷.

15. Preámbulo, punto 19, del PEDS.

16. Un alegato en favor de la conciliación entre los derechos sociales (de acceso universal) y los derechos económicos, considerando a nivel europeo los derechos de libertad e igualdad, solidaridad y redistribución, como complementarios y no antagónicos, en Gardini, G.: “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma. Nueva Época*, núm. 9, 2018, pp. 96-98.

17. Acerca de las vicisitudes que rodearon al PEDS, los orígenes, sus primeros pasos efectivos, la justificación de su elaboración, la naturaleza jurídica, las aportaciones y propuestas de la doctrina laboralista española, las de la OIT, del Comité de las Regiones, del Consejo de Europa..., y, por supuesto de su contenido, véase Rojo Torrecilla, E.: “A construción do pilar europeo de dereitos sociais. Da proposta Juncker (9.9.2015) á recomendación da Comisión Europea (26.4.2017). Máis Europa social ou reordenación do marco normativo vixente?”, *Revista Galega de Dereito Social - 2ª Etapa*, núm. 3, 2017. Una crítica a la deriva que está tomando la política comunitaria europea (en cuanto a derechos sociales y laborales) y al TJUE en algunas de sus sentencias, en la recapitulación final del artículo, p. 73-74.

Digamos entonces, a juzgar por su declaración de principios, que la UE tiene el propósito de orientarse hacia la lucha contra la discriminación y la exclusión social¹⁸, al tiempo que procura –entre otros aspectos que aquí no viene al caso mencionar– la “justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones”, la “cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros”¹⁹.

Pues bien, hecha esa sumarisima referencia al contenido genérico de los derechos que se alojan en el PEDS, en el recorrido hacia los aspectos más directamente conectados con la materia de seguridad social, advertimos por lo pronto que es un objetivo político reconocido de la UE (que trae causa de la Carta Social Europea –CSE– suscrita en el Consejo de Europa), que los trabajadores –toda persona con empleo, al margen de su modalidad y duración, y de su situación laboral–, así como las personas que estén a su cargo, “tienen derecho a la seguridad social”; y las personas que carezcan de suficientes recursos lo tienen a la “asistencia social y médica”. También tienen derecho, en este caso todas las personas “a beneficiarse de servicios de bienestar social”, así como, quienes padezcan invalidez –de cualquier naturaleza y origen–, “derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social”²⁰.

Mas, para garantizar de manera efectiva el ejercicio del derecho a la seguridad social en unos niveles mínimos satisfactorios²¹, se predica la adopción de medidas encaminadas a conseguir, mediante la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales, la “igualdad de trato” entre los ciudadanos nacionales de cada parte (contratante) respecto de las demás (partes contratantes del acuerdo)²², así como “la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados” con arreglo a la legislación de cada una de las partes contratantes²³.

De otro lado, el derecho a la protección social adecuada –en niveles de prestación suficientes, si bien conforme a las modalidades propias de cada país–, que se reconoce a “todo” trabajador, se extiende hasta alcanzar a las personas “excluidas del mercado de trabajo” (por falta de acceso o de reinserción en el mismo), de una forma adaptada a su situación personal, siempre que no dispongan de medios de subsistencia.

Y desde luego, respecto de las personas de avanzada edad –también con arreglo a las modalidades de cada país–, alcanzada que haya sido la jubilación, “todo trabajador

18. En ese sentido, véase un análisis crítico, sobre la inclusión de las personas con discapacidad en el PEDS, en Romero Gallardo, A.: “La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales”, *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 49, núm. 2, 2018, pp. 110-111.

19. Acerca de los indicadores sociales que acompañan al PEDS, véase Eurofound: ¿Una Europa más igualitaria? La convergencia y el pilar europeo de derechos sociales, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019. Enlace <http://eurofound.link/ef19050>, fecha de consulta 20/11/2021. Un cuadro resumen de las tendencias de convergencia (indicadores, resultados y tendencia en el periodo 2008-2018) en la p. 16.

20. CSE, Parte I, principios 12 a 15, inclusive.

21. Al menos al nivel del Convenio núm. 102 de la OIT, que antes se dijo.

22. Lo que no impide “la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes”.

23. CSE, artículo 12.

de la Comunidad Europea debe poder disfrutar de recursos que le garanticen un nivel de vida digno”, y si no tuviere derecho a pensión ni medios de subsistencia, entonces facilitarle recursos suficientes y “asistencia social y médica adaptadas a sus necesidades específicas”²⁴.

Por otra parte, la UE “reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como (...) la vejez²⁵, así como (...) toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales (...)”, y a una ayuda social (así como de vivienda), para combatir la exclusión social y la pobreza, garantizando de ese modo una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes (conforme a las modalidades establecidas por la UE y por las legislaciones y prácticas nacionales)²⁶.

Finalmente, el TFUE en materia de política social (arts. 151-161), establece que la Unión, en la consecución de su objetivo –común con el de los Estados miembros– de mejora del empleo duradero, de las condiciones de vida y de lucha contra las exclusiones, “apoyará y completará la acción de los Estados miembros”, entre otros en los ámbitos de seguridad social y protección social de los trabajadores; y modernización de los sistemas de protección social²⁷. Asimismo, la Comisión europea “fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones” en el ámbito de la política social, particularmente en las materias relacionadas con la seguridad social²⁸.

II. SOBRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADOR DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPAÑOL MIGRANTE TEMPORALMENTE A SUIZA

A. Cotización en ambos países concernidos: en España y en Suiza

Según ha quedado dicho, desde luego la “libre circulación” de las personas dentro del territorio comunitario viene garantizado por la UE, y también lo están la igualdad de

24. Véase la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989), artículos 10, 24 y 25.

25. Artículo 34 sobre seguridad social y ayuda social, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000.

26. CDFUE, proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, sobre la que se afirma en el PEDS (Preámbulo, punto 5) que “protege y promueve una serie de principios fundamentales que son esenciales para el modelo social europeo. Las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

27. Si bien “las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo [153] (...) no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste, [ni] impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados», así como tampoco «se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”. Véase TFUE, artículos 151 y 153.

28. TFUE, artículo 156.

trato y la lucha contra la discriminación, en pro de la cohesión (económica, social y territorial) y la solidaridad entre los Estados miembros. Y en materia de protección social, todos los trabajadores tienen derecho a una seguridad social de niveles mínimos satisfactorios, y a una igualdad de trato en cuanto ciudadanos nacionales de algún Estado miembro de la UE, cuando ésta sea parte contratante de un acuerdo (bilateral o multilateral) con otro Estado ajeno a la UE.

Tienen derecho asimismo los trabajadores de ese ámbito territorial a que se extienda el acuerdo, a la acumulación de las cotizaciones a la seguridad social (con arreglo a la legislación de cada una de las partes contratantes), y las personas de mayor edad a una pensión de jubilación que les permita una vida digna. En definitiva, la UE debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad social de los trabajadores.

En el caso concreto que nos ocupa, trabajador español emigrante a Suiza, que a su regreso –tras suscribir convenio especial al efecto con la seguridad social española– solicitó pensión de jubilación contributiva, no conforme con el cálculo de su pensión que le fuera efectuado por el organismo competente –Instituto Nacional de la Seguridad Social, en adelante INSS–, recurrió en vía judicial solicitando por varias razones una base reguladora de la pensión de cuantía superior²⁹.

En estos términos se recoge en hechos probados de la sentencia de instancia sometida en suplicación al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) competente.

El INSS, tras las rectificaciones oportunas, concedió al demandante una “pensión de jubilación del régimen general con arreglo a las siguientes bases”: base reguladora mensual de 639’26 €; porcentaje aplicable 100 %; pensión teórica 639’26 €/mes; días cotizados en España 4.541; días cotizados en Suiza el resto hasta el límite de 12.958 (8.614 días, en el periodo desde el 1 de mayo de 1984 hasta el 30 de noviembre de 2007); porcentaje *pro rata temporis* 35%; pensión mensual 224’56 €/mes; fecha inicial de efectos 1 de enero de 2014. La base reguladora de la prestación pretendida por el pensionista, con arreglo al periodo de cálculo entonces solicitado y las “bases medias de cotización durante ese periodo”, ascendía a 1.959’60 €/mes³⁰.

De manera que sus cotizaciones reales fueron éstas:

1. En España durante dos periodos, el primero de ellos entre agosto de 1965 y junio de 1980, aunque “no en todos los meses existen datos de las bases de cotización; la última cotización acreditada correspondiente a un mes íntegro es la referida a Junio de 1978 (...) siendo además una cotización bastante representativa pues bases de cotización aproximadamente iguales las ha tenido el trabajador demandante a lo menos desde noviembre de 1976

29. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Primero, párrafo 6º. Interesó “la aplicación del Convenio Hispano-Suizo de Seguridad Social (...) las bases medias de cotización españolas, entendiendo por tales el promedio entre la base máxima y la base mínima de cotización en cada momento vigente”.

30. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Antecedente de Hecho Segundo.

ininterrumpidamente hasta junio de 1978”, conforme a los datos del propio ente gestor de las prestaciones (INSS).

2. En Suiza, a la Seguridad Social de aquel país, desde mayo de 1984 hasta noviembre de 2007.
3. Y de nuevo en España –segundo periodo–, una vez retornado de Suiza, donde suscribió el 1 de diciembre de 2007 convenio especial para los emigrantes españoles (e hijos de éstos) que trabajen en el extranjero, habiendo cotizado aquí, ininterrumpidamente, desde aquel día hasta el 1 de enero de 2014³¹.

B. Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la comunidad europea (UE y sus estados miembros) y el estado suizo

El Acuerdo de referencia³² contempla como objetivo en favor de los nacionales de los Estados miembros de la que actualmente es la UE (en su momento Comunidad Europea) y de Suiza, tanto conceder el derecho a la entrada, la residencia y el acceso a una actividad económica por cuenta ajena, cuanto al establecimiento como trabajador autónomo, así como el derecho a residir en el territorio de las partes contratantes del mismo. Igualmente, “facilitar la prestación de servicios en el territorio de las partes contratantes, y (...) conceder las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales”, en particular la remuneración y el despido (y la rehabilitación profesional o el «reempleo», en el caso de estar desempleado). Dispone asimismo que los (ciudadanos) nacionales de una de las partes suscriptoras que residan legalmente en el territorio de la otra, no podrán ser objeto de discriminación alguna basada en la nacionalidad³³. Quien sea trabajador por cuenta ajena, disfrutará “las mismas ventajas fiscales y sociales que los trabajadores por cuenta ajena nacionales”.

Con respecto a la coordinación de los sistemas de seguridad social, materia que ocupa nuestro principal interés, ambas partes (UE y Suiza) han de garantizar –en particular, entre otras– la “igualdad de trato [y] la acumulación, para la apertura y el mantenimiento del derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas, de todos los períodos tenidos en cuenta por las distintas legislaciones nacionales”³⁴.

C. Coordinación de regímenes y sistemas de Seguridad Social: acuerdo UE-Suiza y reglamento comunitario 883/2004

Siendo así, las partes contratantes acordaron “aplicar entre ellas” en este ámbito determinados “actos jurídicos de la Unión Europea a los que se hace referencia o se

31. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Primero.

32. Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, DO L 114 de 30.4.2002, p. 6 (en adelante Acuerdo).

33. Conforme a los artículos 1, 2, 9 y Anexos I, II y III del Acuerdo.

34. Véase el artículo 8 del Acuerdo.

modifican” de la forma prevista en el Acuerdo, entendiendo que “el término “Estado(s) miembro(s)” que figura” en tales actos jurídicos “incluye a Suiza, además de a los Estados cubiertos por los actos jurídicos pertinentes de la Unión Europea”³⁵. Y entre tales actos jurídicos referenciados se incluye el Reglamento Comunitario nº 883/2004 cuyo análisis abordaremos seguidamente³⁶.

Entrando en materia de prestaciones de seguridad social, y en lo que concierne a las pensiones de vejez³⁷, a la hora de abonar la pensión de jubilación, la institución competente del Estado de que se trate (en este caso España), “calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada”:

- a) Conforme a la legislación que aplique, sólo si se cumplen todos y cada uno de los requisitos para lucrar la prestación “exclusivamente con arreglo a la legislación nacional” (se tratará entonces de una prestación exclusivamente nacional);
- b) O, en otro caso, “calculando un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada), de la siguiente manera:
 - i. el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los períodos de seguro (...) cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación. En caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los períodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico;
 - ii. la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados”³⁸.

35. Art. 1 del anexo II del Acuerdo, según quedó modificado por el anexo de la Decisión nº 1/2012 del Comité Mixto establecido en virtud de dicho Acuerdo, de 31 de marzo de 2012 (DO 2012, L 103, p. 51).

36. Anexo II, sección A, del Acuerdo. Entre los actos jurídicos que aparecen se hace referencia al Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1).

37. Según afirma Gardini, G.: “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano”, ob. cit., p. 94, “En general, en todos los países de la Unión Europea el capítulo más importante del gasto está relacionado con la vejez (*old age*), es decir, con los planes de pensiones: en 2011 representó aproximadamente el 40 por ciento del gasto para la Protección Social de la UE-28 y en 2013 representó el 10,4 por ciento del PIB europeo, pasando del 15.5 en Grecia al 7.3 por ciento en Irlanda. Este dato evidencia el problema del envejecimiento progresivo de la población europea, ligado al descenso de la natalidad y al aumento de la longevidad, lo cual conlleva la correspondiente disminución de las personas en edad de trabajar”.

38. Reglamento (CE) nº 883/2004, artículo 52.1, letras a) y b).

Mas, para el cálculo de estos importes –el teórico y el prorrateado– el Reglamento comunitario establece que “si la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se base en (...) bases de cotización” –sean, por ejemplo, promedios de un periodo–, la institución competente debe determinar “la base de cálculo de las prestaciones únicamente en virtud de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique”, y utilizará para determinar el importe “que haya de calcularse en concepto de los períodos de seguro (...) cumplidos con arreglo a la legislación de los otros Estados miembros, los mismos elementos determinados o acreditados para los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación que aplique”, conforme a los procedimientos establecidos (en el anexo XI del citado Reglamento) para el Estado miembro de que se trate³⁹ –en este caso España–; y en ese sentido el objeto de tal Anexo, bajo la rúbrica “Disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados miembros”, es facilitar la aplicación de las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social, para lo cual tiene en cuenta las singularidades de los diversos sistemas de los Estados miembros⁴⁰.

En el citado anexo XI, por lo que se refiere a España⁴¹, se dispone al respecto de lo que aquí se analiza, lo siguiente: a) “...el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. Cuando en el período de referencia a tener en cuenta para el cálculo de la cuantía de la pensión, deban ser computados períodos de seguro (...) cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, se utilizará para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo, teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo” (IPC); b) La pensión se verá incrementada en su cuantía, conforme a las revalorizaciones que experimenten cada año posterior las pensiones de la misma naturaleza.

Esta fórmula, cuya completa lectura e interpretación resulta ciertamente compleja, se puede simplificar –al menos en este caso, como más adelante en el lugar oportuno se verá– mutándola por la expresión comúnmente utilizada por la doctrina científica y judicial *pro rata temporis*, que viene a quedar fijada por el cociente (la ratio) entre los días cotizados al sistema de seguridad social en cada país y el número total de días cotizados al conjunto de todos los países de que se trate en cada caso.

39. Reglamento (CE) nº 883/2004, artículo 56.1, letra c).

40. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 12. Se alude en el mismo al “considerando 3 del Reglamento nº 988/2009 que varios Estados miembros solicitaron que se incluyeran en este anexo textos relativos a la aplicación de su normativa de seguridad social y facilitaron a la Comisión Europea explicaciones jurídicas y prácticas sobre sus normativas y sistemas”.

41. Anexo XI del Reglamento nº 883/2004, rúbrica «España», apartado 2 (letras a y b) y STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 13.

III. UN CASO REAL RELATIVAMENTE RECIENTE, SOBRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONFORME AL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

A. El derecho en litigio

Las partes en conflicto, un trabajador español emigrante a Suiza –donde trabajó y cotizó la mayor parte del tiempo de su vida laboral–, que accede en España a la pensión de jubilación, frente al Ente Gestor de prestaciones (contributivas) de la seguridad social (INSS) y al Servicio Común Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo TGSS), discrepan en la forma de cálculo y la cuantía de la pensión de jubilación. La crónica judicial da cuenta del siguiente relato de hechos (que tiene por probados):

El trabajador “ha cotizado a la Seguridad Social de España durante varios periodos”, ya vimos, entre agosto de 1965 y junio de 1980. No hay datos sobre la base de cotización de todos y cada uno de los meses, pero las que aparecen son –para el órgano judicial– bastante representativas, conforme a los datos ofrecidos por el propio INSS. Y desde mayo de 1984 hasta noviembre de 2007 ha cotizado a la Seguridad Social Suiza.

De vuelta a España, suscribió el 1 de diciembre de 2007 convenio especial con la Seguridad Social española en la modalidad prevista para los emigrantes españoles que trabajen en el extranjero, y cotizó en tal convenio hasta el primero de enero de 2014, por las bases de cotización siguientes: en 2007 por 665'70 €/mes; en 2008 por 699'90; en 2009 por 728'10; en 2010 por 738'90; en 2011 por 748'20; en 2012 por 748'20; y en 2013 por 753'00 €/mes.

La base reguladora de la pensión de jubilación reconocida fue de 639'26 €/mes, calculada conforme al periodo de cotización desde el 1 de enero de 1998 al 30 de diciembre de 2013 (16 años completos), dentro del cual, las bases mensuales por las que cotizó al convenio especial –entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2013 (ambos inclusive)–, fueron las mínimas vigentes en cada momento (año)⁴².

B. La normativa española de aplicación al supuesto

Siguiendo la estela del Acuerdo de libre circulación de personas, UE-Suiza⁴³, y del ordenamiento europeo en la materia (TFUE y Reglamento comunitario nº 883/2004)⁴⁴,

42. Véanse al respecto, ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Primero, y STJUE (Sala Décima) de 28/06/2018, asunto C-2/17, apartados 22 a 27, ambos inclusive. No hacemos referencia a la discusión –planteada y resuelta en el pleito – sobre las bases medias de cotización conforme al Convenio Hispano-Suizo de Seguridad Social, por cuanto no es materia objeto de análisis en esta comunicación. En cualquier caso, ambas pretensiones fueron rechazadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su momento, y lo han sido después por la Sala Social del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 29 de abril de 2021 (núm. de recurso 3931/2018), FD cuarto.5.

43. Artículos 1, letras a) y d); 2; 8; Anexo I (art. 9, apartados 1 y 2), Anexo II (art. 1 y Sección A), del que hemos identificado como Acuerdo.

44. Artículo 45.1 del TFUE y Reglamento (CE) nº 883/2004, arts. 52.1; 56.1, letra c); Anexo XI, rúbrica “España”, apartado 2.

y analizados que han sido los preceptos a los que la legislación de los Estados miembros –entre ellos España– se han de sujetar, procede traer al escenario la regulación española en la materia que resulta de aplicación al caso⁴⁵.

En nuestro ordenamiento interno, para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación contributiva, la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) articula transitoriamente un instrumento “gradual” entre el primer día de enero de 2013 y hasta el último de diciembre de 2021, día anterior a la fecha (de 1 de enero de 2022) a partir de la cual el cálculo permanecerá fijo en el cociente que resulte de dividir por 350 las bases de cotización del interesado durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante que activa la prestación.

De manera que, en este caso, la jubilación se produjo en enero de 2014 y el mes previo a la misma se sitúa en diciembre de 2013, mensualidad cotizada a partir de la cual hay que computar –para todo ese año 2013– las 192 mensualidades de cotización (16 años completos de 12 mensualidades) previstas en la norma legal (actualizadas conforme al IPC, excepto las últimas 24 mensualidades), cuyo resultado se ha de dividir por 224 (16 años completos de 14 mensualidades; 2 de ellas para pagas extras)⁴⁶. Es decir, que para el cómputo de las bases de cotización de las que extraer la base reguladora de la pensión, hubo que tomar las mensualidades desde la de diciembre de 2013 hacia atrás, hasta la de enero de 1998, ambas inclusive.

Y por lo que se refiere al convenio especial en el sistema de la seguridad social, que fuera suscrito por el trabajador español emigrante (a Suiza) una vez de vuelta en España, y en el que cotizó por las mensualidades completas transcurridas en el periodo desde enero de 2007 hasta diciembre de 2013, ambas inclusive, en la modalidad prevista “para los emigrantes españoles (...) que trabajen en el extranjero”, cuya base mensual de cotización “será en todos los casos la base mínima de cotización que, en cada momento, se halle establecida en el Régimen General de la Seguridad Social”⁴⁷, si bien conviene no olvidar que, como ya quedó dicho antes, cuando en el período de referencia útil para calcular la cuantía de la pensión (aquí de jubilación), haya que computar períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, el Reglamento comunitario que venimos analizando (nº 883/2004) obliga a que se utilice “para los mencionados períodos la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo”⁴⁸.

Repárese por lo demás en que esta limitación, que impide cotizar en la modalidad de emigrantes españoles trabajadores en el extranjero por una base superior a la mínima del régimen general, no existe para el resto de las modalidades en las que, en general, en el momento de suscribir el convenio especial el interesado –trabajador

45. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS/94 al día de hoy derogada), artículo 162 y disposición transitoria 5ª; Real Decreto Legislativo 8/2015 (LGSS/15, que derogó a la anterior), disposición transitoria 8ª; Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales TAS/2865/2003, artículos 2, 6 y 15, apartados 4 y 6; todos ellos mencionados en los apartados 14 a 21 inclusive de la STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17.

46. Ello resulta de la lectura de la LGSS (la actualmente vigente –LGSS/15– y la anterior derogada por ésta –LGSS/94–), artículo 209.1 y disposición transitoria 8ª; 162.1 y disposición transitoria 5ª, respectivamente.

47. Orden TAS/2865/2003, artículo 15.4.

48. Anexo XI del Reglamento nº 883/2004, rúbrica “España”, apartado 2 (letras a y b).

por cuenta ajena– puede optar entre cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización:

- a) la máxima por contingencias comunes “del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado...”;
- b) la que resulte de dividir por 12 la suma de las “bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones durante un período determinado”;
- c) la mínima vigente en la fecha de efectos del convenio especial, “en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”;
- d) una que se halle “comprendida entre las bases determinadas conforme a las tres posibilidades precedentes”⁴⁹.

En definitiva, y dicho de otro modo, “a aquellos trabajadores cuyas cotizaciones españolas antes de emigrar eran superiores a las mínimas, necesariamente se les obliga, a su retorno, a cotizar por bases mínimas, mientras que, para los trabajadores sedentarios en las mismas circunstancias de cotizaciones superiores a las mínimas, se prevé la posibilidad de cotizar por bases superiores y ajustadas a promedios de las últimas cotizadas”⁵⁰.

El tratamiento desigual que otorga la orden ministerial española al colectivo en que se inserta el trabajador emigrante jubilado parece obvio, sin embargo, exige dilucidar si dicho tratamiento adverso viene avalado por una justificación, que quepa calificar como objetiva, razonable y proporcionada.

C. Los pronunciamientos judiciales al respecto

1. Planteamiento de las cuestiones prejudiciales: auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 13 de octubre de 2016

La resolución judicial que originó las cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas en su momento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y sobre las que este último se pronunció, como enseguida veremos en el próximo apartado, sostiene, en síntesis –en lo que tiene que ver con nuestro análisis– lo siguiente:

A la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia le surgen ciertas dudas “en orden al cálculo de la base reguladora” de la pensión de jubilación del trabajador demandante que le fuera realizada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Y es que para efectuar dicho cálculo, el ente público tomó como cuantías en el periodo de cotización (desde 1 de diciembre de 2007 al 31 de diciembre de 2013) al que corresponde el convenio especial suscrito para la modalidad de emigrantes

49. Orden TAS/2865/2003, artículo 6.2.1, letras a-d; STJUE (Sala Décima) de 28/06/2018, asunto C-2/17, apartado 18.

50. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico Quinto, *in fine*.

españoles retornados, las bases mínimas de cotización; e igualmente para el resto del periodo computable, que coincidía con periodos trabajados en Suiza (desde el 1 de enero de 1998 hasta el 30 de noviembre de 2007, del total de las 192 mensualidades o 16 años completos inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante de la jubilación), también tomó el Instituto Nacional de la Seguridad Social las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento, porque entendió que – por aplicación del Reglamento (CE) 883/2004– la base de cotización en España que más se aproximaba “en el tiempo” –al periodo de seguro computado bajo la legislación de otro Estado– era la base por la que se había cotizado para el “convenio especial”, y esa base debía ser “necesariamente la base mínima”⁵¹.

Las dudas afloran para la Sala del Tribunal Superior de Justicia gallego cuando al interpretar la expresión “la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo”, alcanza la conclusión de que deben ser excluidas estas bases de cotización más próximas en el tiempo –hacia delante–, toda vez que, como quedó patente en el anterior apartado, a los trabajadores que antes de emigrar cotizaron por bases superiores a la mínima vigente –y este era el caso–, se les obliga necesariamente a cotizar por bases mínimas una vez han retornado a España –si suscriben convenio especial–, y contrariamente, respecto a los trabajadores no emigrantes (que llama “sedentarios”) en iguales circunstancias de cotizaciones superiores a las mínimas, se admite en la Orden ministerial que regula el convenio especial, la “posibilidad de cotizar por bases superiores y ajustadas a promedios de las últimas cotizadas”⁵².

Las vacilaciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se amplían, no sólo al momento de interpretar los preceptos jurídicos, sino también a la hora de arbitrar un “remedio adecuado” que resuelva el perjuicio causado por la norma española –al devenir incompatible con la europea–, lo que le lleva a preguntar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si podría entenderse ajustada a Derecho su propuesta de solución, la cual se ofrece en estos términos:

1. Respecto del primer tramo de cotización para el cálculo de la pensión (119 mensualidades de las 192 totales), por las mensualidades completas que transcurren entre enero de 1998 y noviembre de 2007, se tomaría la “última cotización real realizada por el trabajador correspondiente a un mes completo a la Seguridad Social de España”; es decir, la correspondiente a junio de 1978⁵³, que ascendió en su día a 133’59 €, pero “debidamente actualizada” conforme al IPC oficial aplicado sobre todas y cada una de “las mensualidades que van desde 1 de enero de 1998 hasta 30 de noviembre de 2007”⁵⁴.

51. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico cuarto.

52. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico quinto.

53. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico primero, párrafo 2º.

54. ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico sexto. Entiende el Tribunal Superior de Justicia que “su actualización a noviembre de 2007, supondría una

2. Y en cuanto al segundo tramo útil de cotización para el cálculo de la pensión (73 mensualidades de las 192 totales), que ocupa las mensualidades desde diciembre de 2007 a diciembre de 2013 (periodo temporal que se corresponde con el de vigencia del convenio especial para emigrantes españoles retornados), tal periodo se consideraría “neutro o un paréntesis, de manera que la base reguladora obtenida con las bases de cotización desde 1 de enero de 1998 hasta 30 de noviembre de 2007 se actualizaría” conforme al IPC oficial “a la fecha del hecho causante (el 31 de diciembre de 2013)”.

En realidad, la –imaginativa– fórmula que propone como solución la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia gallego para salvar el perjuicio causado al pensionista, lo que hace es considerar como más próxima en el tiempo la última cotización real completa española, aquella que efectuó el trabajador antes de emigrar a Suiza (en junio de 1978), en lugar de tomar como más próxima aquella otra cotizada después de su regreso a España (diciembre de 2007).

Y, fruto de todo ello la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia remitente termina planteando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea estas dos cuestiones prejudiciales:

1. “¿Deben entenderse excluidas de la expresión «la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo» a que se alude en el Anexo XI.G.2 del Reglamento (CE) 883/2004 (...) aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores?
2. En caso de respuesta afirmativa a la anterior cuestión, y de conformidad con el Anexo XI.G.2 del Reglamento (CE) 883/2004 (...) ¿son remedios adecuados para reparar el perjuicio causado al trabajador migrante tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio de mantenimiento de cotizaciones como período neutro o un paréntesis?”⁵⁵.

Veremos en el apartado siguiente que la contestación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde afirmativamente, de manera expresa –contundente y clara– a la primera cuestión; y de forma menos clara, acaso implícita, a la segunda, desde

cuantía –salvo error de cálculo– de 769’88 euros, mientras que en el cálculo realizado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la cuantía tomada en consideración para noviembre de 2007 es de 665’70 euros; y la actualización a cada uno de los restantes meses del cálculo lleva a unas similares diferencias”.

55. Artículo 267 TFUE y ATSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 13 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 881/2016), Razonamiento Jurídico séptimo y Parte Dispositiva.

luego no negando, pero sí derivando la competencia de la decisión en favor del propio órgano judicial remitente de las dos cuestiones prejudiciales.

2. *La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo dichas cuestiones prejudiciales: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018 (en el asunto C-2/17)*

Frente al planteamiento de las cuestiones prejudiciales de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) despliega, en su sentencia de fecha 28 de junio de 2018⁵⁶, las siguientes consideraciones:

1. El órgano judicial emisor de las cuestiones prejudiciales (Tribunal Superior de Justicia de Galicia), “solicita orientación” –dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– sobre si procede –conforme al Reglamento 883/2004 (art. 45 TFUE y Anexo XI, rúbrica “España”, punto 2)– calcular el importe teórico de la pensión de jubilación del trabajador español migrante a Suiza, con arreglo a la última base de las cuotas reales abonadas por el trabajador (español) en España, antes de ejercitar su derecho a la libre circulación. Ello se traduce en interesar –continúa diciendo el Tribunal comunitario–, que se asiente el cálculo sobre “una base de cotización más elevada que aquella que sirvió de referencia [la de diciembre de 2007] para calcular las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco del convenio especial” suscrito con la seguridad social española⁵⁷.
2. Esta solicitud prejudicial deriva de dos circunstancias que son esenciales para la resolución de la controversia jurídica: primera, que el trabajador migrante retornado habría tenido unas “últimas cotizaciones reales españolas superiores a las bases mínimas” a las que obliga el convenio especial; y segunda, que solo se le permite suscribir ese convenio (especial) de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas, mientras que de haber sido “un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases [de cotización] superiores”. Por estas razones, el derecho de libre circulación ejercitado por el trabajador migrante español (a Suiza), le habría causado un perjuicio que el ordenamiento de la UE –a juzgar por las dudas que presenta el Tribunal Superior de Justicia gallego–

56. Asunto C 2/17, procedimiento prejudicial relativo al acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros –por una parte –, y la Confederación Suiza –por otra–, en materia de Seguridad social de los trabajadores migrantes, en relación con el Reglamento (CE) número 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (versión modificada por el Reglamento CE nº 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009), Anexo XI, rúbrica “España”, punto 2, sobre pensión de jubilación, modo de cálculo, importe teórico, base de cotización pertinente, convenio especial con la Seguridad Social, normativa nacional (española) que obliga al trabajador a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización. Petición de decisión prejudicial planteada (art. 267 TFUE) por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia por Auto de 13 de diciembre de 2016 (recibido en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 2 de enero de 2017), en el procedimiento entre el Instituto de la Seguridad Social y el Sr. Crespo Rey, con intervención de la Tesorería general de la Seguridad Social.

57. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 31.

no tolera. Y en tal caso, para soslayar el perjuicio causado sugiere el Tribunal Superior de Justicia (de Galicia) remitente, “tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas”, considerando como “periodo neutro” o como “paréntesis” el periodo cotizado conforme al convenio especial con la seguridad social española⁵⁸.

3. En consecuencia, la pregunta obligada a la que debe enfrentarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso que nos ocupa es “si la normativa nacional en cuestión en el litigio principal es compatible con el artículo 45 TFUE”, por virtud del cual queda garantizada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, que es tanto como abolir toda clase de discriminación por razones de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros, en materias de empleo, retribución y demás condiciones de trabajo⁵⁹. Incompatibilidad que se pone de manifiesto, en tanto que dicha normativa nacional (Orden ministerial española⁶⁰) “obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social española a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización”, de tal forma que “al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación de ese trabajador, con arreglo al (...) Reglamento nº 883/2004, la institución competente equiparará el período cubierto por este convenio a un período realizado en España y solo tomará en consideración las cuotas abonadas por dicho trabajador en virtud de este convenio”, pese a que “antes de ejercer su derecho a la libre circulación, este último cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”⁶¹.
4. Visto que el Reglamento comunitario 883/2004 “no establece un sistema común de seguridad social, sino que permite la existencia de diversos sistemas nacionales (...) y su único objetivo es garantizar la coordinación de tales sistemas»; y que a falta de una armonización en el ámbito de la UE corresponde a cada Estado miembro legislar sobre los requisitos necesarios para activar el derecho a las prestaciones, ello sin perjuicio del respeto al Derecho de la UE y del TFUE acerca de «la libertad, que se reconoce a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros”, deviene obligado tener en cuenta el Acuerdo sobre libre circulación de personas –cuyo objetivo es favorecer a los

58. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 32.

59. Artículo 45 TFUE, apartados 1 a 3. “Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión”.

60. Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, publicado en el BOE núm. 250, de 18 de octubre de 2003 (entrada en vigor el 1 de abril de 2004). La STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 16, considera que tal norma “establece los requisitos con arreglo a los cuales una persona puede ser considerada en situación de alta en el régimen de la seguridad social española mediante la suscripción de un convenio especial”.

61. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 45 a 47.

nacionales de los Estados miembros de la UE y (en este caso) de la “Confederación Suiza, la libertad de circulación de personas en el territorio de las partes contratantes de dicho Acuerdo”-, el cual conlleva el derecho “de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, así como las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo concedidas a los nacionales del Estado de que se trate”⁶².

5. Dicho Acuerdo (UE-Suiza) faculta a las partes contratantes para regular “la coordinación de los sistemas de seguridad social con el fin de garantizar la igualdad de trato” –aquí en referencia a las condiciones de empleo y de trabajo, y en particular en materia de remuneración, de despido y de rehabilitación profesional o de reemplazo (en caso de estar desempleado)-, que asegura la aplicación del principio de “no discriminación [basada en la nacionalidad] en el ámbito de la libre circulación de trabajadores”⁶³.
6. Comoquiera que el trabajador (Sr. Crespo Rey) ejerció su derecho de libre circulación de personas para realizar una actividad por cuenta ajena en el territorio de Suiza, ello significa que está comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo y por consiguiente “puede invocar dicho Acuerdo frente a su Estado de origen” (España)⁶⁴.
7. Y, considerando que el trabajador migrante había cotizado –previamente antes de ejercer su derecho de libre circulación y suscribir a su regreso un convenio especial–, por bases superiores a la mínima, “las cuotas abonadas por este trabajador en el marco de dicho convenio especial no se corresponden” con las que, efectivamente, hubiera abonado “de haber continuado ejerciendo en las mismas condiciones su actividad en dicho Estado miembro”. Es de destacar al respecto, que la normativa nacional española no impone la aceptación de unas bases de cotización mínimas a los trabajadores “sedentarios” que no hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación y cuya carrera profesional se desarrolle enteramente en España. “En efecto, estos tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”. Consecuentemente, esta diferencia de trato –adversa para los migrantes–, respecto de los trabajadores sedentarios “que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión”, no tendría lugar si “tal trabajador hubiera, tras ejercer su derecho a la libre circulación, cotizado únicamente en otro Estado miembro, sin suscribir un convenio especial”. De manera que en tal hipótesis, la base de cotización última abonada en ese Estado miembro

62. Acuerdo UE-Suiza sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (DO L 114 de 30 de abril de 2002, p. 6), Preámbulo y artículos 1 y 16.2. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 48 y 49.

63. Artículos 2, 8.a, 9 del Anexo I, y Anexo II del Acuerdo sobre la libre circulación UE-Suiza.

64. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 52 a 54. El período de referencia para el cálculo de la pensión de jubilación del Sr. Crespo Rey es, con arreglo a la disposición transitoria 5ª LGSS (por entonces Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), el comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2013; suscribió el convenio especial el 1 de diciembre de 2007, en virtud del cual cotizó con arreglo a la base mínima de cotización hasta el 31 de diciembre de 2013.

habría sido la pertinente –en cuanto última– para calcular la pensión de jubilación, y ello habría supuesto “una base de cotización más elevada” que la mínima “prevista por el convenio especial”⁶⁵.

8. Resta abordar la reparación de las consecuencias adversas, para el caso de que efectivamente la norma interna española se revele incompatible con la europea, como así ocurrió en el caso. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera acerca de esta segunda cuestión prejudicial que el órgano jurisdiccional nacional remitente debe hacer “todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por este”. De modo que, si el Derecho nacional instituye “un trato diferenciado entre varios grupos de personas, infringiendo lo dispuesto en el Derecho de la Unión, los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados. A falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, el régimen aplicable a los miembros del grupo favorecido sigue siendo el único sistema de referencia válido”.

Ergo, si los trabajadores sedentarios que suscriben un convenio especial tienen la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización, este es el “marco jurídico” que constituye el “sistema de referencia válido”. Y, si bien “corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios”, ello no impide al Tribunal de Justicia de la Unión Europea destacar que ello podría “alcanzarse, a priori, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial tal facultad y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y, en consecuencia, reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”⁶⁶.

9. Considerando cuanto antecede, termina declarando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a las cuestiones prejudiciales, que “el Acuerdo sobre la libre circulación de personas debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro”, como ocurrió en nuestro caso, “que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social del Estado miembro en cuestión a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico

65. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 61 a 68. Específicamente se indica en los apartados 64-64 que “El INSS y el Gobierno español alegan (...) que la suscripción de un convenio especial tiene por finalidad permitir al trabajador inmigrante evitar que se produzca una reducción del importe de su pensión de jubilación española por el hecho de que ejerza su derecho a libre circulación. Sin embargo (...) en una situación como la del litigio principal, el trabajador migrante que suscribe un convenio especial puede en realidad ser objeto de una reducción nada desdeñable del importe de su pensión de jubilación, ya que (...) para calcular el importe teórico de esta pensión, solo se tienen en consideración las cuotas abonadas por este último en el marco de dicho convenio, esto es, cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización”.

66. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartados 70 a 75.

de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización”⁶⁷.

10. En definitiva, la primera cuestión prejudicial se ve confirmada absolutamente; y sobre la segunda –lo dicho–, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni confirma ni desmiente que el periodo cotizado al amparo del convenio (especial) de mantenimiento de cotizaciones deba considerarse un “período neutro o un paréntesis”, pero admite (implícitamente) como adecuada tal posibilidad, siempre que se oriente a garantizar la efectividad plena del Derecho de la UE, y en ese camino podría resultar adecuado –*a priori*– conceder “también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial” la facultad de cotizar retroactivamente por bases superiores a la mínima, lo que les permitiría “reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases”. Pero, en todo caso, traslada –devuelve– la competencia para tomar las decisiones oportunas que procuren tal propósito, al propio tribunal (Tribunal Superior de Justicia de Galicia) remitente de las cuestiones prejudiciales.

3. Aplicación del derecho por parte del tribunal español: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de julio de 2018, ratificada por la del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021

1. En este orden de cosas, a la vista de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales, considera el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, esta vez en la nueva resolución judicial dictada por su Sala Social, es decir, la sentencia definitiva que levantó la suspensión del procedimiento y resolvió la controversia jurídica planteada por las partes en conflicto (el trabajador jubilado, Sr. Crespo Rey, de un lado y la entidad gestora Instituto Nacional de la Seguridad Social, con intervención de la Tesorería General de la Seguridad Social, de otro)⁶⁸, que se da una “perfecta adecuación de la respuesta ofrecida [por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea] al objeto del debate litigios”, que le proporciona asimismo “una respuesta de gran utilidad (...) –en el apartado 75 de su Sentencia–”, al atribuirle

67. STJUE (Sala Décima) de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17, apartado 76 y parte declarativa de la sentencia.

68. STSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 12 de julio de 2018 (núm. de recurso 881/2016).

competencia para determinar, conforme a Derecho interno, “los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios”, sin perjuicio de que tal objetivo pudiera verse cumplido también –se acaba de ver–, concediendo a priori a los trabajadores migrantes que suscriban convenio especial la posibilidad de cotizar retroactivamente conforme a bases superiores a la mínima, que en ese caso generarían el derecho a lucrar una pensión mayor ajustada a las nuevas bases de cotización⁶⁹.

Así, acogiendo en suplicación parcialmente el recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia en su día dictada por el Juzgado de lo Social, el TSJ condena al Instituto gestor en los siguientes términos:

1. Le obliga a calcular (en 30 días) la base reguladora de la pensión, “considerando desde 1 de enero de 1998 hasta 31 de diciembre de 2013” como base de cotización correspondiente a cada mensualidad (del total de las 192 mensualidades, o 16 años completos, del periodo de cálculo), la última cotización real correspondiente a un mes completo a la Seguridad Social en España, que fue la efectuada por el trabajador en el mes de junio de 1978, y que debidamente actualizada conforme al IPC oficial asciende a 133'59 €.
Una vez hecho esto, hay que aplicar el correspondiente IPC oficial a todas y cada una de esas (192) mensualidades, en el bien entendido de que pese a arrancar todas las cotizaciones de la misma cuantía de base (133'59 €/mes), dada la mayor o menor cercanía de cada una de ellas al punto temporal de comparación, la actualización con el IPC proporciona a cada mensualidad una cuantía diferente (obviamente, mayor cuanto más cercana en el tiempo a la actualidad).
2. De otro lado, le obliga igualmente a establecer (“en ese mismo plazo de 30 días”), la diferencia que, “de 1 de diciembre de 2007 a 31 de diciembre de 2013” tendría que haber abonado el trabajador, si hubiera suscrito el convenio especial tomando en consideración esa base de cotización de 133'59 € “actualizada en los términos expuestos”.
3. Asimismo, ha de conceder al beneficiario “un plazo de 30 días” desde la notificación de los cálculos anteriores⁷⁰, para que este decida si acepta la base reguladora de 639'26 €/mes que le ha reconocido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, “sin hacer ninguna regularización”, o si opta “por la que resulta del cálculo” y la regularización expresados, respectivamente, en los dos apartados anteriores.
4. Finalmente, obliga al Instituto Nacional de la Seguridad Social a que posibilite la regularización diferencial del beneficiario, “distribuyendo la cantidad total a regularizar en cuantías iguales para cada mes mediante la reducción de la

69. STSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 12 de julio de 2018 (núm. de recurso 881/2016), FD quinto.

70. O, en el caso de ser impugnados tales cálculos, en ejecución de sentencia, “desde la firmeza de la resolución judicial en la cual se decida sobre esa impugnación”.

pensión que le corresponda percibir tomando en consideración la base reguladora a que se refiere el anterior apartado" 1), durante el periodo de "6 años y un mes", en consideración a que "este es el periodo de tiempo que va de 1 de diciembre de 2007 a 31 de diciembre de 2013" (73 mensualidades), y por tanto ese es también el periodo en el que, de habersele permitido al trabajador cotizar por una base superior a la mínima –"como se le habría permitido a un trabajador sedentario"– el beneficiario "habría tenido que costear la diferencia a que se refiere el anterior apartado" 2)⁷¹.

2. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala Social)⁷², tras un análisis exhaustivo y pormenorizado de toda la materia y de los pronunciamientos recaídos en el caso –a todos los niveles–, viene a ratificar en su reciente sentencia todos y cada uno de los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por lo que aún no se haya estimado oportuno decir aquí, únicamente puede añadirse ahora que "si el trabajador cotizó a la Seguridad Social española antes de ejercer su derecho a la libre circulación, la base de cotización que se debería tomar para calcular el importe de su pensión de jubilación será la última cotización (actualizada) abonada por dicho trabajador en España"; tal y como ha ocurrido en el caso. Y que "por tanto, no estamos ante un Acuerdo [UE-Suiza] ni régimen reglamentario [Reglamento comunitario nº 883/2004] que acuda a las bases medias"⁷³, que es lo que desde el inicio del pleito venía reclamando el trabajador y que ya rechazó en su momento la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia (y confirma el Supremo).

Y por otro lado, que las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo "ya han puesto de relieve que la STJUE [de 28 de junio de 2018] recaída en el presente procedimiento tiende a que la base reguladora se calcule conforme a las últimas cotizaciones realizadas en España; y si hay convenio especial, no cabe duda de que son esas"⁷⁴, por lo que, en definitiva, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida "da cumplimiento a los requerimientos del TJUE en orden a propiciar" que el trabajador "no cotizara por bases mínimas", como así terminará ocurriendo por mandato de la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Este es un "aspecto preterido por el recurrente, pero que resulta trascendente a la hora de comprobar el acierto de la doctrina acuñada por la Sala de Galicia"⁷⁵.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN O DE CONCLUSIONES

Acerca del PEDS, puede afirmarse con rotundidad que el ordenamiento jurídico de la UE se orienta hacia la protección del principio de libre circulación de las personas dentro de su territorio, propugnando la igualdad de trato –consecuentemente la lucha contra

71. STSJ de Galicia, Sala Social, de fecha 12 de julio de 2018 (núm. de recurso 881/2016), FD sexto y fallo.

72. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018).

73. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018), FD cuarto.5.

74. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018), FD sexto.2, segundo.

75. STS, Sala Social, de fecha 29 de abril de 2021 (núm de recurso 3931/2018), FD sexto.2, tercero.

la discriminación– y la solidaridad entre los Estados miembros. Ese robusto catálogo de derechos que representa el Pilar europeo, no hay duda de que marca unas directrices y una intencionalidad muy claras, respecto de la igualdad de oportunidades y de acceso a un mercado de trabajo que se pretende cada vez menos injusto, y una protección social que erradique las exclusiones. Empero, pese a las declaraciones grandilocuentes que cada cierto tiempo despliegan formalmente las instituciones comunitarias⁷⁶, es lo cierto que de los veinte principios que se contemplan en el PEDS, muchos de ellos adolecen de falta de implementación, de concreción, de intensidad, o incluso de una inicial puesta en marcha. En ese sentido, al menos en algunos Estados –no centrales– ubicados en la periferia europea (caso de España), esa igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo resultan manifiestamente deficientes –si no imposibles– para determinados colectivos (de mujeres, emigrantes, jóvenes...), incluso no estando en riesgo de pobreza o de exclusión social.

Por lo que se refiere, en concreto, a la materia de seguridad social, se extienden, se amplían, se intensifican los mecanismos de coordinación de los distintos sistemas nacionales coexistentes dentro de la UE, para atender a la acumulación de las cotizaciones realizadas en cualquier parte de su territorio –incluso más allá del mismo, (en el caso aquí estudiado Suiza)–, con el fin de que las personas de mayor edad puedan obtener pensiones de vejez (o jubilación) que les permitan disfrutar de unos mínimos de vida decente. Ese derecho a una seguridad social, inspirada en la libre circulación de personas y la igualdad de trato sin discriminación, encuentra su cauce específico en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, si bien precisamente la coordinación europea viene a fiscalizar –vía tribunales en última instancia– que los sistemas nacionales no entren en confrontación incompatible con el Derecho de la Unión (Tratados, Reglamentos...).

Y en ese sentido, el respeto a la libre circulación de las personas en el territorio de la UE, y también respecto de otros países con los que la Unión tenga vigente Acuerdo que regule esta materia (caso de Suiza), implica varias cosas:

1. Que la distinta nacionalidad de los trabajadores, dentro del ámbito subjetivo del Acuerdo (UE-Suiza), no ampara un tratamiento desigual que perjudique la cuantía de la prestación (contributiva) de jubilación devengada. Y, en esa misma dirección, tampoco una diferencia de trato del pensionista, que emigró para trabajar (a Suiza) y a su regresó suscribió –en previsión de su futura jubilación –, convenio especial con la seguridad social española, en comparación con un trabajador que permaneció de manera sedentaria en el país.
2. Que el conflicto de normas se resuelve –obviamente– en favor de la primacía del Derecho comunitario sobre el de cualquier país miembro, y, por lo tanto, la interpretación de la norma nacional (española) debe acomodarse –de la

76. Desde un punto de vista un tanto escéptico respecto del PEDS, Casado Casado, L: “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 401-402.

forma que resulte más oportuna en cada caso– por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales –no por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– a esa realidad igualitaria que predica la UE en general y el Reglamento 883/2004 en particular.

3. Que en el caso de que se produzca un perjuicio real en la fijación del importe teórico de la pensión de vejez por parte del organismo nacional competente (Instituto Nacional de la Seguridad Social), dicho organismo tiene que recalcular la cuantía con las bases de cotización correspondientes, tomando como referencia la base mensual última (completa) por la que el trabajador cotizó en España, si bien actualizada convenientemente conforme al IPC oficial y con las revalorizaciones oportunas. Y puede ocurrir que la base de cotización de referencia para el cálculo (por el Instituto Nacional de la Seguridad Social) del importe de la pensión teórica de jubilación, que más se aproxime a la última cotización mensual completa efectuada en España, ya no sea necesariamente la más cercana una vez que el emigrante ha regresado, sino que puede ser –como aquí ocurrió–, la más cercana antes de que el trabajador emigre.
4. Que producido el perjuicio se debe permitir al trabajador jubilado que opte por cotizar –retroactivamente– por esas bases de cotización superiores que (conforme a los nuevos cálculos del Instituto Nacional de la Seguridad Social) vengán a eliminar dicho perjuicio, de modo que el pensionista haga frente al abono de la diferencia de cuotas en tantas mensualidades como hayan transcurrido desde la firma del convenio especial hasta la jubilación, descontando el importe mensual correspondiente del abono mensual de su pensión.
5. Por último, puede entenderse que la normativa española reguladora del convenio especial, a saber la Orden ministerial TAS/2865/2003, ha devenido tácitamente derogada –por virtud de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hemos analizado–, en el precepto (art. 15.4) en que –en las circunstancias del caso expuestas– obliga “en todos los casos” al pensionista que suscriba el convenio especial para la modalidad de emigrantes españoles que trabajen en el extranjero, a cotizar mensualmente por la “base mínima de cotización que, en cada momento, se halle establecida en el Régimen General de la Seguridad Social”.

Bibliografía

- Casado Casado, L: “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, 2019.
- Eurofound: *¿Una Europa más igualitaria? La convergencia y el pilar europeo de derechos sociales*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.
- Gardini, G.: “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, núm. 9, 2018.

- Monereo Pérez, J. L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad Social", *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018.
- Ramos Antón, F.: *El Pilar Europeo de Derechos Sociales. La última oportunidad para la Europa Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2018.
- Rojo Torrecilla, E.: "A construción do pilar europeo de dereitos sociais. Da proposta Juncker (9.9.2015) á recomendación da Comisión Europea (26.4.2017). Máis Europa social ou reordenación do marco normativo vixente?", *Revista Galega de Dereito Social - 2ª Etapa*, núm. 3, 2017.
- Romero Gallardo, A.: "La discapacidad y el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales", *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 49, núm. 2, 2018.



Trabajadores de países miembros de la UE en España y su régimen de Seguridad Social. Especial consideración de las cooperativas

WORKERS FROM EU MEMBER COUNTRIES IN SPAIN AND THEIR SOCIAL SECURITY SCHEME. SPECIAL CONSIDERATION OF COOPERATIVES

Isabel Dólera Sevilla

Doctoranda en Relaciones Laborales

Universidad de Murcia

isabel.dolera@um.es 0000-0002-7037-8426

Recibido: 30.10.2021. Aceptado: 22.11.2021

RESUMEN

En lo que concierne al ámbito internacional del Derecho a la Seguridad Social se abordarán aquí dos ámbitos normativos en particular: el Derecho Internacional de la Seguridad Social y el Derecho Comunitario sobre Seguridad Social. Dado que, con arreglo a la normativa comunitaria, los nacionales de los Estados miembros de la UE gozan de igual protección que los nacionales de España, resulta preciso el análisis de nuestra legislación vigente sobre Seguridad Social, en aplicación del principio de igualdad de trato que opera en esta materia en el Derecho comunitario, centrándonos en el que resulta aplicable a las Sociedades Cooperativas, que cabe calificar como entidades de economía social en lo que concierne a la prestación por cese de actividad

ABSTRACT

With regard to the international scope of the Right to Social Security, two normative fields in particular will be addressed here: International Social Security Law and Community Law on Social Security. Given that, according to Community regulations, nationals of EU Member States enjoy equal protection as nationals of Spain, it is necessary to analyze our current legislation on Social Security, in application of the principle of equal treatment that operates in this matter in Community law, focusing on what is applicable to Cooperative Societies, which can be classified as social economy entities with regard to the provision for cessation of activity.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional de la Seguridad Social
Régimen de la Seguridad Social
Entidades de economía social
Sociedad cooperativa de trabajo asociado
Socios de cooperativa de trabajo asociado.

KEYWORDS

International Social Security Law
Social Security regime
Social economy entities
Cooperative society of associated work
Members of cooperative of associated work.

SUMARIO

- I. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - A. Planteamiento
 - B. Derecho Internacional de la Seguridad Social
 1. Organizaciones internacionales
 2. Convenios internacionales multilaterales y bilaterales
 - C. Derecho comunitario sobre Seguridad Social
 1. Derecho originario y derecho derivado
 2. Especial consideración del reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo
 - a) Principios que inspiran la norma comunitaria
 - b) Ámbito material de aplicación
- II. NORMATIVA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL EN EL REINO DE ESPAÑA
 - A. Concepto de Seguridad Social y marco normativo
 - B. Regímenes de la Seguridad Social
- III. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO
 - A. Las sociedades cooperativas: aspectos generales
 - B. Elementos personales de las sociedades cooperativas: trabajadores por cuenta ajena y socios
 1. Trabajadores por cuenta ajena
 2. Socios
 - a) Socios trabajadores
 - b) Socios colaboradores
 - c) Socios en situación de prueba
 - C. Régimen de afiliación a la Seguridad Social de los socios
 - D. Cese de actividad
 1. Marco normativo
 2. La asimilación de la prestación por cese de actividad a la prestación por desempleo
 3. La aplicación de los reglamentos de coordinación a las situaciones de cese de actividad
- IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES
Bibliografía

I. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A. Planteamiento

En los últimos años se ha producido un fenómeno de internacionalización del Derecho de la Seguridad Social, como consecuencia del elevado número de miembros de la población no originaria que ha trabajado o trabaja en países en los que resulta de aplicación el Derecho Europeo¹. La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social –que tiene carácter instrumental– facilita la libre circulación de personas en la Unión. En 2010 se llevó a cabo una reforma fundamental de la legislación en este ámbito,

1. Véase nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística, de fecha 18 de marzo de 2021 en la que se informa que “El número de personas con nacionalidad española que residen en el extranjero alcanzó los 2.654.723 a 1 de enero de 2021, según los datos del Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE)”, [Disponible en: https://www.ine.es/prensa/per_e_2021.pdf] [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2021].

que se completó con la adopción de otros actos legislativos que han mejorado la protección de los derechos de los trabajadores móviles.

En 2016, la Comisión Europea incluyó en su paquete de medidas sobre movilidad laboral, varias propuestas para seguir reformando el sistema y adaptarlo a las realidades económicas y sociales actuales de la Unión. Este proceso tiene su origen en los mismos factores que han auspiciado la expansión internacional del Derecho del Trabajo², siendo éstos, en opinión de algún autor, los siguientes: la acción internacional para elevar las condiciones de trabajo y la incorporación de principios laborales –y de seguridad social– a los grandes pactos internacionales de derechos humanos, el desarrollo del derecho emigratorio, y los intentos de regulación internacional de los problemas especiales laborales –y de seguridad social– suscitados por las empresas multinacionales³.

La creación de un Derecho internacional de la Seguridad Social se inspira en dos propósitos fundamentales: de un lado, fijar unas reglas mínimas para la protección a cargo de la Seguridad Social que han de observar las legislaciones nacionales; de otro, garantizar la protección de aquellos trabajadores que se desplacen por los territorios de los distintos Estados⁴.

En este primer apartado se abordarán dos aspectos normativos en particular, ambos concernientes a la Seguridad Social: en primer lugar, el Derecho Internacional; y, en segundo lugar, el Derecho Comunitario.

B. Derecho Internacional de la Seguridad Social

Se comprenden en este apartado I dos grupos de normas: por una parte, las emanadas de las Organizaciones Internacionales⁵ (en adelante OOI), entre ellas los Acuerdos, Convenios y Tratados Internacionales, que consagran un derecho a la seguridad social, reconocido en unos casos con carácter universal (así en el supuesto de las Naciones Unidas⁶ y de la Organización Internacional del Trabajo) y limitado en otros a un ámbito

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, tiene como función principal garantizar el respeto del Derecho Comunitario en la interpretación y aplicación de los Tratados y restantes normas que lo integran, entre ellas las que forma parte del Derecho Social Europeo. Por todas, STJUE, de fecha 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18S, en cuyo párrafo vigesimoquinto, afirma que: “[...] el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencias de 26 de junio de 2008, Wiedemann y Funk, C-329/06 y C-343/06, EU:C:2008:366, apartado 45, y de 8 de mayo de 2019, PI, asunto: C-230/18, apartado 42)”.

3. Alonso-Olea García, B.: “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002, pp. 195-208.

4. Van Raepenbusch, S.: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

5. Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M. J.: *Introducción al sistema jurídico internacional y de la unión europea*, Diego Marín, Murcia, 2014, p. 17.

6. Véase Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Ratificación por España en fecha 30 de abril de 1977 (BOE núm. 103).

Según el artículo 9 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

regional (como por ejemplo el Consejo de Europa); y por otra parte, los convenios multilaterales y bilaterales suscritos por el Reino de España en materia de seguridad social⁷.

1. Organizaciones Internacionales

En lo que concierne a las OOI, generalmente no se limitan a un mero reconocimiento del derecho a la Seguridad Social, sino que, además, persiguen una aproximación de las políticas sociales de los Estados firmantes. A tal fin se fijan unos contenidos mínimos de Seguridad Social que los Estados han de comprometerse a incluir en sus respectivas legislaciones nacionales. En buena parte de estas normas, se configura un modelo en el que se distingue entre una Seguridad Social de base profesional para los trabajadores, y otra de base universal para todas las personas.

Entre las OOI de especial importancia en este ámbito destacan las Naciones Unidas (en adelante, UN), la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) y el Consejo de Europa.

Por lo que se refiere a las Naciones Unidas, el derecho a la Seguridad Social se proclama en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Concretamente en su artículo 22 se dispone que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social” y en su artículo 25 añade que toda persona tiene derecho a la “asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...], a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”, garantizando asimismo el “derecho a cuidados y asistencia especiales” en caso de maternidad.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹ de 19 de diciembre de 1966, reconoce también expresamente los derechos de toda persona “a la Seguridad Social, incluso al seguro social” (art. 9) y “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12), preocupándose expresamente de la maternidad al declarar que se ha de conceder “especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto” (art. 10.2), preceptos todos ellos incluidos en su Parte III.

La OIT¹⁰ ha promovido la celebración de numerosos tratados y acuerdos internacionales. Entre ellos, el más importante a reseñar es el Convenio núm. 102¹¹ sobre

7. Alonso-Olea García, B.: *Derecho de los servicios públicos sociales*, Cívitas, Pamplona, 2012.

8. Suscrita por el Estado español a través de Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

9. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

10. Instrumento de Ratificación del Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981 (BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1985).

11. Instrumento de ratificación del Convenio número 102 relativo a la Norma mínima de la Seguridad Social,

norma mínima de Seguridad Social, de 28 de junio de 1952, que especifica las contingencias y situaciones que, como mínimo, han de garantizarse a los asalariados, es decir, a los trabajadores por cuenta ajena, refiriéndose pues a la Seguridad Social de base profesional; y a los residentes, cuyos recursos durante la contingencia no excedan de los límites prescritos, es decir, a todas las personas que residan legalmente en el Estado firmante, haciendo alusión a la Seguridad Social de base universal. Las contingencias y situaciones protegidas por este Convenio son estas: asistencia sanitaria, enfermedad, desempleo, vejez, accidente de trabajo y enfermedad profesional, cargas familiares, maternidad, invalidez, y muerte y supervivencia.

El Convenio antes citado, pese a ser el de mayor importancia, por establecer unos mínimos esenciales de carácter general, no es el único celebrado en materia de Seguridad Social. Por el contrario, convive con una pluralidad de convenios sobre Seguridad Social, si bien limitados a contingencias y supuestos particulares, de gran trascendencia. Entre ellos se han de mencionar el Convenio núm. 2 sobre desempleo¹²; los Convenios núms. 3¹³ y 103¹⁴ sobre protección de la maternidad; el Convenio núm. 17¹⁵ sobre indemnización por accidentes de trabajo; el Convenio núm. 18¹⁶ sobre enfermedades profesionales; el Convenio núm. 48¹⁷ sobre conservación de los derechos de pensión de los emigrantes; el Convenio núm. 97¹⁸ sobre trabajadores migrantes; el Convenio núm. 157¹⁹ sobre conservación de los derechos en materia de Seguridad Social y el Convenio núm. 164²⁰ sobre protección de la salud y asistencia médica.

adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952 (BOE núm. 240, de 6 de octubre de 1988), –aceptado las partes II-IV y VI–. Resulta preciso destacar que, sin embargo, España no ha ratificado el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118), de fecha de entrada en vigor: 25 abril 1964.

12. Convenio de la OIT núm. 2, aprobado en la primera Conferencia de Washington el 29 de octubre de 1919. Paro forzoso. Ratificado por Ley de 13 de febrero de 1922 (Gaceta núm. 196, de 15 de julio).

13. Convenio núm. 3 de la OIT, aprobado en la primera Conferencia de Washington de 29 de octubre de 1919. Empleo de las mujeres antes y después del parto. Ratificado por Ley de 13 de julio de 1922 (Gaceta núm. 196, de 15 de julio). El texto del Convenio ha sido objeto de revisión por el Convenio núm. 103 (1952). No hay denuncia expresa del mismo.

14. Convenio núm. 103 de la OIT, de 4 de junio de 1952. Protección de la maternidad. Instrumento de ratificación de 26 de mayo de 1966 (BOE núm. 208, de 31 de agosto de 1966).

15. Convenio núm. 17 de la OIT, aprobado en la Conferencia de Ginebra de 19 de mayo de 1925. Indemnización por accidentes de trabajo. Ratificado por Decreto-ley de 24 de mayo de 1928 (Gaceta núm. 147, de 26 de mayo). Este Convenio fue objeto de revisión por el Convenio núm. 121, no ratificado hasta la fecha, por España.

16. Convenio núm. 18 de la OIT, aprobado en la conferencia de Ginebra de 19 de mayo de 1925, Indemnización por enfermedades profesionales, Ratificado por Ley de 8 de abril de 1932 (Gaceta núm. 105, de 14 de abril). Este Convenio fue revisado por el Convenio núm. 42 (1934). No hay denuncia expresa del mismo.

17. Convenio núm. 48 de la OIT, aprobado en la Conferencia de Ginebra de 4 de junio de 1935, –de los derechos de pensión de los migrantes– restablecimiento de un régimen internacional de conservación de derechos en los seguros de invalidez, vejez y muerte. Ratificado por Ley de 2 de junio de 1936 (Gaceta núm. 156, de 4 de junio).

18. Convenio núm. 97 de la OIT, de 8 de junio de 1949. Trabajadores migrantes. Instrumento de ratificación de 23 de febrero de 1967 (BOE núm. 135, de 7 de junio de 1967).

19. Convenio núm. 157 de la OIT, de 21 de junio de 1982. Establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. Instrumento de ratificación de 26 de julio de 1985 (BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1985).

20. Convenio núm. 164 de la OIT, de 8 de octubre de 1987. Protección de la salud y la asistencia médica de la gente de mar. Instrumento de ratificación de 26 de febrero de 1990 (BOE núm. 18, de 21 de enero de 1991; corrección de erratas en BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1991).

En el ámbito del Consejo de Europa, adquiere especial relevancia la Carta Social Europea²¹ de 18 de octubre de 1961. En su Parte I se reconocen una serie de derechos, a saber, a las trabajadoras, en caso de maternidad, “una protección especial en su trabajo” y a las madres “una adecuada protección social y económica”; a toda persona, el derecho “a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”, así como “a beneficiarse de servicios de bienestar social”; y, si carece de recursos suficientes, “a la asistencia social y médica”; a todos los trabajadores y a las personas que tengan a su cargo, el derecho “a la seguridad social”; a los inválidos, por último, el derecho “a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y naturaleza de su invalidez”.

En su Parte II (arts. 8-17), la Carta Social Europea determina el contenido de los derechos citados con anterioridad. El derecho a la Seguridad Social se establece en su artículo 12, al determinar que los Estados contratantes han de comprometerse a establecer y mantener un régimen de Seguridad Social que ha de ser, por lo menos, equivalente al exigido para la ratificación del Convenio núm. 102 OIT sobre norma mínima, así como a esforzarse por elevar progresivamente el nivel de este régimen. Establece, asimismo, que los Estados contratantes han de adoptar, mediante los oportunos acuerdos bilaterales y multilaterales, medidas que garanticen los principios de igualdad y de adquisición y mantenimiento de derechos.

De igual modo, hemos de mencionar el Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante²²; el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica y su Protocolo Adicional²³; el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo complementario para su aplicación²⁴; y el Código Europeo de la Seguridad Social²⁵.

2. Convenios internacionales multilaterales y bilaterales

Junto a los Convenios en materia de Seguridad Social promovidos por las OOI antes referidas, coexisten toda una serie de Convenios internacionales sobre Seguridad Social, tanto multilaterales como bilaterales. Los fines que persiguen tales convenios son muy diferentes: coordinar los Sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados; solucionar los conflictos que surgen en la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales sobre Seguridad Social; o garantizar al trabajador emigrante su derecho a la Seguridad Social.

21. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961 (BOE núm. 153, de 26 de julio de 1980).

22. Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 (BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983).

23. Instrumento de ratificación de 29 de noviembre de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica y Protocolo Adicional al mismo, hechos en París el 11 de diciembre de 1953 (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1984).

24. Instrumento de Ratificación del Acuerdo Europeo de Seguridad Social y el Acuerdo Complementario para la aplicación del mismo, hecho en París el 14 de diciembre de 1972 (BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 1986).

25. Instrumento de ratificación del Código Europeo de la Seguridad Social, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1995).

Algunos autores²⁶ han extraído los principios esenciales que suelen inspirarlos. Así, el principio de territorialidad, por cuya virtud se aplican las normas nacionales del Estado en el que se presten, o se hayan prestado, los servicios; el principio de igualdad²⁷, con arreglo al cual las normas se aplican a la persona extranjera en las mismas condiciones que a la nacional; el principio de reciprocidad, por el que se conceden los beneficios de seguridad social a la persona extranjera, siempre que el país del que es nacional los conceda al nacional del país cuya legislación se trata de aplicar; y finalmente, el principio de adquisición y mantenimiento de derechos, por medio del cual cada Estado tiene en cuenta los servicios prestados en los demás Estados, que opera cuando se ha trabajado en varios, conforme al conocido principio de prorrata temporal (*prorrata temporis*), que supone distribuir la carga de las prestaciones entre los varios Estados²⁸, en proporción al tiempo trabajado en cada uno de ellos²⁹.

Respecto de España, los convenios internacionales en materia de seguridad social que ha celebrado pueden agruparse en dos grandes categorías: convenios multilaterales y bilaterales³⁰.

De entre los convenios multilaterales destacan los siguientes: el Convenio entre los Gobiernos de España, República Federal de Alemania y República francesa relativo a la extensión de ciertas disposiciones de Seguridad Social; el Convenio entre los Gobiernos de España, República francesa y República portuguesa³¹, relativo a la ampliación del beneficio de determinadas disposiciones de los Convenios de Seguridad Social, concertados entre dos de dichos Estados, a los nacionales de un tercer Estado; el Convenio Europeo de Seguridad Social; el Convenio sobre relaciones Consulares y, en el área geográfica de Hispanoamérica, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social³².

Y en cuanto a los convenios bilaterales sobre Seguridad Social³³ suscritos por el Reino de España, cabe mencionar –citados por orden alfabético–, los firmados con

26. Ojeda Avilés, A.: “La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.

27. En primer lugar, ha de recordarse que el principio de igualdad de trato, que forma parte de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase, en este sentido, la Sentencia TJUE, de fecha 17 de diciembre de 2020, asunto: C-336/19 Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros, apartado 85 y jurisprudencia citada).

28. Alonso Olea, M.: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cívitas, Pamplona, 2001.

29. Alonso Olea, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Cívitas, Pamplona, 2002.

30. Disponible en: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/> [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

31. Convenio de 10 de noviembre de 1982, entre los Gobiernos de España, de la República Francesa y de la República Portuguesa, relativo a la ampliación del beneficio de determinadas disposiciones de los Convenios de Seguridad Social, concertados entre dos de dichos Estados, a los nacionales del tercer Estado. hecho en Madrid (BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1984).

32. Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Aplicación provisional (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011).

33. Tortuero Plaza, J. L.: “Técnicas de Aplicación de los Convenios Bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con los países de la Comunidad Económica Europea” en: AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980; pp. 337 y ss.; Pérez Pérez, M.: “Convenios Bilaterales sobre Seguridad Social Ratificados por España”, *Relaciones Laborales*, núm. 85, 1990, pp. 189 y ss.

Alemania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bélgica³⁴, Brasil, Bulgaria, Canadá (Convenio y Protocolo al Convenio), Chile; Colombia, Ecuador, Eslovaquia, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Marruecos, Méjico, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Rusia, Suecia, Suiza, Túnez, Ucrania, Uruguay, y Venezuela. Para la aplicación del correspondiente convenio se firmó también el acuerdo administrativo con el respectivo Estado. Estos convenios establecen criterios para el reconocimiento recíproco de los beneficios de la seguridad social, con mayor o menor extensión, entre los nacionales de los países firmantes.

C. Derecho comunitario sobre Seguridad Social

1. Derecho originario y derecho derivado

En este ámbito conviene distinguir entre el Derecho originario, el cual se identifica con los Tratados constitutivos de la UE, y el Derecho derivado, que se refiere a las disposiciones que pueden aprobar las Instituciones Comunitarias de conformidad con lo dispuesto en dichos Tratados constitutivos. Dentro de estas disposiciones hay que distinguir entre Reglamentos, Directivas, Decisiones, Informes y Recomendaciones, siendo jurídicamente vinculantes sólo las tres primeras; las otras dos son potestativas.

Con respecto al Derecho originario, se ha de partir de lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), el cual establece, con carácter general, los principios de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 18 TFUE³⁵) y de libre circulación de trabajadores³⁶ (art. 45 TFUE), garantizando, en concreto, a los trabajadores y sus derechohabientes: “a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como el cálculo de éstas; y b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros” (art. 48 TFUE).

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la regla de igualdad de trato recogida en el artículo 39.2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) –actual artículo 45 TFUE– supone la prohibición de las discriminaciones basadas en la nacionalidad, así como de toda forma encubierta de discriminación, de modo tal

34. Instrumento de ratificación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Bélgica, BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1958. Por todas, la Sentencia del TS 825/2017, estima que no es de aplicación para la protección de los derechos pendientes de adquisición, el Acuerdo Provisional Europeo sobre los Regímenes de Seguridad Social y su Protocolo (BOE de 21 de marzo de 1984), en tanto que ha sido sustituido como norma más favorable del convenio de seguridad social y su acuerdo complementario. STS 825/2017, Sala de lo Social, Sección Primera, núm. de Recurso: 3006/2015, Fj. 4º, apartado 3.c) y el Fj5.º último párrafo.

35. El primer párrafo del artículo 18 TFUE (antiguo artículo 12 TCE) establece que, “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.

36. En aplicación de este artículo se ha aprobado el Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DOUE, L 141/1, de fecha 27 de mayo de 2011).

que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado³⁷. Es por ello que, a menos que esté justificado objetivamente y tal justificación sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e imponga, por consiguiente, el riesgo de perjudicar más en particular a los primeros.

La Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989³⁸, dispone en su apartado 10 que “con arreglo a las modalidades propias de cada país: Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente. Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal”.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –del mismo “valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 Tratado de la Unión Europea)– contiene varios preceptos sobre prestaciones de la Seguridad Social, ayuda social y protección de la salud³⁹. Así, el artículo 34 establece que, “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas en el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”, reconociendo el derecho a las mismas a toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión. El artículo 35 reconoce el derecho de toda persona “a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”.

En cuanto al Derecho derivado, la regulación de la seguridad social y la protección social de los trabajadores exige la forma jurídica⁴⁰ de Reglamento (art. 153.2 TFUE), y al efecto se han promulgado las siguientes normas: En primer lugar, el Reglamento 883/2004 del

37. Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 11 de septiembre de 2008, asunto C228/07 (Petersen), la cual en su apartado 55 establece como ejemplo el “[...] requisito de residencia al que se supedita la concesión de la prestación objeto del litigio principal, que cumplen más fácilmente los trabajadores nacionales que los de los demás Estados miembros, puesto que son sobre todo estos últimos quienes, especialmente en caso de desempleo o invalidez, tienden a dejar el país de su antiguo empleo para regresar a sus países de origen (véanse, en este sentido, las sentencias Paraschi, antes citada, apartado 24, y de 18 de abril de 2002, Duchon, asunto C-290/00, Rec. p. I-3567, apartado 38)”. (Ten Holder v Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging), Sala Tercera, 12 de junio de 1986, en su apartado 22 establece que la aplicación del Reglamento núm. 1408/71 no puede implicar la pérdida de los derechos adquiridos únicamente al amparo de una legislación nacional; Elsen (asunto C-135/99) y Chuck (asunto C-331/06).

38. Aprobada por el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

39. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. 202, de 7 de junio de 2016). Véase que en su artículo 51 sobre su ámbito de aplicación “La [...] Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

40. Las normas de la UE pueden adoptar formas distintas: Reglamento, Directivas y Decisiones.

Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social⁴¹, y en aplicación del mismo el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del citado Reglamento (883/2004)⁴², cuya fecha de entrada en vigor fue el 1 de mayo de 2010⁴³.

En segundo lugar, Reglamento (UE) 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 y el Reglamento (CE) 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, siendo preciso para su aplicación⁴⁴ la residencia legal en el territorio de un Estado miembro así como el cumplimiento de otra serie de requisitos legales, si bien se excluyen de su ámbito de aplicación Dinamarca, Reino Unido, Suiza y los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo.

Procede hacer referencia, en tercer lugar, al Reglamento (UE) 1372/2013 de la Comisión, por el que se modifica el Reglamento (CE) 883/2004, conforme a lo dispuesto en su considerando quinto. Y cabe citar, por último, el Reglamento (UE) 1368/2014 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2014, que modifica el Reglamento (CE) 987/2009⁴⁵.

Los Reglamentos Comunitarios se aplican para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados Parte del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza, y

41. Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (DOUE, núm. 166, de 30 de abril). Habrá de tenerse en cuenta en la aplicación del Reglamento, el régimen aplicable a la salida de Gran Bretaña de la UE conforme al Reglamento (UE) 2019/500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2019, por el que se establecen medidas de contingencia en el ámbito de la coordinación de la seguridad social a raíz de la retirada del Reino Unido de la Unión (Texto pertinente a efectos del EEE.); García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, p. 55.

42. Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (DOUE, núm. 284, de 30 de octubre).

43. El Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación 987/2009 sustituyen respectivamente a los Reglamentos 1408/71 y 574/72.

44. Conforme al artículo 1, el Reglamento (UE) núm. 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, será de aplicación a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro.

45. Los Reglamentos Comunitarios (CE) núm. 883/04 y núm. 987/09 se aplican para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea –Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia (desde 01 de julio de 2013), Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia– desde el 1 de mayo de 2010. Los mencionados Reglamentos serán de aplicación a las relaciones con Suiza desde el 1 de abril de 2012, y en las relaciones con los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo –Islandia, Liechtenstein y Noruega–, a partir del 1 de junio de 2012.

En virtud del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte –que dejó de pertenecer a la UE el 1 de febrero de 2020– de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, a partir de 01 de enero de 2021 las situaciones que se produzcan entre uno o varios Estados miembro de la UE y Reino Unido será provisionalmente, de aplicación el protocolo sobre coordinación de seguridad social del Acuerdo sobre Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la energía atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, pendiente de ratificación por el Parlamento Europeo.

persiguen garantizar “la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas”⁴⁶. Los Estados miembros han concluido entre sí diferentes convenios bilaterales sobre Seguridad Social, los cuales, tras la publicación de los Reglamentos citados, han sido sustituidos por aquellos, lo que no impide que algunas disposiciones de estos convenios continúen siendo de aplicación respecto de personas, incluidas en su campo de aplicación personal, de nacionalidades diferentes a las de los Estados firmantes, es decir, de terceros países no pertenecientes a la UE.

2. Especial consideración del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

a) Principios que inspiran la norma comunitaria

El Reglamento (CE) 883/2004 se articula en base a unos determinados principios, sin perjuicio de aquellos supuestos en los que, conforme al propio Reglamento, tales principios no resulten de aplicación. En primer lugar, el principio de igualdad de trato recogido en el artículo 4: “Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”.

En segundo lugar, el artículo 5 establece el principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos. Este principio conlleva diferentes consecuencias. De una parte, las disposiciones legales del Estado miembro competente, respecto al “disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos” serán de aplicación en iguales términos en lo que concierne al “disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro”. De otra parte, en el supuesto de que la legislación vigente del Estado miembro competente atribuya “efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos”, dicho Estado tomará en consideración aquellos hechos o acontecimientos semejantes relacionados y acaecidos “en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”, si bien esta asimilación de hechos y acontecimientos producidos en un Estado miembro, no conlleva, conforme al Considerando 11 del Reglamento comunitario⁴⁷, la atribución de competencia en favor de otro Estado miembro o la aplicación de su legislación.

En tercer lugar, el artículo 6 consagra el principio de totalización de los períodos, y ello supone que, en caso de que la normativa de un Estado miembro supedita “la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones,

46. Véase Considerando Primero del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

47. Dice literalmente tal Considerando 11 que “La asimilación de hechos o acontecimientos que ocurran en un Estado miembro no puede en ningún caso otorgar competencia a otro Estado miembro o hacer que se aplique su legislación”.

la admisión a una legislación, o el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado”, a la cobertura de determinados períodos “de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia”, la institución competente de dicho Estado tomará en consideración, en la medida que fuera necesaria, “los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica”.

En cuarto lugar, el principio de supresión de las cláusulas de residencia, definido en el artículo 7, garantiza que “las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”. Es decir, se conserva el derecho a las prestaciones de Seguridad Social, aunque el Estado de residencia sea distinto del Estado que tiene que satisfacerlas.

En quinto y último lugar, el artículo 10 contempla el principio de no acumulación de prestaciones, de modo que el Reglamento del que hablamos “no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio”.

b) Ámbito material de aplicación

La aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 abarca todo lo que se refiere a la legislación relativa a las prestaciones enumeradas en su artículo 3, a saber, las prestaciones de enfermedad, maternidad y de paternidad asimiladas, invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, familiares, desempleo, prejubilación, así como los subsidios de defunción⁴⁸. Teniendo en cuenta que el Convenio 102 de la OIT regula como prestaciones cubiertas por las normas de la seguridad social las siguientes: desempleo, vejez, accidente del trabajo y de enfermedad profesional, familiares, maternidad, invalidez, sobrevivientes, las monetarias de enfermedad, así como la asistencia médica, cabe observar, comparando el listado de ambas disposiciones, una práctica coincidencia entre ambas.

Hecha tal observación, resulta manifiesto que el Reglamento 883/2004, en concordancia con su denominación, no establece un conjunto de prestaciones unificadas de aplicación en todos los Estados miembros de la UE, de modo que cada uno de ellos pueda delimitar en su legislación interna las prestaciones objeto de cobertura por su régimen de Seguridad Social. En términos del propio Reglamento, “es necesario respetar las características especiales de las legislaciones nacionales en materia de seguridad social y establecer únicamente un sistema de coordinación” (Considerando

48. Conforme a los apartados 2 y 3 del artículo 3 “Salvo disposición en contrario del anexo XI, el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador”. También se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas” (previstas en el artículo 70).

Cuarto). Es más, el artículo 48 TFUE no impone la armonización de los regímenes de la Seguridad Social de los Estados miembros, sino que, a los efectos de garantizar la libre circulación de trabajadores en el territorio de la UE, consagra un principio de acumulación –totalización– de períodos de cotización en la adquisición y conservación del derecho a las prestaciones sociales, así como para su cálculo.

En conclusión, todos los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social persiguen una doble finalidad: de una parte, garantizar a los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la UE, que se considere la actividad desempeñada en otro Estado miembro, a los efectos de adquisición y conservación de derechos en materia de Seguridad Social; de otra parte, determinar la legislación aplicable en materia de seguridad social, en caso de prestar servicios en cualquier Estado miembro de la UE.

II. NORMATIVA SOBRE SEGURIDAD SOCIAL EN EL REINO DE ESPAÑA

Teniendo en cuenta que el artículo 4 del Reglamento (CE) 883/2004 consagra la “Igualdad de trato”, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, a los efectos de determinar el régimen de Seguridad Social aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la UE que residan y trabajen en España, resulta necesario acudir a nuestra normativa nacional reguladora de la materia, por ser de aplicación en iguales términos a aquellas personas.

A. Concepto de Seguridad Social y marco normativo

La Constitución Española (en adelante CE), en su artículo 41, garantiza el derecho de “todos” los ciudadanos a una Seguridad Social pública⁴⁹. En desarrollo de este mandato constitucional, nuestro ordenamiento jurídico ha venido actualizando la normativa de seguridad social, de manera que el Texto Refundido de la versión actualmente vigente de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), fue aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015⁵⁰, de 30 de octubre, texto que constituye legislación básica estatal promulgada al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.17^a CE, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la propia LGSS⁵¹.

49. La literalidad del precepto dice: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. Al emplear el término “ciudadanos” la propia CE no establece que sus destinatarios deban ser exclusivamente los trabajadores por cuenta ajena. En el mismo sentido, Suárez Corujo, B.: “Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Temas Laborales*, núm. 94, 2008, p. 237 y ss.

50. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

51. Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social la tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 21.

Conforme a lo establecido en el artículo 2.2 LGSS, podemos definir la Seguridad Social como el Sistema arbitrado por los poderes públicos para garantizar a las personas incluidas en su ámbito, y a sus familiares y asimilados, la protección adecuada frente a las contingencias y situaciones legalmente previstas, de acuerdo con los requisitos fijados por el legislador.

Doctrinalmente es definida por algún autor⁵², como “conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables”. Considera el autor que tales medidas públicas persiguen la protección general de todos los residentes ante situaciones de necesidad –garantizando así un nivel mínimo de rentas-.

B. Regímenes de la Seguridad Social

Los Regímenes de la Seguridad Social constituyen, junto a las contingencias protegidas y a las prestaciones previstas, los elementos esenciales configuradores del sistema (art. 9 LGSS). En lo que concierne a éstos, cabe distinguir entre el Régimen General y los Regímenes Especiales. El primero comprende a los trabajadores por cuenta ajena de la industria y de los servicios, así como a los asimilados a ellos⁵³. Por su parte, los Regímenes Especiales vienen relacionados con aquellas actividades en las que, por su naturaleza, las condiciones de tiempo y lugar en que se desarrolla la prestación laboral o la índole de los procesos productivos, se precisa una regulación propia. El más característico de estos Régimen Especiales es el de los trabajadores por cuenta propia o autónomos⁵⁴.

Junto a estos Regímenes, la LGSS prevé la existencia de determinados sistemas especiales, caracterizados por presentar ciertas peculiaridades, únicamente en materia de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación⁵⁵.

III. RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

La economía social se define en el artículo 2 de la Ley 5/2011⁵⁶, de 29 de marzo, como un conjunto de actividades económicas y empresariales que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que persiguen, bien el interés general económico, bien el interés general social, o ambos intereses, de conformidad con los específicos principios

52. Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1997.

53. Véanse artículos 9.1.a) y 136 LGSS.

54. Véase el artículo 10.2. LGSS que califica como Regímenes Especiales los que encuadren a: a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos; b) Trabajadores del mar; c) Funcionarios públicos, civiles y militares; d) Estudiantes; e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial [...].

55. Artículo 11 LGSS.

56. Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social (BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011).

recogidos en el propio texto de la Ley, los cuales tienen por objeto promover y desarrollar las empresas de la economía social en España.

A. Las sociedades cooperativas: aspectos generales

La sociedad cooperativa (en adelante S. Coop.) se configura como una actividad o una iniciativa de emprendimiento bajo fórmulas de la economía social, la cual ha sido concebida constitucionalmente como una herramienta encaminada a facilitar la participación de los trabajadores en la empresa, es decir, un modelo clave de emprendimiento colectivo⁵⁷. Se define la S. Coop.⁵⁸ como una sociedad de estructura y funcionamiento democrático, integrada por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la satisfacción de necesidades comunes mediante el desarrollo de una actividad empresarial, “conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional”⁵⁹.

Tales sociedades son susceptibles de clasificarse con arreglo a muy diversos criterios, entre ellos el más importante es el que distingue entre las de primer y segundo grado⁶⁰. Las cooperativas de primer grado son aquellas que se integran por un número de socios ordinarios no inferior a tres, mientras que las de segundo grado se caracterizan porque deben comprender, al menos, dos S. Coop. como socios, es decir, que son una cooperativa de cooperativas. Pueden adquirir la condición de socio en atención a la actividad cooperativizada, las personas físicas, las personas jurídicas ya sean públicas o privadas y las comunidades de bienes⁶¹, debiéndose concretar estatutariamente los requisitos necesarios para alcanzar la condición de socio⁶².

Cabe destacar que las S. Coop. con domicilio social en una Comunidad Autónoma y que realicen su actividad cooperativizada con carácter principal dentro de su ámbito territorial, estarán sometidas a la Ley de Cooperativas, en su caso promulgada por dicha comunidad⁶³.

57. Tal y como dispone la Constitución española en su artículo 129.2.

58. Véase el artículo 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999).

59. Los valores éticos que dan vida a los principios cooperativos formulados por la alianza cooperativa internacional, especialmente en los que encarnan la solidaridad, la democracia, igualdad y vocación social tienen cabida en la nueva Ley que los consagra como elementos indispensables para construir una empresa viable con la que los socios se identifican al apreciar en ella la realización de un proyecto que garantiza su empleo y vida profesional. Exposición de motivos, cuarto párrafo, de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

60. El artículo 6 clasifica las sociedades cooperativas de primer grado: las de trabajo asociado; de consumidores y usuarios; de viviendas; agroalimentarias; de explotación comunitaria de la tierra; de servicios; del mar; de transportistas; de seguros; sanitarias; de enseñanza y las de crédito.

61. Véase artículo 12.1 de la Ley 27/1999.

62. Artículo 12.2 de la Ley 27/1999. En relación con la separación de la sociedad cooperativa de los socios disidentes, si bien respecto de la anterior Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (actualmente derogada), en la STS 26/2008 (Sala de lo Civil) de 25 de enero de 2008 (núm. rec. 5327/2000), FJ segundo, párrafos segundo y cuarto, el Tribunal rechaza esta argumentación y desestima el motivo. No obstante, estima la casación, motivos 4º y 5º, FJ quinto, estableciendo que los socios, se obligaron conforme a los mismos, siendo en dichos estatutos donde se introduce la obligación de permanencia mínima de cinco años, por lo que habrá que estar a dicha obligación desde dicho momento, y sin que quepa hablar aquí de socios que lo eran de la SAT y socios que no, pues en ningún momento se hace distinción alguna de tipos de socios a efectos de aplicación o no de tal pacto de permanencia.

63. Para el supuesto, por ejemplo, de una Sociedad Cooperativa con domicilio social en la Región de Murcia y

En cuanto a sus estatutos, se redactan por los promotores constituyentes de la misma, estableciéndose en ellos las normas de organización y funcionamiento de la S. Coop., así como el régimen jurídico de los socios. Su modificación es competencia de la Asamblea General. Toda cooperativa puede redactar un Reglamento de Régimen Interno –de funcionamiento–, como conjunto de reglas que regulen las relaciones internas de la sociedad. Finalmente, la escritura pública de constitución deberá ser otorgada por las personas designadas por la Asamblea Constituyente, salvo que previamente lo hubiera sido por la totalidad de los promotores. Los estatutos serán incorporados a la escritura de constitución, y una vez constituida la S. Coop., ésta deberá ser inscrita como tal en el Registro de Sociedades Cooperativas establecido a tal efecto⁶⁴.

B. Elementos personales de las sociedades cooperativas: trabajadores por cuenta ajena y socios

Las cooperativas de trabajo asociado (CTA) constituyen una de las modalidades específicas de las sociedades cooperativas, acaso la más vinculada al mundo del trabajo y la economía social. Se definen éstas en atención a la finalidad perseguida, que no es otra que la de “proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros”. Este tipo de cooperativa realiza una actividad empresarial, para cuyo desarrollo se precisa de una “organización productiva y económica de bienes propios susceptibles de una explotación diferenciada y de ofrecer bienes y servicios al mercado [...] participación democrática de los socios trabajadores en las tomas de decisiones importantes, que deben ser adoptadas por la Asamblea General de socios como expresión democrática”⁶⁵. Sus medios personales comprenden al conjunto de personas que prestan servicios para ella, entre las que cabe mencionar trabajadores por cuenta ajena contratados por la cooperativa, socios trabajadores, socios colaboradores, socios de trabajo y socios en situación de prueba.

que realicen su actividad cooperativizada con carácter principal dentro de su ámbito territorial, estarán sometidas a la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de sociedades cooperativas de la Región de Murcia (BORM núm. 282, de 7 de diciembre de 2006). Ello en virtud del artículo 10.1.23 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia aprobado mediante la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio (BOE núm. 146, de 19 de junio de 1982), modificada por Leyes Orgánicas 1/1991, de 13 de marzo; 4/1994, de 24 de marzo; 1/1998, de 15 de junio, que confiere a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de cooperativas; 7/2013, de 28 de noviembre, y 1/2021, de 15 de febrero. La Ley 22/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, modificó –sin tener consideración de reforma– la disposición adicional primera.

64. El registro de S. Coop. es un registro público, de carácter unitario para todo el territorio nacional, radica dentro del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Su carácter constitutivo de la inscripción registral de la S. Coop. le confiere naturaleza de registro jurídico [disponible en: https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-social/Regsociedades/index.htm] [Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2021].

65. Por todas STSJ de Galicia 72/2021 (Sala de lo Social) de 15 de enero de 2021 (núm. rec. 1177/2020), FD segundo.

Una referencia, aunque sea muy esquemática, de cada uno de estos tipos de vinculación o relación jurídica con la cooperativa, sugiere una división en dos grandes categorías: los trabajadores por cuenta ajena, y los socios según sus diferentes modalidades.

1. Trabajadores por cuenta ajena

Se trata de personas que prestan sus servicios retribuidos por cuenta de la CTA dentro de su ámbito de organización y dirección. Dado que se vinculan con la cooperativa mediante un contrato de trabajo en cualquiera de sus modalidades, quedarían encuadrados dentro del régimen general de la Seguridad Social⁶⁶, por aplicación de lo previsto en los artículos 7.1.a y 136.1 LGSS.

2. Socios

La Ley (estatal) de Cooperativas atribuye a la relación de los socios con la sociedad cooperativa un carácter meramente societario, por lo que dicha relación queda sujeta a la legislación sobre cooperativas y a lo dispuesto en sus estatutos y en su caso, en los reglamentos internos existentes.

Conforme a la figura de los Socios de trabajo⁶⁷, y dado que en el presente trabajo nos ocupamos concretamente de las CTA, hemos de resaltar que este tipo de socios no existe en esta clase de cooperativas, si bien haremos alguna referencia a ellos, y en ese sentido hay que destacar que sustituyen al denominado «asociado» de la Ley anterior (Ley 3/1987)), y constituyen una clase especial de socios, en tanto que no son los ordinarios. En las S. Coop. de primer grado, que no sean CTA o de explotación comunitaria de la tierra, y en las de segundo grado, se admite este tipo de socio –socio de trabajo– siempre que así se establezca estatutariamente, y se trate de personas “físicas” cuya actividad cooperativizada consista en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa.

Estos “socios de trabajo” se sujetan en cuanto a su régimen jurídico a las normas establecidas para los socios trabajadores de las CTA, con algunas salvedades, conforme establece el segundo párrafo del artículo 13.4 de la Ley. Así, los Estatutos fijarán los criterios que aseguren la equitativa y ponderada participación de estos socios –de trabajo– en las obligaciones y derechos de naturaleza social y económica. Su participación en las pérdidas se determinará en consideración a su prestación de trabajo, imputándose en primer término tales pérdidas al fondo de reserva y, en segundo término a los socios usuarios⁶⁸, de modo que se garantice a los socios de trabajo una

66. Los efectos de las altas indebidas se regulan en el artículo 60 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1996).

67. Véase artículo 13.4 de la Ley 27/1999.

68. Se definen los usuarios como “personas físicas beneficiarias de dichas prestaciones”. Sánchez Bárcena, G.: “Cooperativas de impulso empresarial: el caso concreto de Smart Ibérica de impulso empresarial S. Coop. And.”, en Fajardo García, G. (coord.): *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social*, CIRIEC-España, Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, Valencia, 2015, p. 232.

compensación mínima equivalente al 70% de las retribuciones satisfechas en la zona por igual trabajo, sin que pueda ser inferior, en ningún caso, al importe del salario mínimo interprofesional. Cuando los Estatutos prevean un período de prueba para los socios de trabajo, éste no procederá si el nuevo socio llevase en la cooperativa como trabajador por cuenta ajena, al menos el tiempo que corresponde al citado período.

Podemos distinguir pues, los siguientes tipos de socios con arreglo a dicha Ley estatal⁶⁹:

a) Socios trabajadores

La adquisición de la condición de socio queda supeditada legalmente al cumplimiento de ciertos requisitos. En primer lugar, conforme al artículo 13.5 se exige la aportación obligatoria al capital social que se determine conforme a los estatutos, así como el abono de la cuota de ingreso a que se refieren los artículos 46 y 52 de la misma Ley. En segundo lugar, se exige al socio participar en la actividad cooperativizada que desarrolle la cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria prevista en los estatutos, tal como se establece en la letra b del artículo 15.2. Hay que considerar, por tanto, como tales socios, a aquellas personas que, habiendo realizado la aportación económica al capital social fijado en los estatutos, participan en la actividad cooperativizada.

b) Socios colaboradores

Se define como tales a las personas físicas o jurídicas que contribuyen a la consecución del objeto social de la cooperativa, aunque sin participar en la actividad cooperativizada. La adquisición de la condición de socio colaborador exige la aportación fijada por la Asamblea General, la cual determinará la participación de estos socios en los derechos y obligaciones socio-económicos de la cooperativa. En esta clase de cooperativas se autoriza la existencia de socios colaboradores (art. 80.1 de la Ley).

Una vez efectuada por el socio colaborador la aportación económica antes referida, no le serán exigibles nuevas aportaciones de capital, si bien tampoco podrá participar en el desarrollo de las actividades cooperativizadas. Las aportaciones económicas de los socios colaboradores no pueden exceder del 45% del total de las que integran el capital social, así como el número de votos que corresponda a estos socios no podrá ser superior al 30% del total de los votos en los distintos órganos sociales de la cooperativa⁷⁰.

69. Se ha de reseñar que las Comunidades Autónomas tienen competencias exclusivas en materia de cooperativas. Por tanto, podrán establecer en el ejercicio de dichas competencias, los tipos de socios que consideren pertinentes.

70. STS 549/2018 (Sala de lo Social) de 18 de mayo de 2018 (núm. rec. 3513/2016), FD sexto, apartado cuatro, quinto párrafo: "Si a esto se añade la previsión contenida en ese mismo art. 14 de la Ley 27/1999, que limita el conjunto de los votos de los socios colaboradores, sumados entre sí, al treinta por ciento de los votos en los órganos sociales de la cooperativa, se comprende fácilmente la acertada conclusión a la que llegó la sentencia de instancia cuando afirma que tan solo cuatro personas sobre un total de 119 socios de la cooperativa disponen de la inmensa mayoría de los votos, lo que les permite decidir sobre la gestión de la cooperativa sin ninguna incidencia decisiva del grupo mayoritario de socios colaboradores, en clara demostración del uso fraudulento de esa forma societaria".

Por lo que se refiere al régimen de su responsabilidad, se establece en los números 3 y 4 del artículo 15, siendo esta limitada al valor de su aportación y extensible, en caso de baja del socio, a los cinco años posteriores a su baja.

c) *Socios en situación de prueba*

En las CTA la admisión de un nuevo socio, si así se dispone en los Estatutos, podrá ser a prueba. El periodo de prueba no puede en ningún caso exceder de 6 meses, si bien la duración de este periodo es susceptible de reducción o supresión por mutuo acuerdo entre las partes, conforme al artículo 81 de la Ley. De manera que corresponde al Consejo Rector de la Cooperativa determinar la duración concreta del periodo de prueba.

No obstante a lo anterior, en el caso de puestos de trabajo para cuyo desempeño se exija especiales condiciones profesionales, el periodo de prueba podrá ampliarse hasta un total de 18 meses.

C. Régimen de afiliación a la Seguridad Social de los socios

El artículo 14 de la LGSS determina, bajo la rúbrica “Socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas”, el Régimen de Seguridad Social al que quedarían adscritos los socios de las CTA⁷¹. En los Estatutos se podrán prever tres modalidades de afiliación de los socios: en primer lugar, las asimilaciones de los socios a los trabajadores por cuenta ajena, encuadrándose en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS); en segundo lugar, su asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, encuadrándose en alguno de los regímenes especiales previsto para esta clase de trabajadores; en tercer lugar, su consideración como trabajadores por cuenta propia, encuadrándose en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA). La opción contemplada en los Estatutos solo podrá ser modificada de conformidad con las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en virtud de su potestad constitucional conforme al artículo 97 CE que regula la potestad reglamentaria del gobierno.

Por excepción, los socios trabajadores de las S. Coop. de explotación comunitaria de la tierra y los socios de trabajo se asimilan a los trabajadores por cuenta ajena, a los efectos de su encuadramiento en el RGSS. Para el caso de que los socios desarrollen otro tipo de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, nos encontraríamos en un supuesto de pluriempleo⁷² o de pluriactividad⁷³.

71. Según la STS (Sala de lo Social) de 17 de diciembre de 2001 (núm. rec. 244/2001), FJ quinto, “[e]videncia la simple lectura de estos preceptos que la prestación de servicios a terceros es la razón de ser de estas entidades y que tal actividad está reconocida y amparada por la Ley que incluso la promociona”.

72. Se define en el artículo 148.2 LGSS pluriempleo como la situación de quien trabaje en dos o más empresas distintas, en actividades que den lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen General.

73. Véanse los artículos 49 y 313 LGSS. Comprende los supuestos en los que un trabajador autónomo presta sus servicios por cuenta ajena, quedando encuadrado tanto en el RETA como en el RGSS.

Siguiendo la doctrina marcada por la STC 39/1992 de 30 de marzo, y conforme a la STS de 20 de abril de 1993 (núm. rec. 1730/1992), FJ 2º, la pluralidad de actividades en distintos Regímenes no es objeto de este tratamiento integrado, por lo que, en principio, las cotizaciones independientes pueden generar prestaciones independientes

En definitiva, se deja al libre arbitrio de la S. Coop. optar por el régimen de Seguridad Social que considere más oportuno, esto es, el RGSS, el RETA o Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (RETM)⁷⁴, pudiendo cambiar de régimen cada cinco años. Se ha de resaltar que esta facultad de libre elección no se reconoce a otras entidades de economía social a las que la Ley confiere expresamente tal carácter, como por ejemplo a los Centros Especiales de Empleo o a las Empresas de Inserción.

Teniendo en cuenta que la protección contributiva de la Seguridad Social conlleva un tratamiento diferenciado, conforme a la elección del régimen de cotización por el que opten los socios de la CTA, ha sido notable la evolución progresiva de la cobertura en las contingencias profesionales por cese de actividad⁷⁵ –protegido mediante prestación por desempleo– y por formación profesional, ello con el objetivo último de suprimir las desigualdades de protección social⁷⁶, entre los trabajadores autónomos y los trabajadores por cuenta ajena⁷⁷.

La finalidad de la acción protectora de la prestación por desempleo⁷⁸ es la de posibilitar unos ingresos a aquellos socios que finalizan su actividad laboral por el cese de trabajo remunerado. De manera que el encuadramiento elegido estatutariamente por los socios trabajadores de la CTA marcará el alcance de la cobertura de la acción protectora⁷⁹. El desempleo al que tendrán derecho los socios trabajadores encuentra su regulación actual en los artículos 2 y 3 del RD 1043/1985⁸⁰ de 19 de junio.

[...]. Este principio de separación de las cotizaciones determina que las bases de cotización a los distintos regímenes no puedan sumarse para integrar la base reguladora, porque cada régimen conoce el derecho a las prestaciones de acuerdo con sus propias normas y teniendo únicamente en cuenta las cotizaciones realizadas al mismo sin que proceda aplicar las reglas del artículo 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, sobre cómputo recíproco de cotizaciones, ni las que derivarían de una situación de pluriempleo; Blasco Lahoz, J. F.; López Gandía, J. y Mompaler Carrasco, M. A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 138; Pumar Beltrán, N.: *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2001, p. 162.

74. Véase el artículo 2 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2015).

75. Tárraga Poveda, J.: “La protección social del trabajador autónomo”; en Luján Alcaraz, J. (dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

76. Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2011). En el primer párrafo del preámbulo la norma aspira a la equiparación [del nivel de protección social para el trabajador autónomo] con el que disfrutaban los trabajadores por cuenta ajena.

77. Blasco Lahoz, J. F.: “La prestación por cese de actividad en el RETA a partir de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre”, *Lex Social*, núm. 2, 2015, p. 203.

78. Véase la disposición adicional única del Real Decreto 1278/2000, de 30 de junio, por el que se adaptan determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas (BOE núm. 173, de 20 de julio de 2000), recoge la acción protectora, períodos de cotización y cálculo de la base reguladora de las prestaciones [que] [...] también será de aplicación a los socios de trabajo a tiempo parcial de las sociedades cooperativas”.

79. Sobre el derecho a la protección por desempleo de los socios trabajadores de la CTA, véase STS 752/2020 (Sala de lo Social) de 10 de septiembre de 2020 (núm. rec. 1181/2018).

80. Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985). En suma, en virtud del artículo 1 del citado Real Decreto, “Los socios trabajadores de CTA, incluidos en el régimen general de la Seguridad Social o en alguno de los regímenes especiales que protegen la contingencia de desempleo, que reúnan los requisitos exigidos en el artículo quinto de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, tendrán derecho a las prestaciones por desempleo previstas en la misma, en las condiciones establecidas en la presente disposición”

Posteriormente, el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero⁸¹ extendió a los socios de las CTA las situaciones de protección por desempleo en los supuestos de cese en la prestación de trabajo con carácter no definitivo (cese temporal)⁸², alcanzando también a los aspirantes a socios –a prueba– que no concluyan el proceso⁸³.

Por lo que se refiere al marco normativo específico de las prestaciones por desempleo, resulta preciso señalar que ya la Ley 3/1987⁸⁴, de 2 de abril, General de Cooperativas (que fuera sustituida por la Ley 27/1999), consolidó la integración general de los socios trabajadores de las CTA en el sistema de Seguridad Social⁸⁵, cuyo desarrollo posterior llevó a cabo el actualmente derogado Real Decreto 225/1989⁸⁶, de 3 de marzo, regulador de tales condiciones de incorporación al sistema de la Seguridad Social.

Adviértase que el Real Decreto Legislativo 1/1994⁸⁷, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS/1994), reprodujo en su disposición adicional cuarta el mismo texto que establecía en su disposición adicional cuarta la Ley 3/1987, de 2 de abril, en estos términos: “Los socios trabajadores de las Cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes: a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad. b) Como trabajadores autónomos en el Régimen

81. Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada (BOE núm. 42, de 17 de febrero de 1996).

82. Cervilla Garzón, M. J.: *La protección por cese de actividad para los autónomos independientes: cese protegido, ámbito subjetivo y dinámica de la prestación*, Bomarzo, Albacete, 2013; Cavas Martínez, F.: “La protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, vol. 3, núm. 15, 2010, pp. 11-22.

83. Véase el artículo 267.1.d) LGSS ya que no cabe excluir a los socios trabajadores en situación legal de desempleo cíclico estacional debido a la inactividad. Por lo tanto, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores “[d]urante los períodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas”.

84. Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (BOE núm. 84, de 8 de abril de 1987).

85. Véase el apartado primero de la disposición adicional cuarta de la Ley 3/1987, de 2 de abril, estableciendo que “Los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo Asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la Cooperativa entre las modalidades siguientes:

a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas Cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.

b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente.

Las Cooperativas ejercerán la opción en los Estatutos, y sólo podrán modificar la opción en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca”.

86. Real Decreto 225/1989, de 3 de marzo, sobre condiciones de incorporación al sistema de la Seguridad Social de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado (BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1989). Véase el artículo 1, según el cual “[...] La opción, que deberá alcanzar a todos los socios trabajadores de la Cooperativa, deberá ejercitarse en los Estatutos [...]”; así como el artículo 2, en el que se indica que “Una vez producida la incorporación al Régimen de Seguridad Social correspondiente [...] les será de aplicación en su integridad las normas reguladoras del respectivo Régimen, en los mismos términos y condiciones que rijan para el común de los colectivos que formen parte del campo de aplicación del mismo”. Esta disposición fue derogada por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

87. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994), disposición actualmente derogada. Para el desarrollo de la opción previa al alta de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, el artículo 8 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Especial correspondiente. Las cooperativas ejercerán la opción en los Estatutos, y sólo podrán modificar la opción en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca”.

Por su parte, el artículo 330 de la actual LGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015) regula los requisitos para el nacimiento del derecho a la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, estableciendo en su artículo 1 apartado c) tal derecho a la protección, cuando los trabajadores autónomos se hallen “en situación legal de cese de actividad, [y suscriban] el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300 [además de] acreditar activa disponibilidad [...]”⁸⁸.

La finalidad de la acción protectora de prestación⁸⁹ por desempleo es la de posibilitar unos ingresos a aquellos socios trabajadores que finalizan su actividad laboral por el cese de actividad. El encuadramiento elegido estatutariamente por los socios trabajadores de la CTA marcará el alcance de la cobertura de la acción protectora.

El legislador en el marco analizado deja latente una clara diferencia entre la prestación por desempleo del trabajador por cuenta ajena y la específica prestación por cese de actividad⁹⁰ del trabajador autónomo –denominada cese de actividad–, aunque también revela algunas similitudes. Esta simetría, más aparente que real, es una cuestión relevante en el caso de que proceda determinar la aplicación de las disposiciones que contemplan los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009 de desarrollo del mismo, en virtud del nacimiento de la prestación por cese de actividad⁹¹, igualmente aplicable a la prestación por desempleo.

Dado que el socio trabajador o socio cooperativista puede encuadrarse en el régimen especial de trabajadores autónomos, resulta de especial interés analizar una problemática que se suscita en relación a la aplicación los Reglamentos comunitarios en cuanto a la coordinación de las prestaciones por cese de actividad.

88. En el apartado 2 del mismo artículo se lo reconoce a los trabajadores autónomos –con trabajadores a su cargo– y/o que ejerzan su actividad profesional conjuntamente con otros, que cuando concurren alguna causa de las señaladas en el artículo 331.1 LGSS, previo al cese de la actividad, se deberá garantizar “el cumplimiento de las garantías, obligaciones y procedimientos regulados en la legislación laboral”.

89. Véase disposición adicional única del Real Decreto 1278/2000, de 30 de junio, por el que se adaptan determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas (BOE núm. 173, de 20 de julio de 2000), recoge la acción protectora, períodos de cotización y cálculo de la base reguladora de las prestaciones que [...] también será de aplicación a los socios de trabajo a tiempo parcial de las sociedades cooperativas”.

90. Conforme al artículo 335 de la LGSS podemos discernir los supuestos que consideran a los socios trabajadores de CTA en situación legal de cese de actividad. Un primer supuesto es la interrupción definitiva o temporal en la actividad desarrollada por la S. Coop. y consecuentemente la extinción en la prestación de trabajo, perdiendo los derechos económicos de la prestación cuando concorra alguna de las siguientes causas: a) Por expulsión impropia, debiendo notificar el acuerdo de expulsión; b) Por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor. Supuesto que no requerirá el cierre al público del establecimiento cuando el cese de actividad no sea total; c) Baja de la CTA por extinción del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada previa Certificación del Consejo Rector u órgano de administración correspondiente; d) Por causa de violencia de género –en las socias trabajadoras– señalando en la declaración la fecha en la que se produce el cese o la interrupción su prestación de trabajo en la CTA; e) Por pérdida de licencia administrativa de la cooperativa.

Un segundo supuesto alcanza a los aspirantes a socios, que, no superen el período de prueba, cesando su prestación de trabajo, o bien, por decisión unilateral del Consejo Rector, o por el órgano de administración correspondiente de la CTA. Véase el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre que regula en su artículo 10.2 que regula las situaciones legales de cese de actividad de los socios trabajadores y aspirantes a socios en periodo de prueba de las CTA.

91. Sánchez-Rodas Navarro, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 144.

D. Cese de actividad

1. Marco normativo

La prestación por cese de actividad se incorporó al sistema de la Seguridad Social por primera vez mediante la Ley 32/2010, que fue objeto de posterior desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1541/2011. Su regulación actual figura en el Título V del Texto Refundido de la LGSS, que dedica específicamente su artículo 335 a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

En este sentido, procede recordar que en el año 1951 la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS) incorporaba en los temas básicos de estudio la protección social del trabajador autónomo, instando a los gobiernos a la protección de este colectivo. En la misma línea, la OIT elaboró la Recomendación núm. 67/1944 sobre la seguridad de los medios de vida, reconociendo en su artículo 21 que “[...] Los trabajadores independientes deberían estar asegurados contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en las mismas condiciones que los asalariados [...]”

La Unión Europea recogió el criterio de protección social, en lo que se refiere a los trabajadores autónomos y a sus cónyuges, en la Directiva 86/613/CEE y, dado que no ha sido muy eficaz y su ámbito de aplicación, la misma debió reconsiderarse, pues la discriminación por razón de sexo y el acoso también se producen al margen del trabajo asalariado, y se deroga por la Directiva 2010/41/UE⁹², y la Recomendación del Consejo de 18 de febrero⁹³ relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos.

2. La asimilación de la prestación por cese de actividad a la prestación por desempleo

El principal problema que se suscita para la aplicación de los Reglamentos comunitarios viene determinado por la asimilación o no de la prestación por cese de actividad a la prestación por desempleo. Entre ambas es claro que median ciertas similitudes y diferencias, pese a que el legislador ha tratado sin éxito de establecer una clara distinción entre ellas. Esta eventual asimilación a la prestación por desempleo adquiere notable relevancia, toda vez que los aludidos Reglamentos prevén su plena aplicación a la prestación por desempleo sin referirse a la de cese de actividad.

92. Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (DOUE núm. 180, de 15 de julio de 2010). Véase su artículo 7 bajo la rúbrica Protección social, establece que “Cuando en un Estado miembro exista un sistema de protección social de los trabajadores autónomos, ese Estado miembro tomará las medidas necesarias para asegurarse de que los cónyuges y las parejas de hecho –de los trabajadores autónomos, que no sean empleados o socios, que participen de manera habitual en las actividades del trabajador autónomo, efectuando las mismas tareas o tareas auxiliares–, puedan disfrutar de protección social con arreglo al Derecho nacional; Los Estados miembros podrán decidir si la protección social mencionada en el apartado 1 se aplica de forma obligatoria o voluntaria”.

93. Recomendación del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos (DOUE núm. 53, de 28 de febrero de 2003).

Tomando en consideración su finalidad, ambas prestaciones se encaminan a paliar la falta de ingresos sobrevenida por consecuencia de la pérdida involuntaria de un trabajo por cuenta ajena, o por el cese involuntario de la actividad por cuenta propia. En ambos supuestos, pues, el elemento común es la involuntariedad de la situación sobrevenida, lo que explica que en los dos casos se exija tanto la suscripción de un compromiso de actividad, como la acreditación de disponibilidad para reincorporarse al mercado de trabajo⁹⁴.

Es por ello que el artículo 330⁹⁵ de la LGSS recoge una expresa remisión al artículo 300⁹⁶ del mismo texto legal, en el que se hace mención del compromiso y acreditación antes enunciados, en lo que se refiere al reconocimiento del derecho a la prestación por cese de actividad.

De igual modo, en los dos supuestos se exige un periodo previo de cotización para el nacimiento del derecho a la prestación, resultando en uno y otro sustancialmente idéntica la cotización previa mínima necesaria. También es coincidente en ellos la exigencia de inscripción del beneficiario como demandante de empleo ante el Servicio Público de Empleo Estatal, el periodo de percepción de la prestación, y el contenido de la acción protectora, con abono de las cotizaciones durante el periodo de percepción de la prestación, exigencias todas ellas que conforman un conjunto de medidas orientadas a la reinserción laboral.

Desde el lado de las diferencias, la principal entre ambas prestaciones viene determinada por la condición del beneficiario, ya que en el caso del trabajador por cuenta ajena nos encontramos ante una relación laboral que determina su encuadramiento en el régimen general, mientras que, por el contrario, el trabajador autónomo queda al margen de la legislación laboral y se encuadra en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social (RETA).

94. Trillo García, A. R.: Compromiso de actividad, búsqueda de empleo en la Unión Europea y protección por desempleo" en Ramírez Bendala, M. D. (dir.): *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, Murcia. 2015, pp. 52-63.

95. Artículo 330 TRLGSS: Requisitos para el nacimiento del derecho a la protección. 1. El derecho a la protección por cese de actividad se reconocerá a los trabajadores autónomos en los que concurren los requisitos siguientes: [...] c) Encontrarse en situación legal de cese de actividad, suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300 y acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el servicio público de empleo de la correspondiente comunidad autónoma, o en su caso el Instituto Social de la Marina.

96. Artículo 300 TRLGSS: Compromiso de actividad. A los efectos previstos en este título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en el artículo anterior.

El Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo autonómicos requerirán a los beneficiarios de prestaciones por desempleo para que acrediten ante ellos, en la forma que determinen en el marco de la colaboración mutua, la realización de actuaciones dirigidas a su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad.

La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad. Para la aplicación de lo establecido en los párrafos anteriores el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.

3. La aplicación de los reglamentos de coordinación a las situaciones de cese de actividad

Las similitudes puestas de manifiesto entre la prestación por desempleo y la prestación por cese de actividad suscita la cuestión de si los Reglamentos de coordinación comunitarios en materia de seguridad social son aplicables en ambos casos. Necesariamente se ha de partir de la consideración de que las semejanzas mostradas entre ambas prestaciones en la legislación española no son argumentos suficientes para proclamar la aplicación indiscriminada de los referidos Reglamentos a ambas, por lo que resulta necesario un estudio más detallado de dichos Reglamentos a los efectos de resolver la cuestión suscitada. Así, las normas comunitarias de coordinación inicialmente se promulgaron con la finalidad de su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena, si bien el Reglamento (CEE) 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, extendió a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias las disposiciones del entonces vigente Reglamento (CEE) 1408/71. El actual Reglamento 883/2004 establece en su artículo 2 el ámbito de aplicación, refiriéndose a “las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”.

Bajo la denominación de “personas” se observa que el Reglamento alude a todo un amplio conjunto de sujetos, sin distinción entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, incluyendo a los apátridas y los refugiados. Por tanto, dado que la norma no limita expresamente su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena, hemos de concluir –a *sensu* contrario– que se incluyen en su ámbito de aplicación y quedan sujetos a sus disposiciones los trabajadores autónomos.

Resuelta la anterior cuestión, el problema que se plantea a continuación es determinar la aplicabilidad o no de los Reglamentos, en lo que se refiere a la prestación por cese de actividad de los socios trabajadores de la CTA. Y a ese respecto, el Reglamento (CE) 883/2004 enumera en su artículo 3.1 su ámbito de aplicación material, refiriéndose entre otras materias “a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social relacionadas con las prestaciones de desempleo”, en los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos. Siendo ello así, cabe recordar que la prestación por desempleo reviste dos modalidades en la legislación española sobre seguridad social: una modalidad contributiva, vinculada a la cotización, y una modalidad no contributiva, que es independiente (o no tiene en consideración) al tiempo cotizado. En su modalidad contributiva, ya pusimos de relieve que la contingencia protegida consiste en la pérdida involuntaria del trabajo por cuenta ajena y la prestación se encamina a suplir la falta de ingresos de ese trabajo. Y en su modalidad no contributiva, adopta la forma de subsidio por desempleo, que se concede atendiendo a la situación de vulnerabilidad económica de sus beneficiarios y es ajena –como se acaba de afirmar– a toda consideración sobre un periodo mínimo de cotización.

Volviendo por lo tanto al artículo 3.1 del Reglamento 883/2004, y como quiera que en el mismo no se menciona expresamente la prestación por cese de actividad, aunque si la prestación por desempleo (aludiendo literalmente el precepto a las que denomina prestaciones por desempleo), en este punto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia relativa al caso Siegfried Otte⁹⁷, considera a los efectos de resolver la cuestión, que se han de examinar los elementos constitutivos de la prestación, “[...] sus finalidades y los requisitos para su concesión para determinar si puede establecerse una relación suficiente entre dicha prestación y uno de los riesgos enunciados en dicha lista”. Y ello porque parte el Tribunal de la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004, y aquellas prestaciones incluidas a partir de los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no del hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional.

De igual modo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Knoch, determinó que, al margen de la relación propia de las diferentes legislaciones nacionales y sus aspectos puramente formales, habrán de considerarse equivalentes las prestaciones de la seguridad social si resultaran idénticos su objeto y su finalidad, así como su base de cálculo y los requisitos para su concesión. Por ello determina el Tribunal que revisten la misma naturaleza “[...] aquellas prestaciones por desempleo destinadas a sustituir el salario dejado de percibir por razón de la situación de desempleo con objeto de hacer frente a la manutención de una persona siempre y cuando las diferencias entre estas prestaciones, entre otras las relativas a la base de cálculo y a los requisitos de concesión, se deban a diferencias estructurales entre los regímenes nacionales”⁹⁸.

A tenor de lo expuesto, se ha de defender la plena aplicabilidad de los Reglamentos comunitarios de coordinación a las situaciones de cese de actividad, por concurrir en ellas las identidades a las que se aluden en esta última sentencia: naturaleza, fin, base de cálculo y requisitos de concesión. Y apoya esta afirmación lo previsto en el artículo 15.1.b) del Real Decreto 1541/2011 que prevé la suspensión del derecho a la prestación en los supuestos que concurren las siguientes circunstancias: de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o la realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea, admitiendo la exportación de prestaciones diferentes de la prestación por desempleo, como es el caso de la prestación por cese de actividad. E incluso el artículo 341 LGSS contempla de igual modo la extinción del derecho a la prestación por cese de actividad, en igual supuesto de traslado de residencia al extranjero, con aquellas excepciones que se determinen reglamentariamente.

97. STJUE de 11 de julio de 1996, asunto C-25/95, Siegfried Otte contra Bundesrepublik Deutschland, FD 23°.

98. STJUE de 8 de julio de 1992, asunto C102/91, Doris Knoch y Bundesanstalt für Arbeit, FD 45°.

Precisamente, al respecto de las prestaciones por desempleo se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo⁹⁹, confirmando en su sentencia respecto de una CTA –la cual había optado por el Régimen General de la Seguridad Social–, que un socio-trabajador de dicha cooperativa que se encontraba en situación legal de desempleo y había efectuado las correspondientes cotizaciones (no se había negado de contrario tal cotización) –incluidas las cuotas correspondientes a la contingencia de desempleo–, tenía derecho a la prestación por desempleo, pese a que la Entidad Gestora considerase que el trabajador no cumplía con el requisito del período de carencia, al entender dicha gestora que no podían computarse al efecto las cotizaciones realizadas por la cooperativa.

De manera que, si bien el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) manifestó que “no cabe computar tales cuotas en razón a que todos los socios de la cooperativa se hallan ligados por parentesco hasta el segundo grado y conviven en el mismo domicilio”, negando así la existencia de ajenidad en la relación de servicios del socio-trabajador con la cooperativa, el Tribunal Supremo deja sentado que el ordenamiento jurídico español, además de incluir en la protección de desempleo a los socios-trabajadores de CTA afiliados al Régimen general, “no lleva a cabo excepciones ni matizaciones en atención al porcentaje de sus participaciones, ni a circunstancias tales como su relación con el resto de los socios cooperativistas”¹⁰⁰.

Por lo tanto, no cabe albergar dudas acerca de que la norma se refiere a las sociedades de capital y no abarca a las cooperativas, pues en caso contrario resultaría incongruente con la posibilidad de que éstas tuvieran que optar por el Régimen General o el RETA, y además resultaría imposible cumplir con la regla que establece que la opción de la cooperativa se aplica a todos los socios, lo cual “impide que se diferencie a éstos en función del nivel de participación y de los vínculos de parentesco”. Piénsese –sigue diciendo el Tribunal Supremo– “en el supuesto en que en la cooperativa concurren socios con ligámenes familiares entre sí con otros que carezcan de ellos”.

Para confirmar la conclusión que antecede, la sentencia invoca el texto de la disposición adicional 27ª bis LGSS/1994, que fue añadida por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, donde se contempla a los socios trabajadores de sociedades laborales, los cuales, a diferencia de las CTA, deben quedar obligatoriamente incluidos, bien en el RETA, bien en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (como trabajadores por cuenta propia), siempre que “su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el cincuenta por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el

99. STS 752/2020 (Sala de lo Social) de 10 de septiembre de 2020 (núm. rec. 1181/2018).

100. La incidencia de este último elemento, que no resulta aplicable a los socios-trabajadores de las cooperativas que hubieren optado por el Régimen General, es contemplada en la disposición 27ª bis de la LGSS/1994. Por su parte, la disposición adicional 27ª se refiere al campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), en el que debe de integrarse quien preste servicios para una sociedad cuyo 50% del capital social esté distribuido “entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado” (ap. 1. 1º).

concurso de personas ajenas a las relaciones familiares”. Tal precisión normativa pone de manifiesto que, si el legislador hubiera querido incluir alguna excepción al respecto, lo hubiera hecho expresamente, y al no haber sido así, no cabe considerar excepción alguna para los socios-trabajadores de las cooperativas, pues con respecto a ellos en las disposiciones (adicionales) referenciadas no se recogen reglas especiales.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A nivel de la Unión Europea se han promulgado distintas normas que pretenden establecer unos mínimos de seguridad social uniformes para todos los Estados miembros de la Unión.

La legislación actual atribuye una amplia facultad a las S. Coop. en cuanto a la elección del Régimen de Seguridad Social en el que han de quedar encuadradas. Esta facultad debe hacerse efectiva en los estatutos de la sociedad, sin que sea susceptible de variación posterior, salvo en los supuestos y con los requisitos reglamentariamente establecidos. La Ley permite optar entre el RGSS, el RETA o Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (RETM), lo que genera notable confusión e incertidumbre en cuanto al régimen de Seguridad Social aplicable a la sociedad cooperativa, creando situaciones dispares entre ellas. Además, se ha de destacar que las CTA se pueden utilizar para encubrir un trabajo por cuenta propia, mediante la simple elección del RGSS en los estatutos.

Suscitada la cuestión de si los Reglamentos comunitarios en materia de coordinación sobre Seguridad Social son aplicables a los socios-trabajadores de una CTA, en su condición de trabajadores autónomos respecto de las prestaciones por cese de actividad a las que tuvieran derecho, hemos de responder afirmativamente dada su equivalencia con las prestaciones por desempleo.

En mi opinión, en la actual situación pandémica –estabilizada– que aún no ha terminado, se podría recurrir al fomento de la internalización de las CTA para la creación de sinergias con el apoyo de las tecnologías, lo que permitiría conjugar la coordinación de la seguridad social y la recuperación de las economías de las empresas y, por ende, del Reino de España.

Bibliografía

- Alonso Olea, M.: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cívitas, Pamplona, 2001.
Alonso Olea, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Cívitas, Pamplona, 2002.
Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid 1997.
Alonso-Olea García, B.: *Derecho de los servicios públicos sociales*, Cívitas, Pamplona, 2012.
Alonso-Olea García, B.: “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002.
Blasco Lahoz, J. F.; López Gandía, J. y Mompaler Carrasco, M. A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007.

- Cavas Martínez, F.: "La protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos", *Revista Doctrinal Aranzadi*, vol. 3, núm. 15, 2010.
- Cervilla Garzón, M. J.: *La protección por cese de actividad para los autónomos independientes: cese protegido, ámbito subjetivo y dinámica de la prestación*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.
- Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M. J.: *Introducción al sistema jurídico internacional y de la unión europea*, Diego Marín, Murcia, 2014.
- Ojeda Avilés, A.: "La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.
- Pérez Pérez, M.: "Convenios Bilaterales sobre Seguridad Social Ratificados por España", *Relaciones Laborales*, núm. 85, 1990.
- Pumar Beltrán, N.: *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2001.
- Sánchez Bárcena, G.: "Cooperativas de impulso empresarial: el caso concreto de Smart Ibérica de impulso empresarial S. Coop. And.", en Fajardo García, G. (coord.): *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social*, CIRIEC-España, Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, Valencia, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson-Reuters Aranzadi. Cizur Menor, Navarra, 2014.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: *Sostenibilidad y protección social la tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Suárez Corujo, B.: "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", *Temas Laborales*, núm. 94, 2008.
- Tárraga Poveda, J.: "La protección social del trabajador autónomo"; en Luján Alcaraz, J. (dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.
- Tortuero Plaza, J. L.: "Técnicas de Aplicación de los Convenios Bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con los países de la Comunidad Económica Europea" en: AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en Homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- Trillo García, A. R.: "Compromiso de actividad, búsqueda de empleo en la Unión Europea y protección por desempleo" en Ramírez Bendala, M. D. (dir.): *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III)*, Laborum, Murcia, 2015.
- Van Raepenbusch, S.: *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.



El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo

THE FRAMING OF THE HEART ATTACK AS A WORK ACCIDENT IN TELEWORKING

Raquel Poquet Catalá

Profesora asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

raquel.poquet@uv.es 0000-0001-9606-8832

Recibido: 01.09.2021. Aceptado: 14.11.2021

RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis del accidente de trabajo en la modalidad de prestación de servicios de teletrabajo, especialmente, cuando se trata de un infarto. Para ello, se realiza un análisis de los elementos configuradores del concepto de accidente de trabajo, figura jurídica de construcción eminentemente jurisprudencial y judicial, para, posteriormente, analizar los parámetros constitutivos del infarto como accidente de trabajo, y su posibilidad de encuadre en el ámbito del teletrabajo, pues la LTD no ha sabido ofrecer una solución a estos conflictos jurídicos.

ABSTRACT

In this work, it is carried out an analysis of the work accident in the modality of teleworking services, especially when it is a heart attack. For this, it is realized an analysis of the elements that configure the concept of work accident, a legal figure of eminently jurisprudential and judicial construction, to later analyze the constitutive parameters of the heart attack as a work accident, and its possibility of framing it in the field of teleworking, as the LTD has not been able to offer a solution to these legal conflicts.

PALABRAS CLAVE

Accidente de trabajo
Infarto
Teletrabajo
Presunción de laboralidad
Persona teletrabajadora

KEYWORDS

Work accident
Heart attack
Teleworking
Labour presumption
Teleworking person

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO
 - A. Lesión corporal
 - B. Trabajo por cuenta ajena
 - C. Relación de causalidad
- III. EL INFARTO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO
 - A. Infarto ocurrido como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena
 - B. Infarto ocurrido en tiempo y lugar de trabajo
 - C. El estrés y el *burnout* como factores de riesgo
- IV. ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO
- IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL
 - Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido el concepto de accidente de trabajo, recogido en el artículo 156 LGSS, es una de las instituciones jurídicas que más litigiosidad ha conllevado, lo cual ha ido unido a una importante interpretación judicial y jurisprudencial.

La imprecisión del artículo 156 LGSS ha requerido de una necesaria interpretación por los órganos judiciales, lo que, a la postre, ha sido aprovechado para tratar de ofrecer una mayor protección jurídica a las personas trabajadoras.

La amplitud del concepto es tal que el Tribunal Supremo ha señalado que en la definición de dicha contingencia deben incluirse no solo “los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos, por cuanto estima como lesión el daño corporal procedente de herida, golpe, o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, comprendiéndose igualmente dentro de ese concepto de lesión no sólo el daño físico ocasionado en los tejidos sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico”¹.

En este contexto, la calificación de un infarto como accidente ha sido objeto de múltiples pronunciamientos, coincidiendo todos ellos en la premisa de que debe estarse a las concretas circunstancias del caso. Por tanto, la casuística es enorme y fundamental a la hora de determinar cuándo un infarto será considerado como accidente de trabajo o bien como enfermedad común.

Si a ello se añaden las nuevas formas de organización del trabajo, concretamente, el teletrabajo donde la LTD² guarda silencio absoluto sobre la consideración de los accidentes ocurridos en el domicilio de la persona teletrabajadora como accidente de trabajo, surgen nuevos interrogantes en relación con los accidentes ocurridos en nuestra nueva y, cada vez más emergente, modalidad de prestación de servicios. De

1. STS de 24 de febrero de 2014 (rec. núm. 2771/2013).
2. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

ahí, la necesidad de estudiar la posibilidad de conceptualizar dichos accidentes como accidentes de trabajo, y especialmente, por su frecuencia, los infartos.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Básicamente, el concepto de accidente de trabajo se ha mantenido inalterado desde la Ley de 30 de enero de 1900. Actualmente, como es sabido, el artículo 156.1 LGSS ofrece una conceptualización general del accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. El apartado 2 del mismo precepto contiene una enumeración de supuestos que son considerados accidente de trabajo tratando, por un lado, de precisar el contenido del mismo, y, al mismo tiempo, ampliando el ámbito de extensión y, por ende, de protección de este precepto. Y, por otro lado, el apartado 3, enumera aquellos casos en los que concurren unas circunstancias que impiden su calificación como accidente.

Si se analiza el concepto general de accidente de trabajo del artículo 156.1 LGSS, pueden extraerse tres notas configuradoras, que son: que exista un daño o lesión corporal, que lo sufra una persona trabajadora por cuenta ajena, y que exista una relación de causalidad entre el daño y el trabajo.

A. Lesión corporal

El artículo 156.1 LGSS hace referencia, de entrada, a “toda lesión corporal”. A primera vista, dicha definición lleva a pensar que debe producirse necesariamente una lesión física, producida, además, de forma súbita y violenta.

Sin embargo, ello no es así, pues esta institución jurídica también comprende aquellas enfermedades que puedan surgir de forma súbita en el lugar y tiempo de trabajo, que además gozan de presunción de laboralidad, así como aquellas enfermedades que, sin tener la condición de profesionales, derivan o sean consecuencia del trabajo, aun cuando su manifestación se produzca con posterioridad³.

Además, no sólo incluye la lesión física, sino también las lesiones o dolencias funcionales, sensoriales o psíquicas que deriven del trabajo. De hecho, el Tribunal Supremo definió ya en su momento el accidente “no con referencia a un suceso repentino más o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo de la lesión”, de forma que la enfermedad contraída en el desempeño de una determinada actividad laboral es constitutiva de accidente de trabajo, dejando sentada una doctrina judicial consolidada, de tal forma que el accidente de trabajo comprende no sólo las lesiones con manifestación externa, sino también aquel daño funcional, sensorial o psíquico de etiología laboral, como podría ser un infarto.

3. Romero Ródenas, M. J.: *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 32.

De ahí que, en primer lugar, además del daño físico, cabe entender incluido en esta definición aquellas enfermedades que se manifiestan de forma repentina en el trabajo, siempre que lógicamente, se produzcan en el tiempo y lugar de trabajo⁴. En este caso, el supuesto típico son los infartos, aspectos que se tratará con más detenimiento a continuación. En general, debe entenderse que el infarto producido en el tiempo y lugar de trabajo es constitutivo de accidente de trabajo, en base a la presunción de laboralidad del artículo 156.3 LGSS⁵, así como también aquella dolencia cardiovascular que tiene lugar fuera de dichos parámetros locativos o temporales, pero que queda acreditada la relación de calidad en base al artículo 156.1 LGSS⁶.

Como señala nuestro intérprete judicial, estas enfermedades de aparición súbita, especialmente coronarias, deben ser incluidas en el concepto de accidente de trabajo ex artículo 156 LGSS, por cuanto que “otra interpretación está basada en un concepto en declive y superado que asimila el accidente con traumatismo o confunde el de lesión, sin tener en cuenta que gramaticalmente se estima como lesión el daño corporal procedente de herida, golpe o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, comprendiéndose igualmente dentro de ese concepto de lesión no solo el daño físico ocasionado en los tejidos, sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico”⁷.

En segundo lugar, se incluyen también aquellas enfermedades de evolución lenta, pues ya en sus inicios el Tribunal Supremo reconoció que aquellas lesiones evolutivas que tuvieran como causa el trabajo debían ser consideradas accidente de trabajo, como lo fue la pérdida de visión de forma gradual debida a la intoxicación por plomo⁸.

De hecho, como indica expresamente el artículo 156.2 e) LGSS, aquellas enfermedades contraídas a consecuencia del trabajo, pero que no queden incluidas en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales, serán consideradas accidente de trabajo.

En tercer lugar, cabe hacer referencia también a aquellas enfermedades de evolución también progresiva, pero que no constituyen propiamente una lesión física, sino más bien una dolencia psíquica, pero cuya causa se halla en el trabajo. Tal es el caso del estrés, *mobbing* o *burnout*, entre otras, situaciones que, en principio, podrían ser consideradas como enfermedad común, pero que al tener conexión con el trabajo, deben ser incluidas en el artículo 156 LGSS. Concretamente, nos referimos,

4. Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F.: “Presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo (art. 115.3 LGSS)”, en AA.VV.: *Accidentes de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 165.

5. SSTS de 20 de octubre de 2009 (rec. núm. 1810/2008); de 27 de septiembre de 2007 (rec. núm. 853/2006); de 11 de junio de 2007 (rec. núm. 199/2006); de 22 de noviembre de 2006 (rec. núm. 2706/2005); de 20 de noviembre de 2006 (rec. núm. 3387/2005); de 30 de enero de 2004 (rec. núm. 3221/2002); de 13 de octubre de 2003 (rec. núm. 1819/2002); de 25 de noviembre de 2002 (rec. núm. 3221/2002).

6. SSTS de 20 de noviembre de 2006 (rec. núm. 3387/2005); de 8 de marzo de 2005 (rec. núm. 4330/2005); de 10 de abril de 2001 (rec. núm. 2200/2000).

7. STS de 18 de marzo de 1999 (rec. núm. 5194/1997).

8. STS de 17 de junio de 1903.

entre otras, al trastorno ansioso depresivo⁹, la crisis de ansiedad¹⁰, la depresión¹¹, la depresión reactiva por acoso¹², o el trastorno adaptativo¹³. No obstante, en estos casos, debe probarse de forma clara la conexión con el trabajo, de tal modo que si existe una patología psíquica previa, donde los problemas laborales actúan meramente como desencadenantes, no sería considerado accidente de trabajo.

En este contexto, cabe referirse, en cuarto lugar, a aquellas dolencias derivadas de riesgos psicosociales, especialmente, el *mobbing* o *burnout*. La doctrina judicial es pacífica en la consideración de que estas dolencias psicosociales deben ser consideradas accidente de trabajo. Así, incluso, se ha admitido la posibilidad de exigir el recargo de prestaciones de Seguridad Social ex artículo 164 LGSS, lo cual exige, previamente, la consideración del acoso moral como accidente de trabajo¹⁴. También quedan incluidas aquellas dolencias relacionadas con el desgaste personal, síndrome del quemado, o *burnout*, dolencia que se caracteriza por “falta o insuficiencia en la definición de tareas, desproporción entre funciones, responsabilidad y retribución, careciendo de margen de maniobra para modificar su situación personal poniendo en práctica sus ideas con respecto a cómo debe ser realizado su trabajo, cuyas manifestaciones se producen de forma larvada, produciendo cansancio, sentimiento de ineficacia, incompetencia”¹⁵, pues dicho síndrome constituye una afectación psicológica originada por y en el trabajo, esté o no producido por la existencia de hostigamiento o acoso laboral a la persona trabajadora, circunstancias en base a las cuales y tras un adecuado diagnóstico de dicho síndrome su calificación como accidente de trabajo queda fuera de dudas¹⁶. Asimismo, el acoso sexual y acoso por razón de sexo también son considerados como contingencia profesional, siempre que el nexo causal no se rompa, es decir, que quede acreditada la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento¹⁷.

9. SSTSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2008 (rec. núm. 58/2008); del País Vasco de 7 de octubre de 2008 (rec. núm. 1720/2008); de Extremadura de 1 de diciembre de 2005 (rec. núm. 579/2005).

10. SSTSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2013 (rec. núm. 4419/2003); del País Vasco de 27 de octubre de 2011 (rec. núm. 2239/2011); del País Vasco de 25 de enero de 2011 (rec. núm. 2788/2010); de Murcia de 9 de julio de 2007 (rec. núm. 807/2007); de Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 2005 (rec. núm. 624/2004).

11. SSTSJ Castilla y León de 10 de abril de 2003 (rec. núm. 315/2003); de Asturias de 20 de abril de 2012 (rec. núm. 718/2012); de Cataluña de 15 de septiembre de 2011 (rec. núm. 2824/2010); de Cataluña de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 827/2004); de Andalucía de 25 de junio de 2009 (rec. núm. 2409/2008).

12. STSJ de La Rioja de 6 de octubre de 2005 (rec. núm. 179/2005).

13. SSTSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2008 (rec. núm. 28/2008); de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2008 (rec. núm. 397/2007); de 19 de mayo de 2006 (rec. núm. 1209/2005); del País Vasco de 8 de abril de 2008 (rec. núm. 373/2008); del País Vasco de 28 de noviembre de 2006 (rec. núm. 2015/2006).

14. SSTSJ de Asturias de 14 de febrero de 2014 (rec. núm. 131/2014); de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2013 (rec. núm. 767/2013); de Cataluña de 6 de noviembre de 2008 (rec. núm. 4954/2008); de Castilla y León de 30 de octubre de 2008 (rec. núm. 509/2008); de Madrid de 16 de octubre de 2008 (rec. núm. 3013/2008).

15. STSJ de Castilla y León de 30 de octubre de 2008 (rec. núm. 509/2008).

16. SSTSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2007 (rec. núm. 3509/2007) y de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 827/2004).

17. SSTSJ de Cantabria de 23 de noviembre de 2006 (rec. núm. 919/2006) y de Cataluña de 11 de junio de 2004 (rec. núm. 1760/2003).

B. Trabajo por cuenta ajena

En segundo lugar, el artículo 156.1 LGSS exige que la persona trabajadora que sufre el accidente de trabajo lo sea por cuenta ajena.

Al respecto debe señalarse que en el inicial concepto legal de accidente de trabajo de la Ley de 30 de enero de 1900, la condición de “operario” se atribuía a “todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”, añadiéndose en el Reglamento que se mantiene tal condición de operario por la realización del trabajo “con remuneración o sin ella, a salario o a destajo, en virtud del contrato verbal o escrito”, incluyendo a los aprendices y dependientes de comercio. Por tanto, las notas que atribuyen el carácter de operario y que permiten la aplicación de dichas previsiones son la habitualidad, que sean trabajos manuales, que se presten fuera del domicilio y que se efectúen por cuenta ajena¹⁸.

Lógicamente, este concepto de persona trabajadora difiere de la actual configuración de persona trabajadora por cuenta ajena, pues en la actualidad, existen muchos trabajos no manuales, y, como es sabido, también se puede prestar el trabajo en el domicilio de la persona trabajadora.

De cualquier forma, debe indicarse que la previsión de la Ley de 30 de enero de 1900 no era de aplicación a todas las personas trabajadoras en la que concurrían dichas notas, sino que su ámbito de aplicación se limitaba prácticamente a los trabajos de industria, ya que contenía una cláusula de cierre que hacía referencia a “toda industria o trabajo similar no comprendido en los números precedentes”. Obviamente, el contexto de 1900 no era nada parecido al actual, donde priman otras modalidades de actividades no industriales, siendo el sector servicios el que engloba a un mayor número de personas trabajadoras.

Con posterioridad, esta conceptualización ha ido ampliándose, de tal modo que, con el Real Decreto 1273/2003¹⁹ las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas también quedan protegidas frente al accidente de trabajo.

De esta forma, quedan protegidas por esta contingencia las personas trabajadoras por cuenta ajena encuadradas en el Régimen General común de la Seguridad Social, esto es, aquellas que presten servicios bajo las condiciones del artículo 1.1 ET, es decir, personas trabajadoras con relación laboral vinculada por un contrato de trabajo, y donde concurren las notas configuradoras de la misma, esto es, ajenidad, dependencia, personal, libre y voluntario y remunerado, ya que “en la medida en que ese riesgo se vincula, precisamente, a la apropiación de la utilidad patrimonial de los frutos del trabajo y a la realización de este dentro del círculo de dirección del empresario, este último responde porque se beneficia del trabajo prestado y lo dirige”²⁰.

18. Romero Ródenas, M. J.: *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, ob. cit., p. 16.

19. Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

20. Desdentado Bonete, A.: “Comentario al artículo 115”, en Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M. N. (dirs.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p. 1097.

Asimismo, quedan protegidas aquellas personas trabajadoras por cuenta ajena con una relación laboral especial, tales como personal de alta dirección, personal al servicio del hogar familiar, internos que trabajen en talleres penitenciarios, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, representantes de comercio, o personal con discapacidad que presta servicios en centros especiales de empleo, entre otros.

De igual forma, no debe olvidarse tampoco al personal al servicio de la Administración Pública, con vinculación laboral o funcionarial, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, que mantiene la protección completa de todas las contingencias del sistema de Seguridad Social.

C. Relación de causalidad

El artículo 156 LGSS exige un tercer elemento sin el cual no será posible calificar al suceso como accidente de trabajo, cual es el nexo causal entre la lesión y el trabajo. El artículo 156 LGSS hace referencia a dicha relación considerando que puede existir de forma directa –“como consecuencia del trabajo” –, o de forma indirecta –“con ocasión del trabajo”–. La diferencia entre ambas formas de entender la relación de causalidad radica en que en el primer supuesto, estamos ante una verdadera causa del accidente, mientras que en el segundo caso, esto es, cuando lo es “con ocasión”, se describe una condición, una situación sin la cual el accidente no se puede producir²¹.

La relación indirecta de causalidad se caracteriza por la concurrencia de una circunstancia negativa y de una circunstancia positiva, consistiendo la primera en que los factores causantes del accidente no son inherentes al trabajo, mientras que la positiva se refiere al hecho de que el trabajo se erige en una condición sin la cual no se hubiese producido la exposición laboral a los agentes que provocan el accidente²².

El problema que surge en relación a este tercer elemento es su casuística, pues para acreditar la relación de causalidad, no opera la presunción del artículo 156.3 LGSS, de tal forma que corresponde la carga de la prueba a quien alega el carácter de accidente de trabajo. Además, cuando el accidente se produce en el lugar y tiempo de trabajo, la relación de causalidad, se presume por aplicación del artículo 156.3 LGSS, aunque dicha presunción admite prueba en contrario, de tal forma que podría ocurrir que no se califique como laboral si se acredita la inexistencia de relación de causalidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha recordado que “aunque en todas las ocasiones ha resaltado la necesidad de que entre el trabajo y la lesión que sufra el trabajador sea apreciable un nexo de causalidad afirmando en este sentido que no siempre el trabajo es la causa única y directa del accidente, pueden concurrir otras causas distintas, pero el nexo causal entre el trabajo y el accidente no debe estar ausente en ningún caso (...) las mayores dificultades surgen a la hora de precisar si concurre o no

21. SSTS de 24 de febrero de 2014 (rec. núm. 145/2013) y de 27 de febrero de 2008 (rec. núm. 2716/2006).

22. SSTSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2011 (rec. núm. 678/2008) y del País Vasco de 20 de septiembre de 2011 (rec. núm. 1776/2011).

este último factor, señaladamente cuando la lesión no se origina directamente por el trabajo desarrollado²³.

De esta forma, se ha considerado accidente de trabajo aquel que tiene lugar durante la pausa para comer en las dependencias de la empresa, esto es, fuera de la jornada de trabajo²⁴; en los actos de preparación de la comida²⁵; en el descanso entre la finalización de la jornada de mañana y el inicio de la jornada de tarde²⁶; o el de aquella persona trabajadora que prestaba servicios de mantenimiento en un tren turístico y sufre un ictus cuando se encontraba en el tren durmiendo, teniendo en cuenta que se pernoctaba en el mismo de forma habitual mientras prestaban servicios²⁷.

III. EL INFARTO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

Si pasamos a realizar un análisis más concreto del infarto como accidente de trabajo, como supuesto bastante probable en el ámbito del teletrabajo, cabe hacer referencia al infarto bajo el prisma del concepto general del artículo 156.1 LGSS, como así de la presunción de laboralidad del artículo 156.3 LGSS.

A. Infarto ocurrido como consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena

Tal y como se ha señalado, el artículo 156.1 LGSS exige que, para que pueda hablarse de un accidente de trabajo, que concurren tres elementos, tales como la lesión corporal, el trabajo por cuenta ajena y la relación de causalidad. Si aplicamos dichos elementos en relación con el infarto, cabe señalar lo siguiente.

En primer lugar, en referencia a la lesión corporal, esta alude a un daño corporal, pero también al efecto que lo produce, esto es, a la fuerza o agente lesivo²⁸, configurándose entre ambos un tercer elemento que presupone que ente los dos primeros existe una conexión causal que determina a la lesión como efecto de la fuerza lesiva²⁹. Es decir, se establece una causalidad interna entre la causa que la origina y la fuerza lesiva como efecto.

La fuerza lesiva, a diferencia de lo que sucede en el concepto general de accidente de trabajo, donde se relaciona con una acción súbita, violenta y exterior al organismo humano, esto es, un golpe o herida, en el infarto el deterioro lento también queda incluido. De hecho, el Tribunal Supremo ya manifestó en 1903³⁰ que la norma definió el accidente no “con referencia a un suceso repentino más o menos importante, sino

23. SSTS de 24 de enero de 2014 (rec. núm. 3179/2012) y de 9 de mayo de 2006 (rec. núm. 1932/2004).

24. SSTS de 27 de enero de 2014 (rec. núm. 3179/2012) y de 9 de mayo de 2006 (rec. núm. 2932/2004).

25. SSTSJ del País Vasco de 23 de abril de 2004 (rec. núm. 225/2004) y de Madrid de 27 de diciembre de 2004 (rec. núm. 4965/2004).

26. STSJ de las Islas Canarias de 23 de abril de 2007 (rec. núm. 196/2007).

27. STSJ de Asturias de 17 de abril de 2015 (rec. núm. 329/2015).

28. De la Villa, L. E. y Desdentado Bonete, A.: *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1977, p. 250.

29. Remigia Pellicer, V. D.: *Infarto y accidente de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 19.

30. STS de 17 de junio de 1903.

al hecho mismo constitutivo de la lesión". Por tanto, en cuanto a la fuerza lesiva, el concepto de lesión comprendía tanto la sufrida de forma violenta o repentina, como la insidiosa o lenta³¹. Y fue, finalmente, en 1933 cuando el Reglamento de 31 de enero hacía referencia ya a "lesiones orgánicas o funcionales del corazón (...) ocasionadas por acción mecánica del accidente".

De esta forma, se aceptó como fuerza lesiva desencadenante de un infarto de miocardio a un traumatismo³², puesto que si la aparición del infarto va habitualmente ligada a situaciones de esfuerzo o ansiedad, limitaba mucho su ámbito para ser conceptualizado como accidente de trabajo.

Por su parte, la "lesión corporal" a la que hace referencia el artículo 156.1 LGSS, es sinónimo, para un sector doctrinal³³, de herida, aunque con un significado más amplio al abarcar todo daño en el organismo causado por una herida o enfermedad, implicando siempre la lesión una anormalidad física o psíquica en el sujeto que lo padece, inclinándose por que el concepto de accidente viniera determinado por la producción de un daño.

En este caso, dicha lesión puede ver ocasionada por cardiopatías isquémicas que dan lugar a un infarto de miocardio. De hecho, la cardiopatía isquémica es una enfermedad común que no suele ser calificada como accidente de trabajo, salvo que desemboque en un infarto de miocardio, en cuyo caso la lesión del músculo cardíaco constituye una secuela debida a la cardiopatía isquémica y a las circunstancias laborales y sociales³⁴.

En referencia a la relación de causalidad entre la fuerza lesiva y la lesión, conlleva la necesidad de que entre dichos elementos exista una conexión de causa-efecto que determina que la lesión se produzca a consecuencia de la fuerza lesiva. Por tanto, no es suficiente con que la fuerza lesiva tenga lugar por el trabajo, sino que la lesión debe producirse por la fuerza lesiva.

Ello significa, pues, la necesidad de probar, por parte de la persona trabajadora, la existencia de un elemento desencadenante, ya sea el estrés³⁵ o una discusión en el trabajo.

En segundo lugar, se requiere que la prestación de servicios sea ejecutada por cuenta ajena. En este sentido, se aplica lo mismo que se ha indicado anteriormente

31. Remigia Pellicer, V. D., *Infarto y accidente de trabajo*, ob. cit., p. 21.

32. STS de 31 de octubre de 1955.

33. Hernainz Márquez, M.: "Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista de Derecho Privado*, 1945, p. 93.

34. STSJ Andalucía de 26 de mayo de 1994 (rec. núm. 786/1992).

35. STSJ Andalucía de 26 de febrero de 2020 (rec. núm. 2973/2018), que recuerda que "el término legal "tiempo de trabajo" contiene una significación más concreta, equivalente a la que se contiene en el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores y referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha estado realizando algún tipo de actividad o esfuerzo –físico o intelectual– que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada. Interpretación que, por otra parte, no constituye un rigorismo excesivo, desde el momento en que se trata de delimitar el alcance de una presunción legal, que, dadas las consecuencias que tiene a la hora de calificar un suceso o una enfermedad, debe tener unos límites lo más definidos posibles en aras a la seguridad jurídica de quienes participan en las relaciones de trabajo en que tales eventos ocurren".

en relación con la conceptualización de accidente de trabajo en general. Por lo que cabe remitirse a ello.

El tercer elemento es la relación de causalidad entre trabajo y fuerza lesiva. Coincide este requisito con el analizado en la definición de accidente de trabajo, pero debiéndose matizar que no es suficiente con que exista una relación entre trabajo y fuerza lesiva, sino que se requiere, además, como se ha indicado, una relación de causalidad entre fuerza lesiva y lesión. La relación de causalidad entre trabajo y fuerza lesiva implica que entre ambos debe existir una relación de causalidad, pero el segundo nexo causal supone que debe existir también una relación de causa-efecto entre la fuerza lesiva y la lesión que sufre la persona trabajadora.

B. Infarto ocurrido en tiempo y lugar de trabajo

El artículo 156.3 LGSS recoge una presunción de laboralidad del accidente de trabajo al establecer que se presumirá que “son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo”.

Esta presunción ha sido flexibilizada por la doctrina judicial, de tal forma que determinados casos de dificultad probatoria por aparición súbita y difícilmente asociables a una única causa son considerados como accidentes de trabajo, como es el caso de los infartos de miocardio ligados mínimamente a la actividad laboral.

Esta presunción es una de las manifestaciones más importantes de la potencialidad flexibilizadora del concepto de accidente de trabajo.

En este contexto, el infarto de miocardio durante el tiempo y lugar de trabajo es el supuesto que ha llevado a la doctrina judicial a ampliar la conceptualización de los infartos como accidente de trabajo, en busca de otorgar la máxima protección a las personas trabajadoras. Obviamente, para la aplicación de esta presunción se requiere la aportación de unos mínimos indicios de que está relacionado con el horario y lugar de trabajo³⁶.

En este sentido, se han admitido como accidente de trabajo las lesiones cardíacas, pues “no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral”³⁷, considerando así a la parada cardiorrespiratoria de origen central a resultas de una hipoxia cerebral³⁸, a la encefalopatía postanóxica por parada cardiorrespiratoria por FV primaria en el contexto de agina de pecho³⁹, al infarto de miocardio⁴⁰, a la angina de pecho⁴¹, al accidente cardiovascular activo con hemiparesia derecha⁴²,

36. STS de 23 de octubre de 2017 (rec. núm. 1081/2017).
37. STS de 14 de julio de 1997 (rec. núm. 892/1996).
38. STS de 11 de diciembre de 1997 (rec. núm. 1215/1997).
39. STS de 10 de abril de 2001 (rec. núm. 2200/2000).
40. SSTS de 24 de septiembre de 2001 (rec. núm. 3414/2000); de 28 de septiembre de 2000 (rec. núm. 3690/1999); de 23 de noviembre de 1999 (rec. núm. 2930/1998) y de 18 de marzo de 1999 (rec. núm. 5194/1997).
41. SSTS de 23 de julio de 1999 (rec. núm. 3044/1998) y de 14 de julio de 1997 (rec. núm. 892/1996).
42. STS de 4 de mayo de 1998 (rec. núm. 932/1997).

a la dolencia vascular cerebral⁴³, a la hemorragia cerebral⁴⁴, al infarto cerebral que produce una pérdida de fuerza y adormecimiento de las extremidades, pero de forma temporal sin mostrarse externamente, cuando después el trabajador sufre un ictus cerebral que le provoca parálisis estando realizando su trabajo⁴⁵, a la trombosis venosa sufrida por médico en su centro de trabajo⁴⁶, o a la taquicardia sufrida por un ATS durante una guardia presencial⁴⁷. Dicha estimación se fundamenta en que es “de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es, con frecuencia, un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio”⁴⁸, por lo que “no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca”, ya que “las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral”⁴⁹. Y el hecho de que exista una “malformación congénita arterio-venosa, no excluye la calificación del suceso como accidente de trabajo ya que la presunción... se refiere, no sólo a los accidentes en sentido estricto, o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo ya que, si bien la acción del trabajo como causa de la lesión cerebrovascular no sería apreciable en principio, dada la etiología común de este tipo de lesiones, lo que se valora es la acción del trabajo como factor desencadenante del accidente”⁵⁰.

Por consiguiente, la destrucción de tal presunción de laboralidad solamente puede efectuarse mediante la acreditación suficiente de la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado, “bien porque se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante o bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal”⁵¹. Así, cuando el accidente agudice una enfermedad que, por su naturaleza, excluya la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, automáticamente desaparece la presunción del artículo 156.3 LGSS y deja de atribuirse el suceso a la condición de accidente de trabajo, de modo que se descarta la presunción *iuris tantum* y se acredita de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión.

En consecuencia, se estima que no se puede considerar accidente de trabajo, porque no existe un suceso al que quepa atribuir la consideración de “lesión” y que actúe como desencadenante de la agravación producida en la enfermedad común previa. Esta interpretación⁵² se sustenta sobre la base de que la epilepsia no ofrece la misma

43. STS de 20 de marzo de 1997 (rec. núm. 2726/1996).
44. STS de 18 de diciembre de 1996 (rec. núm. 2343/1996).
45. STS de 18 de diciembre de 2013 (rec. núm. 726/2013).
46. STS de 7 de octubre de 2003 (rec. núm. 3595/2002).
47. STS de 13 de octubre de 2003 (rec. núm. 1819/2002).
48. STS de 27 de diciembre de 1995 (rec. núm. 1213/1995).
49. STS de 14 de julio de 1997 (rec. núm. 892/1996).
50. STSJ de Cataluña de 6 de marzo de 2015 (rec. núm. 7125/2014).
51. STS de 27 de septiembre de 2007 (rec. núm. 853/2006).
52. STS de 27 de diciembre de 1995 (rec. núm. 1213/1995).

conexión con el trabajo que pueda tener el infarto de miocardio o los procesos cardio-circulatorios, en cuyo caso el esfuerzo de trabajo es con frecuencia productor desencadenante del mismo, pues la jurisprudencia entiende que la patología epiléptica es una dolencia que por su propia naturaleza excluye la etiología laboral y que “aceptar la laboralidad del suceso epiléptico implicaría desnaturalizar el concepto del accidente de trabajo, atribuyendo tal cualidad a toda alteración de la salud sobrevenida en el tiempo y lugar de trabajo, incluso tratándose de las enfermedades comunes más corrientes”⁵³.

Cuando se trata de una situación de reserva, esto es, de guardia localizada en el domicilio, se debate cuál es la aplicación de esta presunción de laboralidad. En este sentido, la doctrina judicial ha desestimado la consideración de accidente de trabajo, pues se postula que la situación de disponibilidad, en la que la persona trabajadora debe estar localizable y a disposición de la empresa, no supone que se lleve a cabo “ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias”, por lo que no puede operar la presunción⁵⁴. De esta forma, se considera que el hecho de que el trabajador sufra el infarto mientras se encuentra en situación de reserva no puede determinar que sea posible aplicar la presunción y calificarlo como accidente de trabajo. El trabajador no puede beneficiarse de la presunción porque la situación de reserva se vincula precisamente a un tiempo y lugar ajenos al trabajo.

Se trata de una presunción de laboralidad, pero relativa, pues el Tribunal Supremo ha considerado que cuando el accidente es un infarto de miocardio la presunción del artículo 156 LGSS resulta de aplicación, porque “no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca”⁵⁵. Asimismo, considera que dicha presunción no se destruye por el hecho de que se acredite la existencia de esa patología previa ajena al trabajo⁵⁶, y tampoco es suficiente con que se demuestre que en el trabajo no concurrían factores proclives a agravar o aflorar la patología previa⁵⁷, mientras que esta presunción no se extiende a las enfermedades de etiología común que por su propia naturaleza excluye la etiología laboral como los ataques de epilepsia por tratarse de dolencias de naturaleza congénita y de manifestación ajena a factores exógenos⁵⁸, o los golpes en los huesos sobre una previa enfermedad degenerativa, como la gonartrosis en rodillas, puesto

53. STS de 26 de diciembre de 1995 (rec. núm. 1213/1995). En el mismo sentido, STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2009 (rec. núm. 2139/2006).

54. STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 2013 (rec. núm. 2610/2011). En el mismo sentido, STS de 7 de febrero de 2001 (rec. núm. 132/2000).

55. STS de 14 de julio de 1997 (rec. núm. 892/1996). En el mismo sentido, SSTS de 20 de octubre de 2009 y de 27 de febrero de 2008 (rec. núm. 2716/2008).

56. SSTS de 25 de abril de 2016 (rec. núm. 2108/2014); de 26 de diciembre de 1995 (rec. núm. 1213/1995); de 15 de febrero de 1996 (rec. núm. 2149/1995) y SSTSJ País Vasco de 29 de mayo de 2012 (rec. núm. 1138/2012) y del País Vasco de 17 de abril de 2012 (rec. núm. 772/2012).

57. STS de 20 octubre de 2009 (rec. núm. 1810/2008).

58. STS de 27 de febrero de 2008 (rec. núm. 2716/2006), quien señala que cuando “la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredita de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral”, la contingencia no tendrá la consideración de accidente de trabajo.

que se trata de una enfermedad ajena totalmente al trabajo⁵⁹. De esta forma, no se ha considerado laboral aquel ictus isquémico cuyos síntomas principales se manifiestan antes de acudir al trabajo, en el domicilio del trabajador, pero que tras acudir al centro de trabajo tiene que regresar a su casa donde es trasladado al hospital y se le diagnostica embolia cerebral con infarto cerebral⁶⁰.

De cualquier forma, para excluir esa presunción legal se requiere prueba en contrario que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, siendo para ello preciso que se trate de enfermedades que no sean susceptibles de una relación causal con el trabajo o que esa relación quede excluida mediante prueba en contrario, pues el hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye, como se ha señalado, que el trabajo pueda ser factor desencadenante⁶¹ y aunque se trate de una enfermedad que pueda agudizarse espontáneamente, el agravamiento producido por una lesión durante el tiempo y en el lugar de trabajo determina su inclusión en el concepto de accidente de trabajo. En justificación de ello se dice que "no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca", ya que "las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral", siendo por ello indiferente que con anterioridad hayan hecho aparición episodios cardíacos de parecida naturaleza, dado que "en el estado actual de la ciencia médica cabe tener por cierto que las enfermedades isquémicas del miocardio, sea una angina de pecho, sea un infarto de miocardio, pueden verse influidas por factores de índole varia, entre ellos el esfuerzo o la excitación que son propios de algunas actividades laborales"⁶². La presunción no se destruye por el simple hecho de tener antecedentes de tabaquismo y haber padecido "episodios anginosos desde hace 15 días", pues "para desvirtuar la presunción de laboralidad de una enfermedad de trabajo no es bastante que se hubieran producido síntomas de la misma en fechas o momentos inmediatamente precedentes al episodio de infarto agudo"⁶³.

Así, se ha estimado accidente de trabajo el infarto de miocardio acaecido durante el almuerzo⁶⁴ o la comida, comprendiendo al lugar de comida dentro del lugar de trabajo⁶⁵; la insuficiencia cardíaca sufrida por la persona trabajadora cuando estaba

59. STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2015 (rec. núm. 565/2014).

60. STS de 3 de abril de 2018 (rec. núm. 2191/2016).

61. STSJ de Galicia de 11 de enero de 2018 (rec. núm. 3185/2017). En sentido similar, STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008 (sent. núm. 188/2008), que indica que "para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal. En cuanto a lo primero, es de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es, con frecuencia, un factor desencadenante o coadyuvante en la producción de enfermedades súbitas, y en cuanto a lo segundo, como ya afirmaba la sentencia de 29-9-86 para desvirtuar la presunción de laboralidad de una enfermedad de trabajo, no es bastante que se hubieran producido síntomas de la misma".

62. SSTSJ de Galicia de 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 1996/2013) y de 9 de marzo de 2015 (rec. núm. 4442/2013).

63. STS de 6 de mayo de 2005 (rec. núm. 5725/2002).

64. STS de 16 de julio de 2020 (rec. núm. 1072/2018).

65. STSJ de Madrid de 15 de julio de 1992 (rec. núm. 10401/1989). Así también STS de 9 de diciembre de 2014 (rec. núm. 3138/2013), referida a hemorragia cerebral durante la pausa de descanso para comer, cuando previamente, durante el tiempo y lugar de trabajo se había sentido indispuerto.

accediendo al centro de trabajo, estando en ese momento a disposición de la empresa⁶⁶; el infarto que tiene lugar una vez iniciada la jornada, pero después de desayunar y antes de iniciar la prestación efectiva del servicio⁶⁷; el infarto que tiene lugar mientras esperaba la carga del camión⁶⁸; el infarto con síntomas previos el día anterior que persiste durante la noche y se agudiza en tiempo y lugar de trabajo⁶⁹; el infarto que sufre un trabajador en su domicilio particular, pero cuyos síntomas iniciales se producen en el centro de trabajo⁷⁰; el episodio cardiovascular cuyos síntomas tienen lugar durante el trabajo, aunque se desencadena tras acabar la jornada mientras está en el gimnasio⁷¹; la muerte por disección aórtica cuyos primeros síntomas aparecen en tiempo y lugar de trabajo⁷²; el infarto que se inicia mientras el trabajador se encontraba prestando sus servicios, en el curso del cual comenzó a sentirse mal, con dolor de pecho y tuvo que dejar de prestar servicios por la tarde, manteniéndose el dolor, no así por la noche y a la mañana siguiente inició viaje por carretera, en el transcurso del cual, tuvo de nuevo dolor torácico⁷³; así como el infarto sobrevenido en vestuarios antes de comenzar la jornada laboral, basándose en el carácter de supuesto de superior entidad al acaecido *in itinere*⁷⁴; el infarto en la cochera del centro de trabajo mientras acondicionaba el camión, aunque fundamentado en la existencia de un esfuerzo al abrir la puerta y ascender a la cabina⁷⁵; el infarto mientras el operario tomaba café antes de ir a trabajar, pero en el centro de trabajo⁷⁶; el infarto ocurrido mientras se cambiaba en los vestuarios de la empresa, antes de ir a trabajar⁷⁷; el infarto sufrido tras guardar el vehículo de la empresa en el garaje al finalizar la jornada laboral⁷⁸; el infarto ocurrido cuando se disponía a abandonar el centro de trabajo, una vez ya terminada la jornada laboral⁷⁹; el infarto al salir del centro de trabajo durante un descanso autorizado para ir a tomar café o comprar tabaco⁸⁰; el infarto sufrido mientras esperaba el autobús de la empresa para trasladarse a su domicilio, pues sucede en un porche

66. STSJ de las Islas Canarias de 7 de junio de 2019 (rec. núm. 84/2019). En términos similares, STSJ Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2019 (rec. núm. 537/2018), sobre una persona trabajadora que sufre un ictus isquémico en tiempo y lugar de trabajo cuando estaba desarrollando una actividad que, si bien no implicaba un esfuerzo físico especialmente intenso, presenta la rudeza y exigencia propia del trabajo en la mina.

67. STS de 21 de enero de 2019 (rec. núm. 1087/2017).

68. STS de 16 de enero de 2018 (rec. núm. 2236/2017).

69. STS de 4 de abril de 2018 (rec. núm. 3504/2016).

70. STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2018 (rec. núm. 2484/2018).

71. STS de 19 de marzo de 2018 (rec. núm. 2942/2016).

72. STS de 24 de abril de 2018 (rec. núm. 4123/2015).

73. STSJ de Galicia de 10 de abril de 2019 (rec. núm. 4548/2018). El TSJ considera que se trata de un supuesto de "dolencia arrastrada" y el carácter laboral no desaparece, aunque el empleado abandone su puesto de trabajo cuando comienza el malestar y el infarto se produce en un día no laborable.

74. STS de 4 de octubre de 2012 (rec. núm. 3402/2011); STSJ de Asturias de 25 de marzo de 1992. Sin embargo, la STS de 14 de febrero de 2018 (rec. núm. 2840/2017), considera que no es laboral el infarto de miocardio acontecido en el vestuario de la empresa mientras el trabajador se colocaba la ropa necesaria para prestar servicios a baja temperatura.

75. STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1993 (rec. núm. 13390/1989).

76. STSJ de Madrid de 10 de octubre de 1996 (rec. núm. 3885/1996).

77. STSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 1995 (rec. núm. 1130/1995).

78. STSJ de Castilla y León de 24 de febrero de 2003 (rec. núm. 2828/2002).

79. STSJ de Cataluña de 24 de julio de 1996 (sent. núm. 5411/1996).

80. STSJ de Andalucía de 27 de septiembre de 1996 (st. núm. 1192/1996).

en la inmediata salida de la empresa⁸¹; el camionero que fallece cuando adecuaba su vehículo antes de partir⁸²; el infarto sufrido mientras comía en el restaurante, pues aunque no se produjera exactamente en tiempo y lugar de trabajo por acaecer en el intermedio de la jornada, se trata de una suspensión puntual de la jornada en la que no se desconecta de las preocupaciones del trabajo⁸³.

Sin embargo, no se ha considerado accidente de trabajo el infarto sufrido por un médico de guardia localizada en su domicilio⁸⁴; el infarto acaecido en el domicilio al regresar del trabajo⁸⁵; el infarto que tiene lugar durante el almuerzo en un bar cercano al centro de trabajo⁸⁶; el ictus isquémico sufrido por una persona trabajadora que se encontraba descansando en el hotel al que se había desplazado por encontrarse a disposición de un equipo ciclista por su trabajo de masajista⁸⁷; o el que sufre un trabajador que conduce su propio coche desde el lugar en que estaba esperando a un alumno de autoescuela hasta el hospital falleciendo allí⁸⁸.

Por tanto, como conclusión, podemos indicar⁸⁹ que la presunción *iuris tantum* del artículo 156.3 LGSS se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero han de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que “por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral”⁹⁰. La doctrina ha sido sintetizada con la “apodíctica conclusión” de que ha de calificarse como accidente de trabajo aquel en el que “de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante”, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación⁹¹.

El hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante, por ser “de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio”⁹², pues es bastante lógico que los factores laborales influyan en el desencadenamiento de estas crisis cardiovasculares.

81. STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1998 (rec. núm. 1749/1996).

82. STS de 27 de enero de 1986.

83. STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2000 (sent. núm. 1995/2000).

84. STSJ de Madrid de 24 de marzo de 1992 (rec. núm. 468/1992).

85. STSJ del País Vasco de 8 de febrero de 1994 (rec. núm. 1063/1993).

86. STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 1993 (rec. núm. 67/1992).

87. STSJ de Asturias de 12 de diciembre de 2014 (rec. núm. 2448/2014).

88. STS de 11 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1284/2019).

89. SSTS de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 2942/2016) y de 15 de abril de 2018 (rec. núm. 3504/2016).

90. SSTS de 22 de octubre de 2010 (rec. núm. 719/2010), de 14 de marzo de 2012 (rec. núm. 4360/2010), de 18 de diciembre de 2013 (rec. núm. 726/2013) y de 10 de diciembre de 2014 (rec. núm. 3138/2013).

91. SSTS de 9 de mayo de 2006 (rec. núm. 2932/2004), de 15 de junio de 2010 (rec. núm. 2101/2009) y de 6 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2990/2013).

92. STS de 27 de diciembre de 1995 (rec. núm. 1213/1995).

Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

C. El estrés y el *burnout* como factores de riesgo

No debe olvidarse que los infartos son ocasionados muchas veces por situaciones de estrés, que, generalmente, derivan de factores relacionados con el trabajo, aunque también pueden tener su origen en circunstancias extrañas al mismo. Esto último lleva a la necesidad de acreditar la vinculación entre el trabajo y la situación de estrés que puede propiciar los accidentes cardíacos.

En este sentido, como es sabido, el uso de las nuevas tecnologías ha hecho surgir nuevos riesgos, los denominados “riesgos emergentes” así como nuevas enfermedades profesionales derivadas de la sobreexposición tecnológica en el entorno laboral⁹³. En concreto, la “eliminación de la rígida frontera entre tiempo de trabajo y descanso puede terminar generando una situación en la que el trabajo (...) lo invada todo y el trabajador ya no disponga de un tiempo de descanso genuino y propio”⁹⁴. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “las instrucciones del empresario no pueden reducir a cero la vida social privada”⁹⁵.

De hecho, la Directiva 2003/88/CE⁹⁶ establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, imponiendo a los Estados miembros la obligación de tomar medidas para asegurarse de que la persona trabajadora dispone de un adecuado y efectivo descanso, no siendo suficiente con que las empresas permitan a las personas trabajadoras disfrutar de los descansos, sino que les corresponde tomar un rol activo de vigilancia, de supervisión y de control de que los descansos son utilizados de manera efectiva⁹⁷.

En esta línea, la doctrina judicial comunitaria⁹⁸ recuerda que la empresa tiene la obligación de evaluar los riesgos laborales, incluidos los riesgos psicosociales. Es por ello que los riesgos de carácter psicosocial relacionados con la permanente conectividad derivada de las nuevas tecnologías de la comunicación también deben formar parte de la estrategia preventiva de la empresa.

93. Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R.: “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en AA.VV.: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita (vol. II)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017 p. 334.

94. Mella Méndez, L.: “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (I)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016, pp. 30-52.

95. STEDH de 12 de enero de 2016, asunto Barbulescu v. Rumanía.

96. De 4 de noviembre de 2003.

97. STJUE de 7 de noviembre de 2006, C-484/2004, asunto Commission contra United Kingdom.

98. STJCE de 15 de noviembre de 2001, C-49/2000, Asunto Comisión contra Italia.

La NTP 1122⁹⁹ señala que las nuevas formas de organización del trabajo derivadas del uso intensivo de las TIC generan “el riesgo de prolongar la jornada laboral debido a la facilidad para la conexión en cualquier momento y lugar, incidiendo así en la conciliación de la vida laboral, personal y familiar”. Asimismo, la NTP 1123¹⁰⁰ enumera diversos factores de riesgo psicosocial asociados al teletrabajo. En relación con el tiempo de trabajo destacan, entre otros, la “prolongación de la jornada laboral (antes de su comienzo o al finalizar la misma) y realización del trabajo en horarios inusuales (noche, fin de semana, etc.) debido a la conectividad permanente y al uso inadecuado de las TIC; o la dificultad de conciliar la vida familiar y laboral, debido a la difuminación de las barreras entre el tiempo de trabajo, de ocio y de descanso que ocasiona el uso inadecuado de las TIC una vez finalizada la jornada laboral”.

El artículo 18 LTD señala que “las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, recayendo sobre la empresa el deber de garantizar dicha desconexión mediante “una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables”.

Por tanto, por remisión del artículo 18 LTD debe acudirse al artículo 88 LOPDGDD, donde se reconoce el derecho a la desconexión digital, cuya finalidad no es más que “garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el resto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar” (art. 88.1), precisando su apartado 3 el derecho para las personas teletrabajadoras al añadir que “en particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”. En este sentido, como indica la doctrina¹⁰¹ “es comprensible que una persona que se encuentra alejada del contorno físico de la empresa, y realiza su trabajo en su domicilio o en cualquier otro lugar,

99. Manzano Santamaría, N.: *NTP 1122. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*, INSSBT, Madrid, 2018, disponible en <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>. En concreto, prevé como aspectos potencialmente negativos “prolongación de la jornada laboral (realización del trabajo en los tiempos muertos entre viaje y viaje, realización del trabajo fuera del horario laboral, en el hogar, etc.) que puede desembocar también en una intensificación del trabajo. • Prolongación de la jornada laboral que puede interferir en la vida familiar y el tiempo de ocio. • Dificultad para contabilizar el trabajo realizado fuera de la jornada laboral (mediante conexión remota a los servidores en el fin de semana, envío y recepción de correos electrónicos fuera del horario laboral, etc.). • Disminución y dificultad para disfrutar del tiempo de descanso y/o recuperación física y mental debido a la facilidad de conexión para realizar el trabajo fuera de la jornada laboral. • La facilidad para trabajar en cualquier momento y lugar gracias a las TIC puede actuar como generador y/o potenciador de la adicción al trabajo y/o la adicción al uso de las TIC. Ambas adicciones pueden interactuar y retroalimentarse”.

100. Manzano Santamaría, N.: *NTP 1122. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): nuevas formas de organización del trabajo*, INSSBT, Madrid, 2018, disponible en <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=ntp+1123>

101. Fernández Orrico, F. J.: “Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, 2019, pp. 31-76.

contraiga la fatiga informática, precisamente porque no se imponga ningún límite en su afán de finalizar su trabajo o en el peor de los casos por indicación del empresario”.

Una submodalidad del estrés es el *burnout* o estar quemado, que también puede coadyuvar a padecer crisis cardíacas. El *burnout* fue acuñado por primera vez por Herbert Freudenberger en 1974 quien lo definió como “una sensación de fracaso y una experiencia agotadora que resulta de una sobrecarga por exigencias de energía, recursos personales o fuerza espiritual del trabajador”¹⁰². Posteriormente, Cristina Maslach estudió lo que denominaba “pérdida de responsabilidad profesional”, para la cual el síndrome de *burnout* se puede dar exclusivamente en las profesiones de ayuda. Son las excesivas demandas emocionales externas e internas imposibles de satisfacer las que producen la vivencia de fracaso personal, tras invertir al trabajo de una carga emocional excesiva. Fue definido como “un síndrome de agotamiento emocional, despersonalización y baja realización personal, que puede ocurrir entre individuos que trabajan con personas”¹⁰³.

La doctrina judicial ha conceptualizado el *burnout* como “un tipo de respuesta prolongada a los estresantes emocionales e interpersonales crónicos en el trabajo... existiendo un impedimento para la realización eficaz de todas las actividades que impliquen carga emocional que el paciente no puede asumir, especialmente las relacionadas con la prestación de servicios donde las relaciones con otras personas constituyan el eje central del trabajo y la prestación pueda ser una experiencia altamente emocional”¹⁰⁴. Se considera como “un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prolongado y que según tanto la psicología del trabajo como la medicina forense se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional). El quemado por el trabajo, se ha dicho, tiene fuerzas, pero no tiene ganas; la despersonalización, manifestada en falta de realización personal, sentimientos de frustración, inutilidad, desinterés progresivo hacia el trabajo con rutinización de tareas, aislamiento del entorno laboral y social y, frecuentemente, ansiedad, depresión (trastorno psíquico adaptativo crónico)”¹⁰⁵.

El problema se plantea porque el actual Real Decreto 1299/2006 que regula el cuadro de enfermedades profesionales no contempla el *burnout*, por lo que no estando referenciado en dicha norma debe acudir a la doctrina judicial y jurisprudencial

102. Freudenberger, H. J.: “Staff burn-out”, *Jornal of social issues*, núm. 30, 1974, p. 3.

103. Fidalgo Vega, M.: *NTP 704: Síndrome de estar quemado por el trabajo o “burnout” (I): definición y proceso de generación*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2006.

104. Martínez de Viegol Lanzagorta, A.: “La consideración del síndrome del “burn out” como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta”, *Revista técnico laboral*, vol. 27, núm. 104, 2005, p. 219, citando la SJS núm. 1 de Alicante de 6 de mayo de 2003 (proc. núm. 519/2002).

105. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de junio de 2006 (rec. núm. 716/2006); de Navarra de 23 de marzo de 2004 (rec. núm. 48/2004) y de Navarra de 15 de diciembre de 2006 (rec. núm. 354/2006). En términos similares, SAN (Contencioso-Administrativo) de 21 de noviembre de 2005 (rec. núm. 54/2004), en relación a una profesora que padece *burnout*.

para poder determinar si puede reconducirse a la protección como contingencia profesional considerándolo como accidente de trabajo.

No cabe olvidar la lista europea de enfermedades profesionales¹⁰⁶ que, si bien como fuente jurídica viene a ser una Recomendación y no otorga derechos directamente invocables ante los tribunales nacionales, debe ser tenida en cuenta en vía judicial a la hora de interpretar las disposiciones nacionales o comunitarias. Además, debe tenerse en cuenta que la Organización Mundial de la Salud ha incluido el síndrome de burnout en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) como un problema asociado al empleo o al desempleo –clasificación que entra en vigor en 2022–. Este trastorno ya venía contemplado en la anterior clasificación, pero en un apartado más indeterminado –concretamente, el de problemas relacionados con dificultad en el control de la vida–. Con la nueva clasificación, se podrá dar más visibilidad a este tipo de estrés y calificarlo como enfermedad profesional.

No obstante, la realidad es que las enfermedades psicosociales en general, y el *burnout* en particular, encuentran difícil acomodo en el cuadro legal, por lo que, en principio, estarían exentos de la acción protectora de la Seguridad Social en cuanto a contingencias profesionales, determinándose normalmente como enfermedad común. Sin embargo, debe señalarse que el *burnout* ha sido calificado como contingencia profesional por un sector de nuestra doctrina judicial¹⁰⁷.

IV. ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO

La LTD no contiene especificidades en materia de Seguridad Social, ni tampoco contiene referencia alguna a esta área. Por tanto, cabe entender que se aplica la misma normativa, esto es, la Ley General de la Seguridad Social, aunque, obviamente, con las peculiaridades propias que se analizarán.

En relación con el accidente de trabajo surgen algunos puntos críticos, especialmente, porque las personas teletrabajadoras, como es sabido, no prestan su actividad en la sede física de la empresa. La dificultad es probar que se trata de un accidente de trabajo cuando resulta que la persona teletrabajadora no está en el centro de trabajo.

No obstante, teniendo presente la importante ampliación y flexibilización de los contornos legales del accidente de trabajo, merecen especial atención, por sus problemas aplicativos en el ámbito laboral, los apartados 2 y 3 del artículo 156 LGSS, cuando, por un lado, se refiere al accidente de trabajo *in itinere*, así como al accidente de trabajo en misión, y, por otro lado, la aplicación de la presunción de laboralidad, respectivamente, en pro todo ello de la persona teletrabajadora.

Uno de los problemas de la aplicabilidad del accidente de trabajo en el ámbito del teletrabajo es determinar si el accidente de trabajo ocurrido en el propio domicilio de la persona trabajadora tiene el carácter de accidente de trabajo al haberse producido en

106. Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales.

107. STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2005 (rec. núm. 6118/2003).

dicho lugar y mientras se desempeñaba el mismo. De lo contrario, se consideraría un accidente doméstico o no laboral. Es decir, se trata de determinar si la presunción de laboralidad del artículo 156.3 LGSS, según la cual “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”, es o no aplicable a los accidentes sufridos por las personas teletrabajadoras.

En general, esta presunción de laboralidad significa que, salvo prueba en contrario, son constitutivos de accidente de trabajo todas las lesiones que la persona trabajadora sufra durante el tiempo y en el lugar de trabajo. No obstante, como es sabido, en la práctica se han planteado numerosos interrogantes y dudas interpretativas que han llevado a los tribunales a elaborar una doctrina al respecto.

Como punto de partida, cabe señalar que esta presunción goza de vocación de generalidad, esto es, no queda condicionada a ningún tipo de excepción o limitación, salvo las expresamente previstas por el legislador. Por tanto, independientemente de que la actividad laboral del sujeto se desarrolle en las instalaciones de la empresa, en centros de trabajo móviles o itinerantes, en un telecentro o en el domicilio de la propia persona trabajadora, por este sólo hecho, no quedaría afectada la presunción de laboralidad¹⁰⁸.

Por vía jurisprudencial se ha producido una amplia flexibilización en su ámbito de aplicación, pues se han considerado de origen profesional muchas enfermedades que se han materializado durante el tiempo y en el lugar de trabajo, como el infarto de miocardio o el edema pulmonar, quedando sólo desvirtuada dicha presunción cuando quede fehacientemente probada la inexistencia de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad¹⁰⁹.

En cuanto al tiempo y lugar de trabajo, la doctrina judicial también ha realizado una interpretación extensiva de los mismos, en relación especialmente con los accidentes en misión, entendiendo como tales aquellos que son sufridos por la persona trabajadora estando desplazada fuera del centro de trabajo, pero que son consecuencia de la realización de sus tareas encomendadas por su empresa bien laborales, bien derivadas de su condición de persona trabajadora y relacionadas indirectamente con el trabajo¹¹⁰.

En primer lugar, en relación con el lugar de trabajo, la doctrina judicial tiene señalado que no queda ceñido única y exclusivamente al centro de trabajo, sino también a aquel lugar en el que la persona trabajadora preste sus servicios o en el que se encuentre por razón del mismo, como podría ser el caso del teletrabajo.

De cualquier forma, el problema que se plantea en relación al teletrabajo se debe a la ausencia de un control empresarial, salvo que en la modalidad de teletrabajo

108. Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F. M.: “El accidente de trabajo en el trabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas Laborales*, núm. 134, 2016, pp. 129-166.

109. Entre otras, SSTs de 27 de diciembre de 1995 (rec. núm. 1213/1995); de 7 de febrero de 2001 (rec. núm. 132/2000); de 9 de diciembre de 2003 (rec. núm. 2358/2002) y de 18 de diciembre de 2013 (rec. núm. 726/2013).

110. Cervilla Garzón, M. J. y Jover Ramírez, C.: “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015 (versión on line).

existiera una conexión interactiva obligatoria de forma permanente. En este sentido, debería entenderse siempre que debe considerarse que el accidente ocurrido en el domicilio de la persona trabajadora sería de trabajo.

Otro interrogante se plantea con la posibilidad de aplicar esta presunción también a las enfermedades de manifestación súbita, como los infartos o derrames cerebrales. Siguiendo el mismo criterio, debería también considerarse que serían accidentes laborales, aunque en estos casos se suele exigir que el mismo suceda durante el tiempo de trabajo y estando la persona trabajadora conectada a la sede de la empresa.

En segundo lugar, respecto al tiempo de trabajo, se plantea también un problema interpretativo importante, pues en general no existe una limitación horaria del tiempo de trabajo ni un horario de trabajo que se cumpla estrictamente. Más dudas plantea, además, el caso de la modalidad *off line* donde no será nada fácil demostrar que el accidente ha sucedido en tiempo de trabajo, de ahí que en estos casos será mucho más arduo de demostrar. De hecho, un sector doctrinal¹¹¹ considera que la ausencia de delimitación horaria invierte la carga de la prueba para la persona trabajadora sin perjuicio de que, en caso de duda razonable, se aplique el principio “pro accidentado” para extender la cobertura por contingencias profesionales. Además, según la jurisprudencia¹¹² el tiempo de teledisponibilidad, es decir, aquél en el que la persona trabajadora se halla a disposición de la empresa sin efectuar actividad alguna, no se considera tiempo de trabajo, por lo que no estaría bajo la presunción del artículo 156.3 LGSS. De esta forma, se ha considerado accidente de trabajo aquella caída de una persona trabajadora durante su tiempo de descanso para tomar un café, pues el evento lesivo se produjo con ocasión del trabajo, ya que es habitual u ordinario este tipo de pausas cuando la jornada supera las seis horas de trabajo continuado¹¹³.

En el caso de las personas teletrabajadoras con flexibilidad horaria se convierte en un elemento clave el hecho de que el propio programa informático que utilice la persona trabajadora disponga de un mecanismo de control del tiempo de conexión, mecanismo que, en principio, sólo debería utilizarse como medida de salvaguarda de la seguridad y salud de las personas trabajadoras y como forma de coadyuvar a determinar el carácter laboral de la contingencia sufrida, pues si el accidente, aunque ocurra en el domicilio de la persona trabajadora, se produce durante el tiempo de conexión, con independencia de que la misma se inicie en horas del día poco habituales, o en fines de semana, debe entenderse que concurren los presupuestos necesarios para aplicar la presunción de laboralidad¹¹⁴. De hecho, un sector judicial¹¹⁵ ha estimado como laboral el infarto de miocardio sufrido por una persona teletrabajadora a las cero horas y treinta minutos de un domingo cuando estaba en su

111. Pérez de los Cobos F.; y Thibault Aranda, J.: *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

112. STS de 9 de diciembre de 2003 (rec. núm. 2358/2002).

113. STSJ del País Vasco de 27 de septiembre de 2016 (rec. núm. 1613/2016).

114. Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F.M.: “El accidente de trabajo en el trabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, ob. cit.

115. STSJ de Madrid de 10 de julio de 2006 (rec. núm. 1965/2006).

domicilio “trabajando con su ordenador personal con el que acudía a los archivos de la empresa en un asunto de su incumbencia que tenía que tratar al día siguiente con un cliente importante de la empresa al que ésta estaba realizando un proyecto, del que el Sr. José Daniel era Jefe”. El Tribunal Superior de Justicia considera que, a pesar de estar fuera del horario y lugar de trabajo, cabe estimarlo como laboral porque el trabajo fue la causa exclusiva del mismo, pues “si formalmente empezaba su jornada laboral el lunes siguiente en los locales de la empresa, materialmente no estaba disfrutando de horas de ocio, sino trabajando en su casa en asuntos de su incumbencia profesional y laboral. Sin olvidar que a un trabajador tan cualificado como un Jefe de Proyectos de una empresa de ingeniería industrial no se le remunera por horas sino por el conjunto de su trabajo que debe realizar dentro o fuera de la empresa, pero que, esencialmente, debe dar resultados positivos”.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha estimado accidente de trabajo aquellos infartos, aunque no referidos al teletrabajo, pero aplicados a supuestos similares en los cuales la persona trabajadora no se halla en horario de trabajo, como el ocurrido a un patrón de pesca durante el período de embarque pero fuera del horario de trabajo¹¹⁶. En el mismo sentido, así lo ha calificado la doctrina judicial en supuestos similares¹¹⁷. Y, más recientemente, un juzgado de lo social¹¹⁸ ha calificado como accidente de trabajo el ictus isquémico en territorio de ACA izquierda de etiología cardioembólica sufrido por una trabajadora durante la prestación de servicios a través de la modalidad de teletrabajo, teniendo presente que en el día anterior había gestionado 45 correos electrónicos y había atendido hasta 45 llamadas telefónicas. Se apoya en la doctrina jurisprudencial¹¹⁹ sobre la presunción *iuris tantum* del artículo 156.3 LGSS para indicar que “la presunción *iuris tantum* del artículo 115.3 LGSS se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que por su propia naturaleza excluya una etiología laboral”. Además, añade que “la presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo”. Recuerda que “el hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante por ser de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio aparte de que no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis

116. SSTS de 6 de julio de 2015 (rec. núm. 2990/2013) y de 16 de julio de 2014 (rec. núm. 2352/2013).

117. STSJ de Galicia de 29 de marzo de 2004 (proc. núm. 4829/2001).

118. SJS núm. 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020 (proc. núm. 524/2020).

119. STS de 25 de abril de 2018 (rec. núm. 4123/2015), que cita las SSTS de 22 de diciembre de 2010 (rec. núm. 719/2010) y de 14 de marzo de 2012 (rec. núm. 494/2011).

cardíaca, ya que las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral”.

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido observar, la LTD no ha ofrecido una solución a la protección de las contingencias profesionales de la persona trabajadora, por lo que las cuestiones y dudas interpretativas siguen estando latentes.

La LTD debería haber tratado, dentro de su articulado, la protección de las personas teletrabajadoras en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, especialmente en relación con los primeros, pues ya es un debate largo y tenso el que subyace en la doctrina al respecto.

Debe tenerse presente que el hecho de prestar servicios en la modalidad de teletrabajo no significa que no se puedan sufrir accidentes de trabajo, pues la persona teletrabajadora se ve sometida a la misma posibilidad de sufrir contingencias profesionales.

A ello debe añadirse que cuando se trata del teletrabajo existe una zona gris entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral, ya que el lugar de trabajo es el propio domicilio de la persona teletrabajadora, y, además, la organización y distribución del tiempo de trabajo no sigue el mismo canon que cuando se presta servicios de forma presencial. Por tanto, la presunción de laboralidad de aquellos accidentes producidos en el tiempo y lugar de trabajo debe ser reinterpretada a la luz del teletrabajo.

Ello planteará una casuística enorme, que deberá ser interpretada caso por caso por los órganos judiciales. Para evitar esta litigiosidad judicial, la LTD debería haber definido los contornos del accidente de trabajo en el teletrabajo, dejando claras sus líneas configuradoras.

No obstante, es posible que con anterioridad obtengamos una intervención unificadora de nuestro Tribunal Supremo que ofrezca una solución definitiva a la consideración de estos accidentes como laborales, así como la inclusión de los riesgos derivados del estrés como profesionales.

No debe olvidarse que el actual cuadro de enfermedades profesionales de España data del año 2006, y no es suficiente delegar en la valoración judicial el análisis de cada caso para determinar si la contingencia es o no derivada del trabajo. En pro del principio de seguridad jurídica, debe llevarse a cabo una actualización normativa para adecuar la regulación a las necesidades reales del actual mercado laboral.

Bibliografía

Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R.: “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en AA.VV.: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita (vol. II)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.

- Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F.: "Presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo (art. 115.3 LGSS)", en AA.VV.: *Accidentes de trabajo y sistema de prestaciones*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- Cervilla Garzón, M. J. y Jover Ramírez, C.: "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015.
- De la Villa, L. E. y Desdentado Bonete, A.: *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1977.
- Desdentado Bonete, A.: "Comentario al artículo 115", en Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M. N. (dir.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- Fernández Orrico, F. J.: "Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 222, 2019.
- Fidalgo Vega, M.: *NTP 704: Síndrome de estar quemado por el trabajo o "burnout" (I): definición y proceso de generación*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2006.
- Freudenberger, H. J.: "Staff burn-out", *Jornal of social issues*, núm. 30, 1974.
- Manzano Santamaría, N.: *NTP 1122. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*, INSSBT, Madrid, 2018, disponible en <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>.
- Manzano Santamaría, N.: *NTP 1122. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): nuevas formas de organización del trabajo*, INSSBT, Madrid, 2018, disponible en <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=ntp+1123>
- Martínez de Viegol Lanzagorta, A.: "La consideración del síndrome del "burn out" como constitutivo de la contingencia profesional del accidente de trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta", *Revista técnico laboral*, vol. 27, núm. 104, 2005.
- Mella Méndez, L.: "Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores (I)", *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016.
- Pérez de los Cobos F. y Thibault Aranda, J.: *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- Remigia Pellicer, V. D.: *Infarto y accidente de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Romero Ródenas, M. J.: *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F. M.: "El accidente de trabajo en el trabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", *Temas Laborales*, núm. 134, 2016.



La protección del trabajador a través de la presunción legal de accidente de trabajo

THE PROTECTION OF THE WORKER AND THE LEGAL PRESUMPTION OF WORK ACCIDENT

María José Asquerino Lamparero

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

masquerino@us.es  0000-0003-0013-2364

Recibido: 01.09.2021. Aceptado: 14.11.2021

RESUMEN

Siendo nítida la comprensión acerca de qué es un accidente de trabajo, los problemas surgen cuando debemos comprobar si la situación concreta real se ajusta o no a aquel concepto. A través del presente fijamos nuestra mirada en la presunción de accidente de trabajo contenida en el artículo 156.3 de la LGSS para examinar, a la luz de los problemas reales concretos, la concurrencia de los presupuestos legales que dan vida a la presunción y cómo ésta actúa con mayor vigor cuando la patología que presenta el trabajador está relacionada con problemas cardíacos. La interpretación judicial es clave para conocer cuál es el grado de intensidad en que han de aparecer los requisitos que conforman la citada presunción, a saber: “durante el tiempo y en el lugar del trabajo”.

ABSTRACT

Being clear the understanding about what an accident at work is, the problems arise when we must check whether or not the real concrete situation fits that concept. We set our sights on the presumption of work accident contained in art. 156.3 LGSS to examine –in the light of the real concrete problems– the concurrence of the legal presuppositions that give life to the presumption and how it acts with greater vigor when the pathology presented by the worker is related to heart problems. Judicial interpretation is essential to know with what intensity the presuppositions that give life to the presumption must be presented, that is, what we have to understand by “during time and in the workplace”.

PALABRAS CLAVE

Accidente de trabajo
Presunción
Infarto
Lugar de trabajo
Tiempo de trabajo

KEYWORDS

Accident at work
Legal presumption
Heart attack
Work place
Work time

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y DELIMITACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO
- II. PRESUPUESTOS LEGALES CONTENIDOS EN LA PRESUNCIÓN LEGAL
 - A. La descripción: el tiempo y el lugar del trabajo
 - B. Tiempo de trabajo
 - C. Lugar de trabajo
 - D. Síntomas apreciables en el lugar y durante el tiempo de trabajo
 - E. Un caso particular: el suicidio en tiempo y lugar de trabajo
- III. LA PRESUNCIÓN LEGAL Y EL INFARTO DE MIOCARDIO
- IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y DELIMITACIÓN DEL PRESENTE ESTUDIO

El Derecho es permeable a los cambios, el Derecho muta constantemente. La norma trata (con mayor o menor éxito) de adaptarse a la sociedad y resolver los problemas que a los ciudadanos se nos puedan presentar en los diferentes ámbitos de la realidad. A nuevos problemas, nuevas normas. Y, en medio de todo este caos normativo, de encontrarnos una y otra vez con multitud de normas coyunturales (algunas de ellas desde su propia concepción) nos llama poderosamente la atención comprobar que, excepcionalmente, existen instituciones que han permanecido incólumes, resistiendo a los embates que nos ha traído el siglo XX y lo que llevamos del XXI¹. Esto es precisamente lo que ha ocurrido con la configuración jurídica del accidente de trabajo.

En 1900, de la mano de la conocida como Ley Dato², aparece en nuestro escenario normativo el accidente de trabajo, entendiéndose como tal “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”³. A pesar de que ha transcurrido más de un siglo, la definición ha permanecido intacta en nuestro ordenamiento jurídico.

Cierto es que los términos bajo los cuales se expresa el legislador “moderno” no son exactamente coincidentes con los que se han reflejado, pero, adviértase, que la única modificación operada⁴ ha sido únicamente para acomodarse a un nuevo lenguaje; y

1. Martín Valverde, A.: “El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas (Régimen general, autónomos, autónomos dependientes, agrarios)”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2008, expresa “[t]odo apunta, en suma, a que el legislador de principios del siglo XX consiguió una fórmula definitoria precisa y al mismo tiempo flexible; tan bien dotada para resistir el paso del tiempo que mantiene plena vigencia ya entrado el siglo XXI”.

2. Desarrollada por Real Decreto de 28 de julio de 1900. El artículo 2 de la Ley Dato contiene una importante imputación de responsabilidad a la persona del empresario (“patrono”) por todos los daños acaecidos a sus trabajadores “con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente”. La legislación que al efecto se promulgó se hizo bajo la clara inspiración de los modelos europeos. Pellicer, R.: *Infarto y accidente de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (TOL 145.997), a título de ejemplo señala la Ley de Accidentes de 6 de agosto de 1897 de Gran Bretaña y la Ley de 9 de abril de 1898 (junto con el Decreto de 28 de febrero de 1899) en Francia.

3. Artículo 1 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

4. En 1956 se decide el cambio indicado. El responsable de la modificación es el Decreto de 22 de junio de 1956,

así, como resulta arcaico hablar de la lesión sufrida por el “operario”, sustituimos este sustantivo por el más depurado y omnicomprensivo de “trabajador”, sin afectar con ello a la esencia de la norma⁵.

La introducción de este precepto en el ordenamiento jurídico –cuando ni tan siquiera habíamos estrenado el siglo XX– supuso una verdadera revolución en la forma de concebir la responsabilidad del empresario. Hasta la entrada en vigor de la norma, todo nuestro sistema de imputación de responsabilidades se realizaba a partir y sobre la base del artículo 1902 del Código Civil. Por esta razón, hasta 1900, el empresario sólo resultaba llamado a compensar económicamente o asumir las consecuencias de los daños de sus trabajadores, si existía una clara culpa o negligencia del mismo (o de la persona que ejercía facultades de mando), pues así lo ordenaba el único precepto que a estos efectos podía aplicarse a las relaciones laborales, el artículo 1902 del Código Civil, que regulaba (y regula) la imputación de responsabilidad.

Ahora, con la entrada de esta Ley de Accidentes de Trabajo, el cambio de mentalidad nos muestra que ese “patrono” ha de asumir también aquellas consecuencias adversas a la salud e integridad del trabajador provocadas con ocasión de la prestación de servicios. De alguna manera, se está partiendo de un doble enfoque: quien se lucra del trabajo también ha de soportar las consecuencias negativas que ese lucro reporta y, de otro lado, el razonamiento de que si ese trabajador no hubiera prestado el servicio no se le hubiera ocasionado daño alguno.

Llegados a este punto, es necesario recordar que la aseveración anterior no implica que la acción (u omisión) empresarial sea irrelevante a los efectos de Seguridad Social. Antes bien, si la conducta del empresario hubiera sido negligente –piénsese, específicamente, en la falta de atención a las normas de seguridad y salud⁶–, esta desatención tendrá efectos en orden a la imposición del recargo de prestaciones⁷ y de asunción de responsabilidades indemnizatorias que podrían alcanzar otros órdenes (civil y/o penal).

La extraordinaria brevedad bajo la que se nos presentaba (y presenta) el concepto jurídico de accidente de trabajo exigió de nuestros tribunales una labor de interpretación a fin de establecer de forma nítida los requisitos que habían de concurrir para

por medio del que se aprueba el texto refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo. Posteriormente se contendrá en la Ley General de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, pasando por el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 20 de junio de 1994, hasta la actual norma de 30 de octubre de 2015.

5. El precepto actualmente vigente es el artículo 156.1 de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8 /2015, de 30 de octubre) que literalmente dispone: “Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Nótese cómo la expresión “por cuenta ajena” no ha de entenderse necesariamente como “trabajo dependiente” “[...] ni la “lesión corporal” tenía que coincidir necesariamente con un daño físico repentino [...] ni la relación de causalidad entre daño y trabajo tenía que ser directa o inmediata” (García Murcia, J.: “Capítulo I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo”, en VV.AA.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. I)*, Laborum, Murcia, 2020, p. 46).

6. Así, García Murcia J.: “Capítulo I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo”, ob. cit., p. 39. Destaca este autor cómo las primeras normas que versaron sobre los accidentes de trabajo lo fueron tanto desde el prisma de la prevención como desde la óptica de la protección.

7. Artículos 164 y 168.3 LGSS, pues a lo que se debe tender es a procurar el pleno resarcimiento del daño.

poder concluir con rigor en la apreciación (o no) de la figura. De esta forma, tempranamente se pusieron de manifiesto cuáles eran los presupuestos que habían de concurrir y éstos siguen invariables hasta la fecha de redacción de estas líneas.

De esta forma, los tribunales partían siempre de la existencia de un resultado lesivo (esto es, una lesión corporal), pues sin la materialización del daño no podemos hablar de accidente.

Si observamos lo que ocurre entonces (aunque con los ojos puestos en nuestra realidad actual esta reflexión no tenga nada de asombrosa) se producirá un salto mayúsculo. El sentido común, la literalidad con la que han de ser interpretadas las palabras cuando no forman parte de un texto literario, bien puede inducirnos a pensar que lo único que se protegía por el legislador eran los accidentes en sentido estricto. Y, en este sentido, entender que la norma sólo amparaba las contingencias provocadas con ocasión de un siniestro, lesiones físicas en definitiva ocasionadas por el impacto de un agente externo y ajeno a la persona que lo padece. Esto es, entender que bajo el paraguas de tutela de la calificación jurídica de accidente de trabajo únicamente se amparaba el concepto de accidente que, a estos efectos, emplea la legislación sobre el seguro privado. No obstante, –y ésta es la primera sorpresa– ésta sería una conclusión apresurada, que en absoluto es la correcta. Así, ni es preciso que sea accidente en el sentido antes indicado, ni tampoco es necesario que el resultado lesivo aparezca en forma de daño físico. De esta manera, nos podemos encontrar con enfermedades físicas y psíquicas que tuvieron –y tienen– la virtualidad de ser consideradas como accidentes de trabajo⁸.

Pero la anterior afirmación no significa que baste con que surja la enfermedad corporal o mental o la lesión para que estemos frente a un accidente de trabajo. El segundo requisito (que se yuxtapone al primero) es el relativo a la relación de causalidad: el resultado (el daño a la salud) ha de haberse provocado como consecuencia del trabajo prestado⁹, lo que –a su vez– nos pone sobre la pista del tercer y último elemento: la necesidad de que quien lo padece sea trabajador, por cuenta ajena o propia.

Porque, y a pesar de que en un primer instante pudiéramos pensar que poco o nada ha evolucionado la comprensión concreta de lo que es un accidente de trabajo, sí que podemos constatar cómo los perfiles de este concepto jurídico han experimentado una transformación, principalmente para extender su campo de aplicación a colectivos que, en un principio, no se encontraban amparados bajo su ámbito de

8. De forma temprana, la STS de 17 de junio de 1903. SSTS de 22 de marzo de 1985 (RJ 1985/1374), de 25 de septiembre de 1986 (RJ 1986/5175), de 29 de septiembre de 1986 (RJ 1986/5202), de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8530) y de 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9846). En relación a patologías concretas –dejamos para más adelante las afecciones coronarias y, específicamente, el infarto de miocardio–, sentencias del Tribunal Supremo que aprecian la contingencia profesional cuando se sufre un ictus [STS de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016/965) o antes, en la STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8476)], hemorragia intraparenquimatosa [STS de 19 de julio de 2010 (RJ 2010/4886)] o hiposia cerebral [STS de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9475)], todas ellas afecciones cerebrales.

9. Por ello se exige que el vínculo no esté suspendido. En efecto, si la lesión ocurre durante el proceso de incapacidad temporal del trabajador (con independencia de la contingencia declarada) no se vislumbra la relación causal con el trabajo. Así, STS de Cataluña de 10 de noviembre de 2020 (JUR 2021/51766).

tutela¹⁰. De esta forma, observamos que si bien inicialmente la consideración de accidente de trabajo se reservaba para los trabajadores en sentido jurídico estricto (esto es, para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social), poco a poco se extenderá la protección al colectivo de los autónomos¹¹.

Centrados en la norma actual comprobamos que el artículo 156 de la Ley General de Seguridad Social no se limita a ofrecernos el concepto de esta contingencia profesional, sino que es más completo al incluir una suerte de supuestos que, a modo de lista ejemplificativa, nos ilustrará cuándo hemos de apreciar esta clase de accidente¹², conteniendo –además– una presunción, presunción *iuris tantum* (que, en ocasiones, se acerca a la categoría de *iuris et de iure*) a favor de su apreciación¹³ que es la que, a partir de este momento, centrará nuestra atención.

10. Acaso por esta razón es por lo que Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T.: “El accidente de trabajo en la más reciente jurisprudencia”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2008, han expresado que “el alcance final del vigente concepto dista mucho del originario”.

11. Tal y como señala Martín Valverde, A.: “El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas (Régimen general, autónomos, autónomos dependientes, agrarios)”, ob. cit., se produce una evolución en la definición de ese concepto de trabajador, para incluir –a partir de la Ley de 31 de mayo de 1996– a los autónomos agrarios, gracias a la Ley 16/1969 de 30 de diciembre a los autónomos inmersos en el Régimen del Mar, de la mano de la Ley 53/2002 a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (cobertura voluntaria) o en la Ley 20/2007, de 11 de julio, a los específicos trabajadores autónomos económicamente dependientes. Junto a estas realidades normativas, también se puede aludir a los trabajadores autónomos sin más aditamentos en la última norma legal citada.

12. Artículo 156.2 LGSS.

13. La aparición de la presunción a favor de la existencia del accidente de trabajo cuando concurren los presupuestos que la norma señala (art. 156.3 LGSS) supone el desplazamiento de la carga probatoria, siendo la parte interesada en sostener la calificación como contingencia común la que deba acreditar esta circunstancia. Desvirtuar esta presunción, exige que se ponga de manifiesta la “absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices físicos y psíquicos que lo rodean, y el siniestro”: SSTs de 22 de marzo de 1985 (RJ 1985/1374), de 15 de febrero de 1996 (RJ 1996/1022) o de 16 de abril de 2004 (RJ 2004/3694). En la STS de 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9507) se logró acreditar que lo que causó el desvanecimiento del trabajador fue una malformación congénita, por lo que se descartó la conexión con el trabajo.

En la STS de 11 de junio de 2007 (RJ 2007/6630) se recogen asertos como los contenidos en STS de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999/3006), de 12 de julio de 1999 (RJ 1999/6841) o de 23 de julio de 1999 (RJ 1999/6841). Más recientemente, recordado en sentencias como la STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2018 (JUR 2019/144276), la STSJ de Galicia de 25 de octubre de 2017 (JUR 2018/16132) que aplica la presunción al no haberse demostrado que la trombosis pulmonar que padeció el trabajador carecía “a todas luces” de relación con el trabajo que prestaba; STSJ del País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR 2017/229100) que, a su vez, cita a la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de enero de 2000 (AS 2000/5346) y a la STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2000 (AS 2000/2895); STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2017 (JUR 2017/67655) o STSJ de Galicia de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/83051).

Y, esa carencia de vinculación con el trabajo es mostrada –a decir por la STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2017 (AS 2017/1883)– cuando se sufre poliquistosis renal, hipertensión arterial y otras patologías previas –aun cuando alguna de ellas no tratada médicamente– y se desencadena en el lugar del trabajo durante la jornada laboral hemorragia cerebral. El Tribunal excluye que ésta tenga alguna relación con el trabajo teniendo en cuenta estos antecedentes y la circunstancia de que el trabajador afectado no tenía su puesto comprometido, como sí les ocurría a otros compañeros que iban a ser afectados por medidas de flexibilidad externa. Desde nuestro punto de vista, no se puede tan “alegremente” excluir de la presunción cuando, concurriendo los requisitos que se exigen, no se motiva la decisión de inaplicación –o, al menos, no consta en el aserto– en criterios médicos que de forma contundente afiancen la postura de exclusión de la etiología laboral. En definitiva, entendemos que no se ha fundamentado claramente que el trabajo en nada influyó en el desencadenamiento de la hemorragia.

Esta inversión en la carga probatoria supone, no obstante, que sobre el trabajador (o beneficiarios de la calificación del accidente como laboral) pesa la constatación de que el suceso ocurrió durante la jornada laboral en el puesto de trabajo o, al menos, el “indicio de que la lesión se ocasionó en el lugar y en tiempo de trabajo” [STS de 6 de octubre de 1983 (RJ 1983/5053)]; STS de 3 de diciembre de 2014 (rcdu. 3264/13); STS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014/935) aquí se trata de un trabajador que con el permiso del empresario comía en el centro de

II. PRESUPUESTOS LEGALES CONTENIDOS EN LA PRESUNCIÓN LEGAL

A. La descripción: el tiempo y el lugar del trabajo

Como ya anticipábamos, nuestro análisis va a quedar circunscrito a la presunción a favor de la laboralidad de la lesión o enfermedad ocurrida con ocasión del trabajo prestado¹⁴, siempre que concurren los presupuestos legales aludidos en el presente epígrafe¹⁵.

Pero, ¿cuál ha sido la razón que ha impulsado al legislador a invertir las exigencias que conlleva el régimen general de la carga probatoria?: conseguir la armonía con el resto del precepto y dotar de contenido concreto a la genérica obligación que asume el empleador frente al trabajador como garante de su seguridad y salud¹⁶ que, de otro lado, es plenamente coherente con el sentido originario del concepto de accidente de trabajo y que vemos aquí plasmado en forma de presunción *iuris tantum*¹⁷.

trabajo. Los compañeros, que no tenían esta costumbre, cuando regresan a la labor después del almuerzo se encuentran con que el empleado que se había quedado en la empresa había fallecido. Se infiere por los datos –el finado portaba el uniforme de la empresa, los vehículos que estaban en el interior de la nave habían sido movidos y la situación de aprisionamiento en que lo hallaron– que concurrían los dos presupuestos legales para que la presunción tuviera lugar; SSTSJ de Andalucía de 7 de noviembre de 2018 (JUR 2019/31030), de Andalucía de 11 de octubre de 2018 (AS 2019/1037), de Madrid de 2 de abril de 2018 (JUR 2018/160928), de las Islas Canarias de 27 de febrero de 2018 (JUR 2018/201423), de La Rioja de 22 de febrero de 2018 (AS 2018/716) y de Andalucía de 13 de diciembre de 2017 (AS 2018/872) no se logran –empleada del hogar interna– acreditar ambos presupuestos.

14. Martín Valverde, A.: “El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas (Régimen general, autónomos, autónomos dependientes, agrarios)”, ob. cit., señala (nota al pie 8) los antecedentes de la presunción. “Los antecedentes jurisprudenciales de esta presunción, en lo que respecta al accidente ocurrido en el tiempo de trabajo, se remontan al primer tercio de siglo, como tales pueden calificarse dos Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1929 (RN, pág. 38, y en CL, t.108, pág. 245) y de 25 de octubre de 1930 (RN, pág. 28, y en CL t.114, pág. 477). Un antecedente más próximo se encuentra en la Sentencia de 30 de noviembre de 1940”.

15. Téngase en cuenta (García Murcia J.: “Capítulo I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo”, ob. cit., p. 53) “La presunción de accidente de trabajo no forma parte exactamente del concepto, ni es propiamente una regla sustantiva. Tampoco es encarnación pura del principio de causalidad, sino más bien de determinadas tomas de posición respecto de lo que debe ser accidente de trabajo que tienen bastante que ver por supuesto con la relación causal de base pero que sobre todo se explican por el ánimo protector (y potencialmente expansivo) de todo este segmento normativo”.

16. Poniendo el acento en la dificultad de probanza “de la causalidad entre el trabajo y la lesión para quien pretende obtener la calificación de la contingencia como profesional”, Martínez Yáñez, N. M.: “Singularidades en la calificación del accidente de trabajo en el sector pesquero”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, pp. 143-182.

17. Recuérdese que la inclusión jurídica contenida en la Ley Dato obedece a un sentido de responsabilidad más allá de la culpa o negligencia que el patrono pudiera tener en la generación del daño. El empresario ha de responder por asumir esa cualidad de las lesiones/enfermedades que se ocasionan a sus trabajadores, por lo que la premisa es la de considerar que todo lo que ocurre en el lugar destinado al trabajo durante el periodo de tiempo que pone a disposición el trabajador de su empleador, ha de ser cubierto por este último. Así, con la introducción de la presunción se consigue reequilibrar las desigualdades en orden a la probanza, conservando la coherencia en el genuino entendimiento del concepto de accidente de trabajo.

Inciden en la idea de inversión de la carga probatoria, Toscani Giménez, D. y Clark Soriano, H.: *Accidentes de trabajo: concepto, determinación y responsabilidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 89: “Se invierte la carga de la prueba y se trata, en definitiva, de resolver a favor de la parte más débil”; Martínez Yáñez, N. M.: “Singularidades en la calificación del accidente de trabajo en el sector pesquero”, ob. cit.

Ahondando algo más en la justificación, recordamos las palabras del Alto Tribunal¹⁸ al afirmar que normalmente detrás de una presunción legal se esconde una “máxima de experiencia que el legislador acoge para dotar de seguridad jurídica a determinadas situaciones de difícil prueba”¹⁹.

Pero, tal y como se ha venido señalando, será necesario que concurren ambos presupuestos²⁰ legales, lo que supone que si se descartan ambos²¹ (o, en principio, falta uno de ellos), la presunción no tendrá lugar, sin perjuicio de que queda expedita la vía para acreditar que estamos ante un accidente de trabajo porque concurren las circunstancias que le hacen merecedor de tal consideración. Téngase en cuenta que, si la presunción no opera, será la parte interesada en la calificación profesional del accidente (trabajador o beneficiarios de éste) la que deberá no sólo instar su reconocimiento, sino probar el nexo causal con la prestación de servicios realizada.

Pero, volvamos atrás. Si concurren los dos requisitos (con la intensidad que más adelante comentaremos) la presunción se materializa²², sin que quede desvirtuada por la constancia de existencia de patologías anteriores²³ o por la realización de tareas

18. STS de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1546).

19. Continúa el Alto Tribunal: “[...] esas reglas de experiencia nos llevan precisamente a apreciar el acierto de la presunción legal respecto de que el resultado (fallecimiento) se ha producido “con ocasión del trabajo” (ocasionalidad “relevante”, que no “pura”) por cuanto que tal cualidad requiere [...] la convicción de que el citado hecho no habría llegado a producirse si la crisis hubiera acaecido en lugar y tiempo diverso al trabajo (*conditio sine qua non*)”.

Acaso esa dificultad también está tras la razón por la que [STS de 21 de junio de 2018 (RJ 2018/2931)] finalmente se declara la existencia de accidente de trabajo a trabajadora –administrativa de la Intervención Delegada de la Seguridad Social– que sufre un desprendimiento de retina, habiéndose manifestado los síntomas cuando se encontraba delante de la pantalla del ordenador para ejecutar su labor.

20. Al no concurrir ninguno de los dos presupuestos, se considera que la hemorragia cerebral ocurrida por el trabajador que estaba ante la entrada del centro de trabajo con unos compañeros, la STS de 5 de febrero de 2007 (RJ 2007/3342) entiende inoperante la presunción. Se echa en falta, no obstante, y siempre a nuestro juicio, que en los hechos probados la sentencia se hubiera detenido a fundamentar la razón por la que no estaba en jornada laboral, pues no se ofrece dato alguno (s.e.u.o) que deje constancia del horario al que estaba sometido el trabajador.

21. El excesivo rigorismo que, inicialmente, podría imputarse a la doble exigencia es salvado en atención a la aplicación de la máxima de seguridad jurídica. STS de 14 de julio de 2006 (RJ 2006/7275). “[...] no constituye un rigorismo excesivo, desde el momento en que se trata de delimitar el alcance de una presunción legal [...] (que) debe tener unos límites lo más definidos posibles en aras a la seguridad jurídica de quienes participan en las relaciones de trabajo en que tales eventos ocurren”.

22. La irrupción súbita de una enfermedad supone también que se aplique la presunción. A título de ejemplo, lo que ocurre con la epicondilitis: STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/2092).

No ha lugar a aplicar la presunción cuando el trabajador ya ha salido de la fábrica al acabar su jornada laboral: STS de Madrid de 26 de octubre de 2018 (AS 2019/894). Necesitaríamos, no obstante, que se hubieran fijado los hechos probados con relación a la finalización concreta de la jornada laboral y el lugar exacto en que ocurre el accidente (mareo) para acometer una lectura crítica del fallo judicial.

23. Según relata la STS de 29 de abril de 2014 (RJ 2014/2676) sufrió el trabajador un ictus isquémico lacunar derecho y consta que tenía patología previa en estado de latencia; STSJ de Andalucía de 2 de junio de 2020 (JUR 2020/271035) en relación con un desmayo producido como consecuencia de una embolia cerebral y una patología encefálica de carácter congénito; STSJ de las Islas Baleares de 6 de noviembre de 2020 (JUR 2021/15289) al no probarse la conexión entre la hepatitis crónica por VHC que padecía y “el diagnóstico de alta hematoma epidural subagudo”; STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2020 (JUR 2020/261512) recoge la irrelevancia sostenida por el Alto Tribunal sobre los “antecedentes de tipo cardíaco o coronario o de tabaquismo o hiperlipemia” con relación a la muerte de un trabajador con ocasión de “desgarro en la arteria aorta yuxtarenal, con sangrado activo y gran hematoma retroperitoneal”; STSJ de Castilla y León de 21 de junio de 2018 (JUR 2018/251807) con relación a una hemorragia subaracnoidea por rotura del aneurisma, siendo irrelevante que pudiera haber sufrido previamente el trabajador una malformación o degeneración; STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2018 (JUR 2018/201080) es indiferente que el estibador que sufrió un desvanecimiento durante la jornada laboral hubiera tenido un episodio de vómito esa misma

que no son propiamente profesionales²⁴. Por el contrario, determinadas afecciones se excluyen *a priori* de la presunción porque, aunque concurren los dos presupuestos legales, se observa la desconexión de la patología con la labor ejecutada²⁵; esto es, aun cuando –tal como veremos– el precepto a estudiar, en ocasiones, es susceptible de ser interpretado laxamente²⁶, no con ello estamos afirmando que basta con la concurrencia de las dos premisas expuestas (lugar y tiempo de trabajo) para –de forma inexorable– concluir en la existencia del accidente de trabajo. Expresado de otra manera, es preciso que “éste [el accidente] guarde relación con el trabajo que se ejecute, bien por el origen directo o inmediato de la lesión, bien porque la contingencia sobrevenga con motivo de ese mismo trabajo”²⁷, teniendo siempre presente que es posible “contrarrestar” la presunción, pero no “ignorarse o neutralizarse con una mera suposición o hipótesis”²⁸.

mañana o fuera consumidor de alcohol, cocaína (esporádico) y tabaco; STSJ de las Islas Canarias de 26 de marzo de 2018 (JUR 2018/201216) padecía epicondilitis, sufriendo dolor lumbar. Las alergias desde la infancia, el síndrome de hiperreactividad bronquial desarrollado durante años y el tratamiento suministrado como consecuencia del síndrome de hipersensibilidad química múltiple no impide que lo que le ocurrió a la trabajadora durante la jornada de trabajo en el puesto de trabajo (indisposición sin mareo y con relajación del esfínter anal) se favorezca de la presunción.

24. Así, STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2020 (AS 2020/2165) que califica como accidente de trabajo el sufrido por un bombero, entendiendo plenamente aplicable la presunción aun cuando la caída se produjo en unas sesiones de formación relacionadas con su puesto de trabajo con la aquiescencia empresarial.

25. Toscani Giménez, D. y Clark Soriano, H.: *Accidentes de trabajo: concepto, determinación y responsabilidades*, ob. cit., p. 89. Los autores señalan como ejemplos los procesos gripales, afecciones intestinales o menstruaciones, con cita en Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia.

STS de 10 de diciembre de 1987 (RJ 1987/7842), de 28 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9046) o de 15 de febrero de 1996 (RJ 1996/1022).

En la STSJ de Andalucía de 6 de noviembre de 2019 (JUR 2020/47362) de las lesiones se infiere la etiología común y no profesional por cuanto se trataba de una “extosis neom no localizada y luego Enfermedad de Hadlung”, siendo ambas enfermedades causadas por un crecimiento de los huesos, caracterizadas además por ser “degenerativas y de etiología común”, sin –y todo ello prescindiendo del dato cuestionable sobre que concurriera durante la jornada laboral– que se haya probado que la dolencia surgiera mientras realizaba el ejercicio físico preciso para desarrollar su profesión como bombero; similar (también por crecimiento del hueso) la STSJ de las Islas Canarias de 8 de abril de 2019 (JUR 2019/254627).

En resumen, basta con que “sea mínimamente razonable la vinculación entre trabajo y lesión” (García Murcia J.: “Capítulo I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo”, ob. cit., p. 54).

26. La STS de 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1546) recoge la diferencia doctrinal entre la denominada relación de causalidad más estricta (“por consecuencia”) de la más relajada (“con ocasión”), bastando con que concorra la segunda para apreciarse la presunción.

27. STS de 7 de febrero de 2001 recordada en STSJ de las Islas Baleares de 6 de noviembre de 2020 (JUR 2021/15289). En la STS de 23 de enero de 2020 (RJ 2020/557) se analizan también –“aunque ello resulta indiferente” a los efectos de aplicar la presunción– las particulares condiciones bajo las que se desempeñaban los servicios (“dilatada jornada”) que redundan en la calificación de la dolencia como profesional.

STSJ de las Islas Canarias de 24 de enero de 2020 (JUR 2020/112034) desestima la aplicación de la presunción por cuanto no se acreditó “ningún suceso traumático concreto acaecido en tiempo y lugar de trabajo”.

Estos asertos son plasmación concreta de la interpretación contenida en SSTS de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011/60), 14 de marzo de 2012 (RJ 2013/8476) o de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6767) que descartan la aplicación de la presunción a aquellas enfermedades que “por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral”.

28. STS de 23 de enero de 2020 (RJ 2020/557).

Amadachou Kaddur, F.: “Capítulo VIII. “La sintomatología invalidante en tiempo y lugar de trabajo como elemento clave para la operatividad de la presunción de laboralidad del accidente (a propósito de la STS, Sala de lo Social, nº 59/2020, de 23 de enero)”, en VV.AA.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. I)*, Laborum, Murcia, 2020, p. 157. La autora destaca que “En conclusión, lo verdaderamente relevante para estar amparado por dicha presunción es la constatación de que esa sintomatología con entidad invalidante que ha motivado la incapacidad temporal ha debutado en tiempo y lugar de trabajo”.

No obstante, como vemos es suficiente para aplicar la presunción con que aparezca como razonable la conexión con el trabajo²⁹, o expresado de una manera más gráfica y en sentido inverso, resultaría inaplicable cuando los hechos muestren “a todas luces la absoluta carencia de aquella relación”³⁰.

De otro lado, conviene reseñar que el hecho de que se presenten episodios sucesivos a un inicial accidente de trabajo considerado así por obra de la presunción estudiada, no conlleva que las nuevas manifestaciones de la enfermedad puedan beneficiarse de la citada presunción³¹.

Aspectos importantes en el orden procesal son que las dudas que pudieran existir acerca de si juega la presunción por concurrir o no alguno de los dos presupuestos, “han de ser suscitadas por la parte que niega la operatividad de la mencionada presunción”, de ahí que en aquellas hipótesis en las que el trabajador muestra que acumulativamente se producen los dos condicionantes legales, el tribunal no puede entrar a valorar su pertinencia de oficio³².

Otro matiz relevante que influirá de forma decisiva en la decisión final acerca de si se aplica o no la presunción, es conocer si estamos ante una enfermedad o un accidente (ambos entendidos en sentido estricto). Si nos hallamos frente a una alteración de la salud (enfermedad), los requisitos para que tenga lugar la aplicación de la presunción se endurecen, siendo preciso que concurren ambos; por el contrario, si se

29. SSTS de 9 de mayo de 2006 (RJ 2006/3037), de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/2705) o de 6 de diciembre de 2015 (RJ 2015/4682), por medio de las cuales se asienta la idea de que “de alguna manera” la conexión con el trabajo tiene que estar presente, “sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante”.

Es decir, que no se requiere que el trabajo sea el único motivo (“causa única y directa”) del accidente “pero el nexo causal entre el trabajo y el accidente no debe estar ausente en ningún caso”: STS de 7 de marzo de 1987 (RJ 1987/1350).

La STSJ de Andalucía de 4 de abril de 2019 (JUR 2019/168463) concluye en la plena aplicación de la presunción aun cuando la patología que desencadena el trabajador es, “en principio [...] común”. Concretamente, se trata de una infección que se presenta cuando el trabajador está desempeñando la prestación de servicios. La presente enfermedad es causada por una bacteria que se encuentra en multitud de ambientes, por lo que, y faltando una prueba cierta y convincente que mostrara que la infección había sido ocasionada fuera del ambiente laboral, ha de concluirse en la existencia del accidente de trabajo.

30. SSTS de 9 de mayo de 2006 (rcud. 2923/2004), de 15 de junio de 2010 (rcud. 2101/2009) y 6 de diciembre de 2015 (rcud. 2990/2013), citadas todas ellas por la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de junio de 2019 (JUR 2019/224027).

En la STSJ de Andalucía de 13 de marzo de 2019 (JUR 2019/132779) se llega a manifestar que “no es absolutamente excluible que el esfuerzo físico propio del trabajo... hubiera desencadenado el síncope”, favoreciéndose por tanto de la presunción estudiada; también del TSJ de Andalucía de 7 de febrero de 2019 (JUR 2019/141256) descartando que el tabaquismo fuera la causa principal del síncope.

Ardua tarea la de determinar el origen de una determinada patología –acaso porque en la mayor parte de los supuestos el origen es multifactorial–. En definitiva, en “ciencia médica no hay términos absolutos o genéricos, sino que habrá de basarse en las características del individuo y el entorno de trabajo”: López Insua, B.: “La presunción de “laboralidad” de nuevo a escena: el desprendimiento de retina como accidente de trabajo en caso de uso de pantallas de visualización de datos”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 19, 2019, p. 133.

31. STS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/1905), en relación a una dolencia cardíaca y, en el mismo sentido, pocos días antes, en la STS de 22 de enero de 2007 (RJ 2007/1591).

32. La STSJ de las Islas Canarias de 16 de julio de 2018, JUR 2018/306882 que dilucida un conflicto presentado por un trabajador que bajando del autobús de la empresa “pisó mal y sufrió un dolor en el talón y parte interna del pie izquierdo”. La Mutua que negaba la consideración de profesional de la lesión (por ser de origen común) no cuestiona que ésta se produjera en tiempo de trabajo.

trata de un impacto súbito provocado por un agente externo (accidente) se relaja la exigencia relativa al tiempo de trabajo, requiriéndose tan solo que se haya producido en el lugar de trabajo³³.

Terminamos indicando que, a pesar de que teóricamente nada impediría que se favorecieran de esta presunción las enfermedades psíquicas, ciertamente se nos antoja complicada su estimación, sin perjuicio de poder acreditar –con la consiguiente carga probatoria– que se está ante una enfermedad ocasionada como consecuencia del trabajo realizado³⁴.

B. Tiempo de trabajo

Con la intención de acotar la expresión legal de “tiempo de trabajo” hemos de partir de la definición legal que nos procura el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores. De esta manera, vemos como aquel se delimita exigiendo que el trabajador se encuentre tanto al comienzo como al final de la jornada diaria en su puesto de trabajo³⁵, acaso porque al introducir esta doble exigencia se está asegurando que el trabajador ya ha “comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo –físico o intelectual– que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada”³⁶.

Las complicaciones pueden surgir cuando esa jornada no está claramente identificada y en aquellas pausas en las que se pueda dudar acerca de su calificación jurídica.

Y esa incertidumbre, en ocasiones, se puede ver despejada cuando el convenio colectivo se encarga de su tratamiento. De esta manera, si el pacto colectivo prevé que las pausas en régimen de jornada continua forman parte de la jornada ordinaria, no hay problema alguno en considerar que todo lo que ocurre también durante ese descanso es accidente de trabajo porque concurre este requisito que podemos calificar como “temporal” (presuponiendo, no obstante, que también aparece el segundo elemento, esto es, que se desencadena la lesión o enfermedad en el puesto de trabajo)³⁷.

33. Así se manifiesta en STS de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9727) habiéndose puesto de manifiesto esta circunstancia por nuestra doctrina: Martín Valverde, A. y García Murcia J.: *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, Tomo I. “Accidente de trabajo: Delimitación legal (II)”. BIB 2008/1911. Esta realidad se puede constatar de la lectura de la Sentencia antes indicada con relación a la STS de 14 de julio de 2006 (RJ 2006/7275).

34. Así, las depresiones: STSJ de Galicia de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019/132399), STSJ de Castilla La Mancha de 28 de febrero de 2019 (AS 2019/1362) que, con relación a las dolencias de carácter psicológico se afirma que “la presunción solo es aplicable cuando conste con claridad patente que en el tiempo y lugar de trabajo tiene lugar una manifestación identificable con la enfermedad causal”.

STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2018 (AS 2019/357) con relación a la alegación de depresión por acoso moral.

35. STS 27 de enero de 2014 (rcud. 3179/2012).

36. SSTS de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011/60), de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/534), de 14 de julio de 2006 (RJ 2006/9215), de 20 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8367), de 22 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9215), de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/1904) y de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007/3843). Todas ellas citadas en la STS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012/5429).

37. STS de 16 de julio de 2020 (RJ 2020/3118) que hace un repaso de la doctrina en torno a los presupuestos

A falta de la norma convencional, será de tremenda utilidad conocer cuáles son los usos y costumbres sociales que existen en el sector al que pertenece el trabajador siniestrado para ver si las circunstancias en que acaece el accidente “guardan una íntima conexión con el trabajo”³⁸.

La relativa flexibilidad con la que puede ser interpretado el precepto no nos debe hacer concluir en la vacuidad de la exigencia. De esta forma, el nexo causal es inexistente cuando la patología se desencadena antes del inicio de la jornada laboral³⁹. En

habilitantes de la presunción, entendiéndose que en estas circunstancias concretas opera la misma porque “si las reglas sobre jornada llevan a descartar la presunción cuando aquélla no ha comenzado a discurrir, debe suceder lo contrario cuando la pausa no la paraliza”; así, tal como nos explica Sempere Navarro, A. V.: “Video-comentario a la STS num.670/2020, de 16 de julio. RJ 2020/3118. Accidente de trabajo: procede aplicar la presunción de laboralidad al episodio cardiovascular sobrevenido mientras el trabajador que desempeña su actividad en régimen de jornada continuada se encuentra en la “pausa por bocadillo” en el comedor de la empresa, y que el convenio colectivo considera tiempo de trabajo”, *Aranzadi Digital* núm. 1, 2021 (BIB 2021/750). La clave no radica en la brevedad de la pausa, sino en la calificación jurídica de la misma por el convenio colectivo. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía de 11 de octubre de 2018 (AS 2019/1037). En relación al tiempo de almuerzo, a título de ejemplo: STS de 9 de mayo de 2006 (RJ 2006/3037) citada en STSJ de Andalucía de 29 de mayo de 2019 (AS 2019/2176).

38. STS de 9 de mayo de 2006 (rcud. 2932/2004) recordada por STSJ de Andalucía de 2 de julio de 2020 (JUR 2020/302385) que aplica la presunción a las lesiones sufridas por un trabajador (marinero) que desembarca para acudir a una oficina bancaria y es atracado en ese breve interregno.

Adviértase, no obstante, que el trabajo a bordo de un buque presenta especialidades, sobre todo en lo que hace al tiempo en que el empleado permanece a disposición del empresario. De alguna manera, estos trabajadores “están sometidos a permanente disponibilidad respecto de las órdenes del patrón del buque, incluso aunque se encuentren descansando” (Martínez Yáñez, N. M.: “Singularidades en la calificación del accidente de trabajo en el sector pesquero”, ob. cit.) lo que supone la posibilidad jurídica de hacer valer la presunción de laboralidad del siniestro acaecido.

En la STS de 24 de febrero de 2014 (RJ 2014/2771) es el cocinero del buque el que fallece al caer al mar cuando intenta acceder a su barco.

En esta ocasión se trata de un trabajador de la construcción que fallece en el lugar de trabajo (obra) durante la pausa para comer. El Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2006, RJ 2006/3037) acude al patrón social para dejar constancia cómo en este sector es frecuente que se almuerce en la obra, sin que la parte que negaba la consideración de laboralidad del óbito por mor de la presunción hubiera desplegado elemento probatorio alguno tendente a acreditar que, en realidad, las razones por las que el trabajador había permanecido en el tajo para comer habían sido de conveniencia personal, pues le habría sido perfectamente posible haber acudido a su domicilio (o a un bar o restaurante próximo) y luego volver a la obra para continuar prestando su jornada. Ante la falta de constancia de este extremo y la incoherencia que, según el sentir de la sentencia, tendría que sí se hubiera considerado como accidente de trabajo (*in itinere*) el siniestro que hubiera podido padecer en la trayectoria domicilio-lugar de trabajo o viceversa, el Tribunal opta por la plena aplicación de la presunción.

39. Así, STSJ de las Islas Canarias de 7 de julio de 2020 (AS 2021/140). Diferente cuestión a la que ahora analizamos es la relativa a la posibilidad de incardinar estas lesiones en una clase de accidente de trabajo cual pueda ser, por ejemplo, *in itinere*. En ocasiones, la parte que postula la consideración como accidente de trabajo trata de ampararse infructuosamente en la presunción por cuanto es un camino más seguro para su estimación; no obstante, se ha de tener en cuenta que, en principio, bajo la categoría de accidente *in itinere* se contemplan lesiones en estricto sentido [SSTS de 16 de septiembre de 2013 (ROJ: STS 4787/2013), de 18 de junio de 2013 (ROJ: STS 4034/2013), de 16 de julio de 2004 (RJ 2004/8234), de 30 de junio de 2004 (RJ 2004/6941)] y que, además [STS] de Cataluña de 23 de junio de 2020 (JUR 2020/267391)] no es posible “ampliarse [o] mezclarse” el supuesto de accidente *in itinere* y la presunción, tal y como ya tuvieron la oportunidad de advertir: SSTS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/6099), de 18 de enero de 2011 (RJ 2011/252) o de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/2705). Expresado en otros términos, se observa que la presunción aquí estudiada del artículo 156.3 LGSS no se extenderá a los accidentes ocurridos en el trayecto, circunstancia esta que responde a la interpretación jurisprudencial restrictiva de los conceptos de tiempo y lugar de trabajo (Toscani Giménez, D.: “Tiempo y lugar de trabajo a efectos de accidentes de trabajo: el infarto de miocardio”, ob. cit.).

Reiteramos la importancia de englobar solamente lesiones producidas por impactos externos cuando nos hallamos ante el accidente *in itinere*. Así, entre otras, la SSTSJ de Asturias de 9 de enero de 2020 (JUR 2020/26244), de las Islas Canarias de 27 de junio de 2018 (AS 2019/1825), de Cataluña de 22 de noviembre de 2017 (JUR 2018/72935) y de Madrid de 14 de junio de 2017 (JUR 2017/188358). En definitiva, “[l]as enfermedades o dolencias (como el infarto de miocardio) acaecidas *in itinere* no deben calificarse como accidentes de trabajo, salvo que se acredite la

este apartado concreto, no nos resistimos a comentar –siempre a nuestro juicio– que, en ocasiones, observamos un tremendo rigorismo a la hora de apreciar la existencia del requisito relativo al tiempo de trabajo, e interpretamos que se está más al dato formal que a la realidad material⁴⁰.

Llegados a este punto, necesario es referirnos a dos situaciones en las que el trabajador se encuentra a disposición del empresario, comprometiendo su tiempo libre de diferente manera. Así, claramente estaría excluida de la aplicación de la presunción cuando la lesión se manifiesta durante el tiempo de ocio o descanso del trabajador, pero también se descarta cuando ocurre durante la llamada guardia de localización⁴¹, por cuanto este lapso temporal no forma parte integrante de la jornada del trabajador. Por el contrario, si el empleado se hallara en el centro de trabajo realizando la guardia de presencia, al englobar ésta el denominado tiempo de trabajo, todo lo que le pueda ocurrir al trabajador durante la misma se beneficia de la aplicación de la presunción⁴².

conurrencia del precepto nexo causal, pues la presunción de laboralidad no les alcanza” (Sempere Navarro, A. V.: “Los confines del accidente laboral mediando el desplazamiento”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. extraordinario 1, 2021, p. 66).

40. SSTS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012/5429) y de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/534): el infarto de miocardio ocurre tras cambiarse de ropa en el vestuario y mientras se dirigía al puesto de trabajo [en similar sentido, SSTS de 14 de julio de 2006 (rcud. 787/2005) o de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007/3843)] o viceversa, esto es, tras la jornada laboral cuando se encuentra el trabajador en los vestuarios cambiándose de ropa y es entonces cuando sobreviene el infarto de miocardio [STS de 20 de noviembre de 2006 (rcud. 3387/2005)] e inclusive cuando ya había fichado –aunque no iniciado la tarea– y de nuevo se halla en los vestuarios para cambiarse de ropa [STS de 22 de noviembre de 2006 (rcud. 2706/2005)].

En la STS de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011/60) los hechos probados son similares a los comentados en la sentencia precedente, con la diferencia de que se guarda silencio sobre si el trabajador había o no fichado, pero sí consta que la hora coincide exactamente con la de la entrada al trabajo.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 2018 (JUR 2018/282244) concediendo relevancia a que ya desde el camino al trabajo empezara el trabajador a sentirse indispuerto, indisposición que se agrava tras salir del vestuario de la empresa y sin haber iniciado la jornada (unos veinte minutos antes de que diera comienzo ésta). Entendemos que el uniforme es exigido por la empresa y el tiempo que tarda el trabajador en cambiarse debe considerarse como tiempo de trabajo a estos efectos. Se podría, a nuestro juicio, hacer una asimilación con la guardia de presencia. El trabajador ya se encuentra en las instalaciones empresariales y, por ende, a disposición del empresario. Si la jornada del trabajador desde el punto de vista formal comienza a las 07:00 horas y se le exige que porte un uniforme (no es descabellado pensar que inclusive puede existir una obligación empresarial a que el trabajador tenga que cambiarse en la empresa) necesariamente ha de llegar a la empresa antes de esa hora si quiere cumplir con su contrato de trabajo. Esa exigencia empresarial denota un adelanto sobre la jornada estipulada.

STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2018 (AS 2018/1113) realiza –a nuestro juicio– un examen más detallado y no estima aplicable la presunción por cuanto el infarto no ocurrió durante la jornada, no habiendo iniciado ésta ni habiéndose producido ninguna otra actividad “preparatoria de la misma, como proveerse de los equipos de protección necesarios”.

41. Partiendo de la consideración de que el tiempo que permanece el trabajador fuera de las instalaciones de la empresa a disposición del empresario no forma parte de la jornada laboral, ha de concluirse que lo que le ocurre al empleado durante todo ese lapso no puede favorecerse de la presunción legal por cuanto no se encuentra en tiempo de trabajo (tampoco en el lugar de trabajo). SSTS de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2004/3378) y de 7 de febrero de 2001 (RJ 2001/2148).

42. Éste es el argumento que emplea la STS de 22 de julio de 2020 (rcud. 4049/2020) para entender aplicable la presunción a la muerte de un trabajador (conductor de camión) que se ocasiona por isquemia miocárdica unas dos horas después de acostarse. El Tribunal entiende que concurre el requisito relativo a tiempo de trabajo, por cuanto es costumbre que los conductores de camiones pernocten en el propio vehículo, entre otras razones, para vigilar la carga que transportan.

Empleando este mismo fundamento jurídico se estima por STSJ de Madrid de 21 de junio de 2018 (JUR 2018/224589)

Otro problema que se ha suscitado lo ha sido con relación a lo que se denomina el accidente en misión⁴³. Descendiendo al terreno de lo concreto, es descartada la aplicación de la presunción cuando el accidente (vascular) ocurre en la habitación del hotel en el que se encontraba el trabajador que había tenido que desplazarse desde su localidad a fin de cumplir con un determinado encargo de su empresario⁴⁴, de lo que se infiere que la presunción de laboralidad no se extiende durante todo el tiempo que el trabajador emplea en la misión encomendada por el empleador⁴⁵.

A pesar de ello, la solución alcanzada por el Alto Tribunal difiere en otros supuestos como son, a título de ejemplo, los que a continuación se refieren.

Así, la muerte de un conductor que sufre un episodio vascular (isquemia miocárdica-arritmia cardíaca) en la cabina del camión cuando estaba descansando⁴⁶; accidente que sobrevino cuando el trabajador se encontraba en ruta, habiendo parado para tomar un café⁴⁷; patología (mononeuropatía del nervio peroneal derecho) sufrida por un patrón de pesca al levantarse de la cama que había en su camarote⁴⁸; el fallecimiento

que la enfermedad que presentaba la trabajadora empleada como ayudante de producción en la realización de un programa televisivo rodado en África se beneficia de la presunción, básicamente por entender que “no se puede calificar como de presunción irracional” que la garrapata portadora de la patología que se desarrolla en la trabajadora (enfermedad de Lyme) picara a ésta cuando prestaba sus servicios en África.

43. Poquet Catalá, R.: “Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad y limitación del tiempo de trabajo efectivo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm, 19, 2019, p. 188: “[...] el accidente de trabajo en misión constituye un accidente de trabajo por sí mismo, pues cumple todos los requisitos del artículo 156 LGSS, ya que, en primer lugar, ocurre durante el tiempo de trabajo, esto es, en la jornada ordinaria o bien en una extensión extraordinaria en atención a las circunstancias de la empresa. En segundo lugar, sucede en el lugar de trabajo, ya sea éste el propio vehículo o medio de transporte o cualquier otro designado por el empresario para desarrollar su trabajo, y, por último, por consecuencia o con ocasión del desarrollo de la prestación por cuenta ajena”.

44. STS de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009/5666). Concretamente se refiere a la situación de un viajante que se había desplazado por viaje de negocios y cuando le sobreviene la lesión (infarto de miocardio) se encontraba descansando en un hotel.

SSTS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014/1626), de 20 de abril de 2015 (RJ 2015/2374) o de 7 de febrero de 2017 (RJ 2017/575).

45. Se niega, por tanto, la aplicación y por ejemplo se descarta la presunción ante la legionelosis que presentaba el empleado cuando se encontraba en otra localidad prestando sus servicios y no constando que estuviera en tiempo de trabajo: STS de 23 de junio de 2015 (rec. 944/2014) citada por STS de 1 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6172). Recogiendo la idea de que “no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo” la STS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/1867) que, desestimando la presunción, por cuanto que durante el todo el tiempo de la misión no puede considerarse que nos encontremos ante tiempo y en el lugar de trabajo, entiende que no es accidente de trabajo el fallecimiento por hemorragia encefálica ocurrida a trabajador transportista cuando estaba descansando en un hotel. Rememora la STS de 17 de marzo de 1986 (RJ 1986/1490) o de 19 de julio de 1986 (RJ 1986/4262). En la primera (la de 1986) el fallecimiento se produjo en día de descanso por asfixia por inmersión cuando el trabajador estaba desplazado temporalmente; en la sentencia de 1986 se trata de un infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando se encontraban descansando en el hotel.

Tenemos dudas, acerca de que si se planteara en la actualidad la misma situación que ya tuvo la oportunidad de examinar el Tribunal en 2007, el resultado fuera el mismo. No entendemos que el supuesto que allí se dilucida sea análogo al resuelto en las sentencias invocadas para su apoyo y, especialmente, si nos atenemos a la primera que claramente ocurre un día destinado al descanso semanal del trabajador.

46. STS de 22 de julio de 2010 (RJ 2010/7283).

47. STS de 19 de julio de 2010 (RJ 2010/4886).

48. STS de 6 de julio de 2015 (RJ 2015/4682). Ya antes de esa fecha: SSTS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014/935) o de 16 de julio de 2014 (RJ 2014/5291. Voto particular); similar, aunque el óbito se produjo por cirrosis hepática viviendo –y trabajando– el fallecido en el buque, la STS de 4 de febrero de 2015 (RJ 2015/1380).

de minero mientras descansaba en su camarote⁴⁹ e incluso en el supuesto de fibrilación ventricular de tripulante de cabina de pasajeros a la que, cuando sobreviene el fuerte dolor en el pecho, se encontraba en el parking del aeropuerto para dirigirse al hotel en que se alojaba⁵⁰.

La aparente incoherencia entre este tipo de asertos, y los que antes aludíamos en el párrafo anterior, se resuelve empleando el criterio de realidad social [art. 3.1 del Código Civil y art. 3.1.d) del Estatuto de los Trabajadores] o, si se quiere, de justicia material. De esta manera, se erige en causa justificadora y suficiente el hecho de la “singularidad del quehacer profesional desarrollado por los afectados, que les exige desplazarse permanentemente como forma de cumplir la prestación de servicios”⁵¹ a lo que se le unen las “particulares circunstancias en que sobrevinieron las crisis”⁵². En conclusión: parece descartarse la aplicación de la presunción cuando la patología es sufrida por el trabajador que se desplaza puntualmente para realizar una misión, mientras que sí se aplica cuando la actividad laboral normal del trabajador es su desplazamiento constante fuera de la localidad donde reside, con independencia de que en el momento en que concretamente sobreviene la lesión no se encuentre técnicamente en tiempo de trabajo.

C. Lugar de trabajo

La aplicación de la presunción exige la concurrencia de este presupuesto legal. No obstante, es indiferente que se trate del espacio físico de la empresa o del domicilio⁵³

49. STS de 6 de octubre de 1983 (RJ 1983/5053).

50. STS de 1 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6172).

51. STS de 1 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6172).

52. No nos parece el argumento más acertado, por supuesto, pues toda patología puede entenderse que tiene su propia y particular forma de manifestación, no siendo –a nuestros ojos– una razón jurídica para extender la presunción legal.

53. Así, antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2020 (de 22 de septiembre, de trabajo a distancia), se venían admitiendo sin dudas la aplicación del artículo 156.3 LGSS a los supuestos en los que se prestaba la actividad desde el domicilio, incluso aunque ésta no se ejecutara de forma “preponderante” en el mismo (requisito este que se exigía para calificar el trabajo a distancia ex artículo 13 ET (en la versión anterior a la hoy vigente). Así, STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 (JUR 2021/70705).

Los problemas, no obstante, pueden intensificarse cuando se trata de un accidente que sufre un teletrabajador, debiendo probarse “...que en el momento concreto de producirse el accidente estuviera desempeñando las actividades encomendadas por la empresa” (Toscani Giménez, D.: “Tiempo y lugar de trabajo a efectos de accidentes de trabajo: el infarto de miocardio”, *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 358, 2020, versión electrónica). La dificultad en la concreción del accidente de trabajo cuando nos referimos al teletrabajo y trabajo a distancia, en parte estriba en las “enormes dificultades de delimitación de la esfera de riesgo perteneciente al empresario” (García Murcia J.: “Capítulo I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo”, ob. cit., p. 52). Todas estas aseveraciones no modifican la circunstancia de que la “presunción de accidente de trabajo... que contempla la legislación laboral, debe aplicarse siempre y sin excepción, cualesquiera que sean las características que rodeen la prestación de servicios... pues establece una presunción con vocación de generalidad, sin condicionarla a excepciones o limitaciones de ninguna clase, salvo las expresamente previstas por el legislador. Así, independientemente de que la actividad laboral del sujeto se desarrolle en las instalaciones de la empresa, en centros de trabajo móviles o itinerantes, en un telecentro, o en el domicilio del propio trabajador” (Selma Penalva, A.: “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas Laborales*, núm. 314, 2016, pp. 142 y 143).

(así como cualquier otro emplazamiento elegido por el trabajador para prestar sus servicios). Lo verdaderamente determinante es el “lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual”⁵⁴.

En ocasiones, parece que nuestros tribunales adoptan una posición extremadamente cauta y apegada en exceso a la literalidad de la norma, negando la consideración de accidente de trabajo a las lesiones que se producen en el centro de trabajo pero no en el puesto de trabajo, entendiendo que la presunción solamente opera desde el momento en que el operario se halla en el puesto de trabajo, pues solo entonces es cuando empieza a computarse la jornada tal y como indica el artículo 34.5 ET⁵⁵. No obstante, de esta afirmación no se debe colegir la conclusión de que ineludiblemente cuando ocurra la lesión en un lugar que no es el destinado a la prestación laboral (vestuario⁵⁶, v.gr.) no pueda considerarse aplicable la presunción, siendo necesario examinar el supuesto concreto para conocer exactamente las condiciones bajo las que se produjo el suceso dirimido.

Y si antes –cuando tratábamos el primer presupuesto legal (tiempo de trabajo)– señalábamos el valor esclarecedor del convenio colectivo en torno a la determinación del tiempo de trabajo, aquí se observa una diferencia. En ocasiones, ese pacto colectivo no salva la concurrencia de los dos presupuestos a la par. Así, aunque se constate que, en virtud de la norma paccionada, el tratamiento a la pausa de descanso que

54. STS de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9727).

55. El trabajador había fichado con media hora de antelación, pero no se encontraba en su puesto de trabajo. Ésta es la razón por la que no se considera operativa la presunción en STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2020 (JUR 2020/256136).

Desde nuestro punto de vista, se olvida la sentencia de la verdadera razón de ser de esta presunción y los requisitos que la configuran. Si el pilar sobre el que se construye el concepto de accidente de trabajo es la relación de causalidad con el trabajo, no se entiende cómo no se aprecia ésta en el supuesto debatido. Simplificadamente, el trabajador acudía normalmente con ese lapso de antelación a su trabajo y no es descabellado pensar que lo hacía para cumplir fielmente con sus obligaciones laborales. La patología –desmayo– que sufrió fue en el vestuario, no en ninguna dependencia (comedor o similares) en la que estuviera por razones ajenas a la prestación de servicios. A pesar de las diferencias en torno a las circunstancias bajo las cuales se producen otros accidentes –específicamente, en la STS de 4 de octubre de 2012 (rcud. 3402/2011) en realidad los hechos son similares, variando tan sólo aspectos a nuestro juicio accidentales, como la circunstancia de que no se le abonase un plus de puntualidad (que sí devengaba en el supuesto dilucidado ante el Alto Tribunal).

En la STS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/1904) el trabajador (oficial de 1ª de la construcción) mientras se estaba cambiando de ropa en la obra para empezar a trabajar sufrió un ictus isquémico. No se consideró de aplicación la presunción al no encontrarse en tiempo de trabajo. De nuevo, en nuestra opinión, el descarte nos parece excesivamente rigorista, con independencia de que entendamos que no estábamos ante un accidente de trabajo no porque no concurrieran las circunstancias señaladas en el precepto, sino por cuanto entendemos que el ataque sufrido no guardaba relación de causalidad con el trabajo, toda vez que “acababa de volver de Lleida en autocar, donde había sido tratado de un anterior episodio de ataque cerebrovascular”. Esta circunstancia que no se relaciona con el trabajo y sí con los hábitos fumadores y enólico, así como con una mutación de un determinado gen de la protombina, se nos presentan como causas para la exclusión de la reiterada presunción.

56. Así, entendiendo aplicable la presunción dado que se encontraba el trabajador en jornada laboral: STS de 4 de octubre de 2012 (RJ 2012/10305); el trabajador sufrió un infarto de miocardio encontrándose en el vestuario de la empresa y antes del comienzo de la relación laboral, pero (y ésta es la clave para considerar de aplicación a la presunción) el accidente acaece tras haber fichado y mientras se está equipando con los medios de protección individual requeridos. Junto a estos datos, también es contemplada la circunstancia de que los trabajadores percibían un plus por la puntualidad en la entrada al trabajo.

También, Sentencias como SSTS de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/534), de 22 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9215) o de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007/3843), entre otras.

ha de disfrutar el trabajador cuando tiene que cumplir una jornada superior a seis horas es considerada como jornada de trabajo, se podrá descartar la existencia de la presunción con base a la ausencia del segundo de los elementos aquí analizados: el lugar de trabajo⁵⁷.

D. Síntomas apreciables en el lugar y durante el tiempo de trabajo

En ocasiones el resultado lesivo no irrumpe de inmediato, sino que viene precedido por unos síntomas previos. En estos supuestos, bien puede suceder que la patología no muestre su virulencia en el puesto de trabajo durante la jornada laboral, pero que sí hayan aparecido síntomas que presagiaban el suceso.

Si nos encontramos ante la hipótesis antes descrita, el nexo causal entre la lesión y el trabajo no queda cercenado, por lo que –una vez probado este extremo de manifestación inicial de la enfermedad– no existe ningún óbice para entender que la presunción sigue operando y, por lo tanto, que nos encontramos ante un accidente de trabajo⁵⁸.

No obstante, bajo nuestro punto de vista, si el factor desencadenante fue algún tipo de acción en el trabajo (por ejemplo, un esfuerzo o una conversación airada) que no tiene como resultado inmediato la materialización de la lesión, pues ésta se manifiesta posteriormente y en lugar/tiempo que no es laboral, no podría beneficiarse de la presunción, sin perjuicio de que el trabajador –o beneficiario– pueda probar la causalidad con el trabajo. Esta imposibilidad de extender la presunción al supuesto comentado la entendemos fundamentada en la propia literalidad del precepto que exige que ocurra no la acción (u omisión) susceptible de desencadenar el riesgo, sino la materialización concreta del suceso lesivo para la salud, aun cuando no sea de forma virulenta, sino como anuncio de lo que más adelante ocurrirá⁵⁹.

57. Esto es lo que ocurre en el asunto dirimido por la STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2017 (AS 2018/882). El trabajador durante los treinta minutos que dispone para cenar (jornada laboral en virtud de la norma paccionada) y mientras da un pequeño paseo, sufre un dolor súbito y agudo en la pantorrilla de la pierna izquierda. El citado Tribunal descarta la aplicación de la presunción por esta razón, a la que aúna otra consideración (a nuestro juicio más relevante que la primera) cual es la falta de etiología laboral de la afección padecida.

58. STS de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6767) los síntomas aparecen durante la jornada laboral y se hacen más patentes en la pausa de descanso para la comida (sufrió entonces una hemorragia cerebral); STS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012/4702) la muerte se produce como consecuencia de una embolia pulmonar y aun cuando se desencadena de camino desde el trabajo al domicilio, los síntomas iniciales aparecieron en el trabajo.

STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2020 (JUR 2020/261512) y sigue siendo irrelevante a estos efectos que se tenga una predisposición médica a sufrir la patología en cuestión o que no haya sido la primera vez que tal enfermedad se haya presentado; STSJ de Madrid de 16 de junio de 2020 (JUR 2020/246526) siendo la enfermedad que se desencadena un infarto de miocardio; STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2020 (JUR 2020/261512) en donde la dolencia se manifiesta en el trabajo como consecuencia de un esfuerzo realizado “que incluso preció asistencia médica durante la jornada de trabajo, aunque el desenlace final se produzca pocas horas después”; STSJ de Navarra de 5 de diciembre de 2017 (JUR 2018/19540); STSJ de Andalucía de 23 de noviembre de 2017 (JUR 2018/13194).

59. En la STSJ de Asturias de 28 de julio de 2020 (JUR 2020/260648) se desestiman las alegaciones referidas a la concurrencia de presupuestos para aceptar la presunción, porque habían transcurrido más de cuarenta días entre el esfuerzo (causa) y la afección. Pero, a nuestro juicio, la clave no estriba en el periodo tan dilatado que transcurre, sino en la circunstancia cierta de que esa actividad de sobrecarga que realizó el trabajador no le desencadenó instantáneamente ningún resultado lesivo por pequeño que éste fuera.

Si el planteamiento es justamente el contrario, esto es, cuando los síntomas surgen en el domicilio, manifestándose la patología en el trabajo, sin que ningún factor laboral haya desencadenado el proceso de agravación, la patología no puede beneficiarse de la presunción⁶⁰.

E. Un caso particular: el suicidio en tiempo y lugar de trabajo

Una de las causas por las que se produce la exclusión a la consideración como accidente de trabajo es el suicidio y, aun cuando no pretendemos a través de estas líneas realizar un estudio exhaustivo de éste (que por sí mismo sería objeto de un comentario propio), sí entendemos que es oportuno ofrecer pinceladas sobre su comprensión y efectos jurídicos.

Partimos de la lógica legal de excluir del beneficio que supone la consideración y calificación como contingencia profesional tanto de la autolisis, como de la máxima expresión en que ésta se materializa: la consciente (aunque mermada, en ocasiones) voluntad de sesgarse la propia vida⁶¹.

Ante estas situaciones la respuesta del legislador parece ser rotunda, aunque no lo mencione expresamente⁶²: no ha lugar a esa protección reforzada que se prevé para las contingencias profesionales⁶³.

60. STS de 4 de abril de 2018 (RJ 2018/9716), la trabajadora –médica de profesión– al levantarse de la cama sufrió mareos, caída al suelo, dificultad para hablar, etc. A pesar de ello, acude al trabajo y sin que conste que realizara actividad laboral alguna regresa de nuevo a su domicilio para, esta vez, sí solicitar ayuda médica, diagnosticándosele finalmente de embolia cerebral con infarto cerebral.

STSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2018 (AS 2019/330); STSJ de Cataluña de 29 de diciembre de 2016 (JUR 2017/73575) los síntomas previos se produjeron en el domicilio del trabajador un día antes del momento en que se desencadena el infarto. Éste se manifiesta después de haber terminado la jornada laboral (una hora y media después). Con estos datos, no fue posible aplicar la presunción legal y se niega –a continuación– la consideración de laboralidad, al entender que el infarto fue como consecuencia de los factores de riesgo (tabaquismo) y la existencia de una enfermedad previa.

Por el contrario, si el trabajador se siente indispuesto en su domicilio, pero acude a trabajar, sufriendo entonces un ataque isquémico transitorio, la presunción se aplicará, dado que “es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección”: STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2017 (JUR 2017/1829).

61. Poquet Catalá, R.: “El suicidio como accidente de trabajo: Análisis de una zona gris”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 22, 2020, p. 122, recogiendo el argumento de parte de la doctrina (así Urrutikoetxea Barrutia, M.: “Suicidio y accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, pp. 169-192) sobre la imposibilidad de la consideración del suicidio como accidente de trabajo, por cuanto el suicidio se identificaría con “la existencia de una fuerza exterior, sea de aparición súbita o de lenta evolución, que provoca una consecuencia dañosa para la vida o integridad física del trabajador, lo que excluye toda posibilidad de que un acto del propio trabajador (el suicidio) pueda ser considerado como accidente”. El efecto de negación al suicidio como accidente de trabajo es contrarrestado por la propia Poquet Catalá a lo largo de su estudio (más contundentemente, en p. 135) para llegar a afirmar que “De hecho un sector doctrinal, según mi parecer, no acertado por todo lo señalado anteriormente, ha estimado que el suicidio no puede calificarse como accidente, porque es un acto doloso, realizado de forma voluntaria”, pues (p. 137) “... a mi parecer, el suicidio, en cuanto tenga alguna conexión con el trabajo –teniendo presente que el origen será, en la mayoría de los casos, multicausal– debe ser considerado como accidente de trabajo”.

62. Artículo 156.4 LGSS: “no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo ... En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado”.

63. No se aplica la presunción estudiada a la muerte por suicidio: STSJ de Andalucía de 10 de enero de 2019 (AS 2019/1974).

Los extremos suelen parecernos muy claros. Si yo, trabajador, decido libre y voluntariamente acabar con mi vida, esa decisión dolosa no puede generar un beneficio para mí o para terceros porque directamente he materializado el riesgo. De esta manera, probada la lesión letal autoinferida, queda advenida la “prueba en contrario que impide en principio el despliegue de los efectos habituales de dicha presunción legal”⁶⁴.

Continuemos con una exageración: si yo, trabajadora presa de la angustia por motivos personales, cerceno mi integridad física es claro que no tiene conexión alguna con el trabajo y al romperse el nexo causal no es posible hablar de accidente de trabajo, con independencia de que el lugar que haya elegido para acometer tal acto haya sido el propio a mi trabajo y, además, lo haya hecho durante mi jornada laboral.

Ahora bien, ¿qué pasaría si el trabajador no ha puesto fin a su vida por motivos de adición a alguna sustancia, o de celos, o por soledad o por un sinfín de motivos todos ellos enclavados en la más pura esfera personal? ¿Y si el trabajador comete este acto por razones directamente vinculadas al trabajo, porque le han despedido, porque es objeto de un trato discriminatorio, le acosan en el trabajo y un largo etcétera?

La situación ya varía y de nuevo aquí la labor de nuestra jurisprudencia para encauzar la interpretación de la ley y ajustarse al espíritu de la norma⁶⁵, sin que pueda establecerse una respuesta unívoca, puesto que aquí nuevamente hemos de estar a las circunstancias concurrentes que se producen en cada uno de los supuestos⁶⁶, a fin de comprobar si existe o no relación de causalidad entre el suicidio y la labor que antes desempeñaba el que se quita la vida para dilucidar si existe “o no (de) trastorno mental del suicida y (en) la etiología laboral o no de dicho trastorno mental o enfermedad mental que conduce a la decisión suicida”⁶⁷.

Quizás obvia decir que siendo el suicidio la plasmación más clara de autolisis, la misma suerte ha de correr como norma general –no procede aplicar la presunción– a aquellos daños que el trabajador presenta como consecuencia directa de su intervención⁶⁸.

64. STS de 15 de diciembre de 1972 (RJ 1972/5560) recogido el aserto en STSJ del País Vasco de 17 de enero de 2017 (AS 2017/205).

65. A decir por el propio Tribunal Supremo (STS de 25 de septiembre de 2007, RJ 2007/8316) las sentencias dictadas por él hasta los años setenta “suelen descartar automáticamente la calificación a efectos de Seguridad Social del suicidio del trabajador como accidente de trabajo, cualesquiera que sean sus circunstancias, incluido el suicidio consumado en tiempo y lugar de trabajo. A partir de 1970 las decisiones jurisprudenciales no tienen siempre el mismo signo”. El Tribunal, en concreto, fija el punto de inflexión en la STS de 29 de octubre de 1970 (RJ 1970/4336) a la que le siguen otras, como la del 26 de abril de 1974 (RJ 1974/1762).

La lectura de la STS de 31 de marzo de 1952 (RJ 1952/673) aun cuando queda clara la conexión con el trabajo (el trabajador que se suicida había sido acusado de robo de útiles de trabajo), exigiendo la conexión “exclusiva” entre el trabajo y el suicidio en la STS de 29 de marzo de 1962 (RJ 1962/1384) y otras como la de 19 de febrero de 1963 (RJ 1963/849) o de 28 de enero de 1969 (RJ 1969/406) todas ellas citadas en el aserto que en primer lugar hemos referido.

66. STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8316).

67. De nuevo, STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8316).

68. Así, las lesiones producidas a raíz de una pelea iniciada por el trabajador: STSJ de Castilla y León de 28 de noviembre de 2018 (JUR 2019/27797).

III. LA PRESUNCIÓN LEGAL Y EL INFARTO DE MIOCARDIO

El fundamento de su consideración como accidente de trabajo es la propia amplitud con la que aparece definido el concepto de accidente de trabajo. Si ya antes sostuvimos que la jurisprudencia interpretaba que se podían englobar bajo este concepto las enfermedades ocurridas como consecuencia o por ocasión del trabajo prestado, no existe ningún inconveniente jurídico para incluir a este tipo de patologías de la consideración como contingencia profesional⁶⁹.

Siendo, por tanto, posible entender que el infarto de miocardio puede ser considerado como accidente de trabajo⁷⁰, lo cierto es que la jurisprudencia inicialmente exigía determinados requisitos. De esta manera, era claro que estábamos frente a un accidente de trabajo cuando el infarto se provocaba como consecuencia de un trabajo pesadoso, de carga, en donde el trabajador tenía que hacer acopio de su fuerza física, pero no se extendía a aquellas otras prestaciones que podríamos calificar como “intelectuales” o en las que no se requería esfuerzo físico⁷¹.

La necesidad de acreditar la naturaleza esforzada de la prestación de servicios en el plano físico viró en los años cincuenta. Es a partir de entonces cuando nuestros tribunales intuyen que factores psicológicos conectados directamente con la carga de trabajo (estrés) o la situación de inquietud del trabajador podría desencadenar este tipo de patologías cardíacas y, consecuentemente, se podría materializar el infarto. Estas razones son las que llevan a los intérpretes de la Ley a admitir que también en estas situaciones podíamos encontrarnos ante un accidente de trabajo⁷², sin que

69. Sánchez Pérez, J.: “La naturaleza jurídica de las enfermedades surgidas en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2013, califica al infarto agudo de miocardio, como “una categoría fronteriza entre el accidente de trabajo y la enfermedad común”.

SSTS de 10 de diciembre de 1987 (RJ 1987/7842), de 28 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9046) o de 15 de febrero de 1996 (RJ 1996/1022); STS de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016/965); STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8476). Todas ellas sostienen que el infarto de miocardio puede ser accidente de trabajo.

En relación a la isquemia miocárdica-arritmia cardíaca-asistólica ocasionada por arterioesclerosis coronaria y cardiopatía dilatada, la STS de 22 de julio de 2010 (RJ 2010/7283); sobre la taquicardia, la STS de 13 de octubre de 2003 (RJ 2004/264); STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018/116880) consistiendo en infarto agudo de miocardio como consecuencia de la oclusión de las arterias.

70. Molina Gutiérrez, S. M.: “Incidencia de la patología cardíaca en los accidentes de trabajo. Repercusión de la Sentencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo número 325/2018, de 1 de marzo de 2018. Recurso 2.942/2016”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 17, 2018, p. 242, nos presenta el informe publicado en la revista médica *The Lancet* (M. Kivimáki y otros. *The Lancet*. vol. 386, nº 10005.31 de octubre. pp.1739-1746. La conclusión de este dictamen que se elaboró a partir de comprobaciones reales durante siete años de personas que, *a priori*, no padecían enfermedades de corazón, fue que “los empleos en los que se exige mucho de los trabajadores y se les da muy poco control sobre lo que hacen son los que más estrés causan y mayor riesgo de enfermedad coronaria comporta. En otro extremo, los empleos en que los trabajadores pueden controlar qué hacen y a qué ritmo lo hacen son los de menor riesgo coronario”.

71. Nos recuerda Sánchez Pérez, J.: “La naturaleza jurídica de las enfermedades surgidas en el trabajo”, ob. cit., nota al pie 48, cómo la STS de 24 de noviembre de 1923 calificaba como accidente de trabajo al infarto que ocasiona el resultado de muerte del trabajador “cuando cargaba sacos de cemento”, línea doctrinal que se mantiene intacta, negándose –STS de 12 de noviembre de 1954– a un trabajador que no tiene como cometido propio desplegar su fuerza física, por lo que la afección cardíaca no se califica como accidente de trabajo al ser un resultado “inopinado y casual”.

72. Se llega a más afirmando –STS de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012/4702)– que la presunción es especialmente intensa en lo que hace a las lesiones cardíacas.

para tal conclusión se exija la probanza de que en el preciso instante en que se desencadenó el infarto el trabajador estaba realizando un “esfuerzo especial”⁷³.

Esa naturaleza profesional de la contingencia en el supuesto que ahora analizamos y, concretamente cuando el infarto se manifiesta durante la jornada laboral en el puesto de trabajo, es una realidad incontestable a la fecha actual, pero que desde luego no está exenta de críticas de nuestra doctrina⁷⁴.

No obstante, entendemos que la calificación como accidente de trabajo por obra del propio concepto netamente legal y base de la construcción jurídica del resto de supuestos o clases de accidente de trabajo es del todo punto conveniente y acertada. Es cierto, que en estos supuestos –infarto durante el tiempo de trabajo en el lugar de trabajo– la destrucción de la presunción se torna en poco menos que diabólica. Recordemos que la presunción suponía que el trabajador (o beneficiarios) debía de acreditar los dos presupuestos legales (tiempo y lugar de trabajo), pero, una vez expuestos ambos, era la parte que negaba la calificación profesional de la lesión la que tenía que acreditar la falta de causalidad con la prestación de servicios. Este desplazamiento de la carga probatoria se complica en supuestos que, como el presente, no obedecen a un único factor desencadenante y en donde se nos antoja prácticamente imposible concluir sin género de dudas que el trabajo (sea cual fuere éste) no influyó en ninguna medida en el infarto.

Pero, a pesar de las consideraciones anteriores, entendemos que el mal que se trata de evitar es superior al beneficio que podríamos encontrar si exigiéramos un plus de acreditación a quien pretenda favorecerse de la presunción. Esto es, si nuestra jurisprudencia no se hubiera decantado tan tajantemente a favor de la aplicación de la presunción en estos supuestos, estaríamos dejando al arbitrio de los tribunales la estimación o no de la misma, con el consiguiente menoscabo a la seguridad jurídica que esto conlleva, pues, en definitiva, sería competencia del tribunal el establecer la medida o porcentaje concreto que representó para el desenlace lesivo a la salud la concreta actividad laboral y sobre la base de esta estimación apreciar o no la presunción legal. De otro lado, porque médicamente no se puede determinar con claridad cuál es la causa que origina una afección cardíaca como ésta, acaso porque es imposible aislar cada uno de los factores que coadyuvaron al desencadenamiento del infarto; las personas no estamos ensambladas y hasta la fecha, al menos, no existe una parcela

En la STS de 20 de octubre de 2009 (RJ 2009/7608) se descarta que la lesión cardíaca sea “por sí misma(s) extraña(s) a las relaciones causales de carácter laboral”; STS de 9 de julio de 2009 (RJ 2009/6085) en relación al infarto de miocardio y la aplicación de la presunción.

73. STSJ del País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR 2017/229100) citando STSJ Cataluña de 30 de junio de 1999 (AS 1999/6119).

74. Sánchez Pérez, J.: “La naturaleza jurídica de las enfermedades surgidas en el trabajo”, ob. cit., señala que son varias las razones que le impulsan a entender que esta calificación es forzada e infundamentada. En primer lugar, por el cambio tan espectacular que se produce en función del momento concreto en que ocurre el episodio cardíaco. Extremando la situación, observa este autor que si el infarto ocurre apenas han transcurrido cinco minutos desde el fin de la jornada laboral y el trabajador se ha marchado ya de las dependencias de la empresa, ese infarto no será considerado como accidente de trabajo. En segundo lugar, porque la presunción en estos supuestos cobra tanto vigor que en realidad se hace imposible desvirtuarla. De esta manera, propone la reubicación de la consideración del infarto para, sin dejar de constituir en su caso un supuesto de accidente de trabajo, encuadrarlo –en virtud de la información médica que al efecto tenemos acerca de cómo se provoca este infarto– en la categoría de enfermedad agravada como consecuencia del trabajo prestado.

concreta a la que imputar un origen netamente profesional y otro personal, congénito o hereditario. Entendemos, por tanto, que es perfectamente probable que los infartos no se produzcan ni por cuestiones netamente profesionales (léase, laborales) ni por factores exclusivamente personales. En la medida en la que el trabajador asume un riesgo que beneficia al empresario y –queremos pensar– a la sociedad en su conjunto, han de asumirse también las consecuencias por la materialización de ese riesgo.

Expresado de forma mucho más contundente y explícita, la clave, a decir por nuestra jurisprudencia, estriba en que “en principio no se puede descartar la influencia de los factores laborales en la formación y desencadenamiento de una crisis cardíaca o cardiovascular”⁷⁵, por lo que no existe óbice alguno para considerar que el infarto de miocardio entra de lleno en la definición de accidente de trabajo⁷⁶ y, como tal, se beneficia de la presunción contenida en el apartado tercero del artículo 156 LGSS.

Así, las especialidades que presenta un infarto de miocardio y, en particular, la imposibilidad de deslindar en la mayor parte de las ocasiones las causas personales de las estrictamente profesionales, llaman a una interpretación más extensiva del precepto cuando nos encontramos ante este tipo de afecciones⁷⁷. Concretamente, aun cuando el trabajador en el momento en que se produce la crisis cardíaca no se encuentre trabajando, ni tan siquiera en su puesto de trabajo, si los síntomas aparecieron en las jornadas laborales anteriores, se puede observar la clara conexión con el trabajo y a través de una interpretación extensiva –y, a nuestro juicio, genuina– del precepto, admitir que estamos ante un accidente de trabajo⁷⁸; si ésta es la interpretación que se sostiene en

75. STS de 8 de marzo de 2005 (RJ 2005/4485) que recoge la tesis sostenida por antiguos pronunciamientos de este Tribunal [SSTS de 23 de marzo de 1968 (RJ 1968/1669), de 9 de octubre de 1970 (RJ 1970/3947), de 22 de marzo de 1985 (RJ 1985/1374) o de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8529)]. Extiende esta argumentación a lo ocurrido también con las enfermedades cerebrales.

76. Fernández-Simal Fernández, J. S.: “Accidente de trabajo por infarto de miocardio: análisis jurisprudencial y pautas para su prevención en el ámbito laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2012, pp. 17-43. Las lesiones corporales engloban a “las enfermedades de súbita aparición o desenlace, por lo que no cabe duda que el IM ha de integrarse en la definición de accidente de trabajo dada por el mencionado artículo 115.1 LGSS”.

77. Sempere Navarro, A. V.: “Los confines del accidente laboral mediando el desplazamiento”, ob. cit., p. 70. Este autor con gran sutileza indica que “La relación de causalidad entre la lesión y el trabajo realizado resulta evidente cuando el trabajador sufre de forma repentina un traumatismo por agentes o elementos externos dentro de la jornada y horario habitual y en el centro de trabajo, de ahí que la presunción legal no tenga ni que aplicarse. Sin embargo, cobra plena virtualidad cuando el trabajador sufre las lesiones en el tiempo y lugar de trabajo, pero se desconocen las circunstancias causantes o el momento exacto en que sobrevino el accidente, no hay testigos o se trate de testigos no colaboradores o concurren diversas causas y resulte difícil clarificar si el trabajo ha sido determinante para la consecución de la lesión”.

78. Ni siquiera incide el hecho de que el empleado ya tuviera antecedentes de patologías cardíacas: SSTS de 11 de junio de 2007 (RJ 2007/6630), de 26 de abril de 2016 (RJ 2016/2131), de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8476), de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8879), de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9475), de 23 de enero de 1998 (RJ 1998/1008) y de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998/4091). STSJ de Aragón de 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021/18958) que, pese a los argumentos de contrario, acepta la aplicación de la presunción, con independencia de los antecedentes médicos del trabajador que pudieron coadyuvar al infarto; STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2019 (JUR 2020/216199) quedando acreditado del historial médico que presentaba “enfermedad cardíaca hipertensiva benigna e hipertensión arterial maligna”; STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de diciembre de 2019 (JUR 2020/200207); STSJ de Andalucía de 9 de mayo de 2019 (JUR 2019/199122); STSJ de las Islas Canarias de 24 de enero de 2019 (JUR 2019/132221); STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2018 (JUR 2019/144276) y STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2018 (JUR 2018/317839).

De nuevo entendiendo que lo relevante es la aparición de los síntomas, aun cuando –en este caso– el infarto de miocardio ocurre en el lugar donde reside el trabajador: STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2018 (AS 2019/1135); STSJ

el supuesto antes indicado, la presunción no podrá decaer cuando las primeras noticias de la enfermedad ocurren durante la jornada laboral, aun cuando no se desencadene aquella hasta después de finalizada la tarea en un lugar diferente al del trabajo⁷⁹.

Desde otra perspectiva, la circunstancia de que el trabajador hubiera sufrido molestias antes de materializarse el infarto, tampoco tiene relevancia a los efectos de que decaiga la presunción⁸⁰, como tampoco es relevante el estilo de vida o hábitos más o menos saludables del trabajador⁸¹.

En ocasiones, la presunción en este tipo de supuestos en los que no concurren estrictamente los dos requisitos a los que se viene haciendo referencia, se comporta de forma diferente, por cuanto parece que el tribunal tenga una necesidad de ofrecer un plus de justificación para acceder a esta calificación⁸².

IV. CONCLUSIONES

A través del presente trabajo hemos tratado de ofrecer un esbozo de la comprensión acerca de qué se ha de entender por accidente de trabajo y cuándo se puede apreciar –en principio– que estamos frente al mismo.

Partimos de la necesidad de acotación del concepto de accidente de trabajo, observando con agrado cómo la actual norma en nada difiere de la original, lo que facilita un estudio más pausado y en absoluto coyuntural de la realidad que se trata de amparar.

de las Islas Baleares de 7 de junio de 2018 (JUR 2018/230413); STSJ de las Islas Canarias de 9 de febrero de 2018 (JUR 2019/261); STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2017 (JUR 2018/75114).

79. En la STS de 20 de marzo de 2018 (RJ 2018/1707) se concede plena validez a la presunción, dado que consta debidamente acreditado que el trabajador (abogado) comenzó a sentirse indispuesto en su puesto de trabajo durante la jornada laboral, aun cuando el óbito se produce como consecuencia de una cardiopatía isquémica ocurrida en el gimnasio (que abona la empresa) al que acudió a sugerencias de sus propios compañeros, quienes pudieron comprobar que su estado físico no era óptimo, lo que denota –a ojos del Tribunal– que no fue con ánimo lúdico sino para recuperarse. Tampoco es relevante que el trabajador sufriera de cardiopatía previa y se le hubiera realizado un triple *bay pass*; STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2017 (JUR 2017/119130); STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2017 (JUR 2017/120352); STS de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016/956); STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2017 (JUR 2017/88197) que destaca la influencia que tuvo el estrés laboral para que se desencadenara el infarto agudo de miocardio, sin que la patología previa influya para la consideración final de la contingencia como profesional; STSJ del País Vasco de 10 de enero de 2017 (JUR 2017/67566).

Téngase presente, por tanto, que la “presunción puede contrarrestarse, pero no ignorarse o neutralizarse con una mera suposición o hipótesis” (Sempere Navarro, A. V.: “Los confines del accidente laboral mediando el desplazamiento”, ob. cit., p. 67).

80. STS de 5 de abril de 2018 (RJ 2018/1661) siendo la patología concreta una pericarditis aguda post infarto que aparece la noche anterior en la residencia del trabajador y se hace más evidente al día siguiente en el trabajo durante la jornada laboral. STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2020 (JUR 2020/261512) recordando STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013/8476) y STS de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016/965).

81. Esta conclusión se puede extender a todas las patologías, pero acaso se observa más claramente en las enfermedades cardiovasculares. STS de 25 de abril de 2018 (RJ 2018/3201) con relación al tabaquismo. Es ajena la presunción a los “hábitos de vida del trabajador en el infarto, constituyendo simplemente factores de riesgo”: STSJ de Cataluña de 18 de abril de 2019 (AS 2019/1628).

82. De esta manera, se observa en la STSJ de Aragón de 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021/18958) que despliega un haz de motivos que le llevan a esta consideración como accidente de trabajo, por cuanto analiza la prestación de servicios y concretamente los escasos periodos de descanso del empleado, sin que el empresario le diera ningún tipo de facilidades para adaptar su reloj biológico a las nuevas condiciones de los distintos territorios en los que ejecutaba su labor.

La especial tutela que supone la consideración del accidente como laboral, explica en gran parte el interés del accidentado (o beneficiarios) de conseguir la calificación jurídica como contingencia profesional.

La vía más ágil para ese reconocimiento es la que nos dispensa el artículo 156.3 LGSS que regula una presunción a favor de la laboralidad de todo cuanto le suceda al trabajador en el lugar de trabajo durante la jornada laboral. La inclusión de esta presunción supone una inversión de la carga probatoria, pues ya no será el trabajador que alega que estamos ante un accidente de trabajo el que deba acreditar el nexo causal entre la patología y el trabajo desempeñado; antes bien, una vez mostrados los presupuestos legales (cuya adveración sí le corresponde al prestador de servicios), será la parte que niega la consideración de profesionalidad en la lesión la que deba acreditar la falta de relación de causalidad por cuanto, simplificada, la enfermedad carece de una etiología laboral.

Esta inversión de la carga probatoria supone a la postre la conversión de una presunción *iuris tantum* en una presunción que acaso podríamos calificar como *iuris et de iure* en un supuesto muy concreto, cual son los infartos y en general las patologías cardíacas que se manifiesten en el lugar y jornada laboral. Decimos que se trastoca esa consideración jurídica de la presunción hasta rozar la de *iuris et de iure*, por cuanto la única posibilidad que se tiene para destruir la misma es acreditar con hechos y pruebas contundentes que el trabajo no tuvo absolutamente nada que ver con el infarto sufrido y, esta constancia – al menos hoy por hoy – nos atrevemos a decir es clínicamente imposible.

A pesar de la solera jurídica del accidente de trabajo, de la copiosa doctrina judicial (y jurisprudencia) con que contamos, es un tema éste en absoluto exento de casuismo, lo que de un lado exige que antes de saber si una concreta lesión es o no accidente de trabajo debamos estudiar el supuesto concreto, y, de otro, que se trata de una cuestión que no es ajena a las circunstancias sociales imperantes en cada momento.

Bibliografía

- Amadachou Kaddur, F.: "Capítulo VIII. "La sintomatología invalidante en tiempo y lugar de trabajo como elemento clave para la operatividad de la presunción de laboralidad del accidente (a propósito de la STS, Sala de lo Social, nº 59/2020, de 23 de enero)", en VV.AA.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. I)*, Laborum, Murcia, 2020.
- Fernández-Simal Fernández, J. S.: "Accidente de trabajo por infarto de miocardio: análisis jurisprudencial y pautas para su prevención en el ámbito laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2012.
- García Murcia, J.: "Capítulo I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo", en VV.AA.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. I)*, Laborum, Murcia, 2020.
- López Insua, B.: "La presunción de "laboralidad" de nuevo a escena: el desprendimiento de retina como accidente de trabajo en caso de uso de pantallas de visualización de datos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 19, 2019.

- Martín Valverde, A.: "El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas (Régimen general, autónomos, autónomos dependientes, agrarios)", *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2008.
- Martín Valverde, A. y García Murcia J.: *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- Martínez Yáñez, N. M.: "Singularidades en la calificación del accidente de trabajo en el sector pesquero", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019.
- Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T.: "El accidente de trabajo en la más reciente jurisprudencia", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2008.
- Molina Gutiérrez, S. M.: "Incidencia de la patología cardíaca en los accidentes de trabajo. Repercusión de la Sentencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo número 325/2018, de 1 de marzo de 2018. Recurso 2.942/2016", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 17, 2018.
- Pellicer R.: *Infarto y accidente de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- Poquet Catalá, R.: "Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad y limitación del tiempo de trabajo efectivo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 19, 2019.
- Poquet Catalá, R.: "El suicidio como accidente de trabajo: Análisis de una zona gris", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22, 2020.
- Sánchez Pérez, J.: "La naturaleza jurídica de las enfermedades surgidas en el trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2013.
- Selma Penalva, A.: "El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas", *Temas Laborales*, núm. 314, 2016.
- Sempere Navarro, A. V.: "Los confines del accidente laboral mediando el desplazamiento", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario 1, 2021.
- Sempere Navarro, A. V.: "Video-comentario a la STS num.670/2020, de 16 de julio. RJ 2020/3118. Accidente de trabajo: procede aplicar la presunción de laboralidad al episodio cardiovascular sobrevenido mientras el trabajador que desempeña su actividad en régimen de jornada continuada se encuentra en la "pausa por bocadillo" en el comedor de la empresa, y que el convenio colectivo considera tiempo de trabajo", *Aranzadi Digital* núm. 1, 2021 (BIB 2021/750).
- Toscani Giménez, D.: "Tiempo y lugar de trabajo a efectos de accidentes de trabajo: el infarto de miocardio", *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 358, 2020.
- Toscani Giménez, D. y Clark Soriano, H.: *Accidentes de trabajo: concepto, determinación y responsabilidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Urrutikoetxea Barrutia, M.: "Suicidio y accidente de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008.



La asistencia personal, ¿una relación laboral “típica”?

PERSONAL ASSISTANCE, A “TYPICAL” EMPLOYMENT RELATIONSHIP?

José Antonio Rueda Monroy

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y abogado laboralista

Universidad de Málaga

ruedamonroy@uma.es 0000-0001-8716-040X

Recibido: 20.07.2021. Aceptado: 25.10.2021

RESUMEN

En el presente estudio se ofrecen algunas pautas relativas al vínculo jurídico que une al asistente personal con la persona para la que presta servicios, que nos llevarían, si atendemos a las especificidades propias de la figura, a que esta hallase encuadramiento en la relación laboral asalariada, en la medida en que permitiría satisfacer con suficiencia las cinco premisas fijadas en el artículo primero de nuestra norma laboral básica. Esta apreciación se ve matizada por el dato relativo a que la asistencia personal se presta bajo circunstancias muy particulares, análogas a las que concurren en la actividad efectuada por personas que trabajan en el servicio doméstico y que fundamentan la existencia de una relación laboral de carácter especial para esta última. A pesar de tal coincidencia de base, a nuestro juicio, no cabe subsumir la asistencia personal bajo el rótulo y régimen jurídico previsto para el trabajo doméstico puesto que sería forzar en exceso la delimitación subjetiva prevista en este régimen especial. De ahí que se torne preciso acometer el estudio de la regulación jurídico laboral de esta figura en auge y proponer la configuración del instrumento que, reconociendo su laboralidad, ordene y contemple las particularidades propias de esta prestación de servicios en la que prima sobremanera la relación existente entre asistente y persona usuaria.

ABSTRACT

This study offers some guidelines regarding the legal bond that unites the personal assistant with the person for whom it provides services, which would lead us, if we pay attention to the specificities of the figure, to what it is framed in the salaried employment relationship, to the extent that it would allow to sufficiently satisfy the five premises set out in the first article of our basic labor standard. This assessment is tempered by the fact that personal assistance is provided under very particular circumstances, analogous to those that occur in the activity carried out by people who work in domestic service and that substantiate the existence of an employment relationship of

PALABRAS CLAVE

Apoyos
Asistencia personal
Dependencia
Discapacidad
Relación laboral

KEYWORDS

Supports
Personal assistance
Dependency
Disability
Labor relationship

a special nature. for the latter. Despite such basic coincidence, in our opinion personal assistance cannot be subsumed under the label and legal regime provided for domestic work since it would be overstressing the subjective delimitation provided for in this special regime. Hence, it is necessary to undertake the study of the legal labor regulation of this booming figure and propose the configuration of the instrument that, recognizing its employment status, orders and contemplates the particularities of this provision of services in which the existing relationship takes precedence. between assistant and user.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA ASISTENCIA PERSONAL UNA FIGURA EN AUGE Y HUÉRFANA DE REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA
 - II. LA ASISTENCIA PERSONAL A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL
 - A. Una breve aproximación a la asistencia personal: concepto y origen
 - B. El alcance de la asistencia personal en el paradigma de la convención internacional
 - C. La financiación de la figura en España: la asistencia personal como prestación económica
 - III. LA CONCORDANCIA DE LOS ELEMENTOS CLAVE DE LA ASISTENCIA PERSONAL CON LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN ASALARIADA
 - A. El empresario
 - B. La persona trabajadora
 - C. Análisis de los elementos caracterizadores de la relación laboral
 1. Trabajo personal
 2. Voluntariedad
 3. Retribución
 4. Ajenidad
 5. Dependencia
 - IV. SOBRE LOS ÓBICES PARA LA APLICACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR
 - A. La no afectación de ninguna exclusión a la contratación directa de asistente personal
 - B. Los distintos sujetos del contrato
 - C. La separación del objeto del contrato
 - V. AFIANZANDO NUESTRA POSICIÓN: EL DESCARTE DE LA RELACIÓN CIVIL Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR
 - VI. PROPUESTAS DE REFLEXIÓN A MODO DE CIERRE: APUNTES SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN Y CONDICIONES LABORALES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: LA ASISTENCIA PERSONAL UNA FIGURA EN AUGE Y HUÉRFANA DE REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA

La asistencia personal puede ser una figura difícil de asimilar sin unas nociones básicas sobre discapacidad. Si este es el caso de quien se enfrenta a estas líneas, se intentará proporcionar las herramientas necesarias para ello en el próximo epígrafe, ya que en este apartado nos centraremos en exponer brevemente el problema que pretendemos dilucidar en el presente artículo, el cual viene auspiciado por la falta de regulación de la figura y las particularidades que le son propias.

Si nos referimos a la asistencia personal en nuestro país encontramos un “concepto relativamente nuevo” y con “un largo camino por recorrer, social, jurídica y administrativamente”¹, al contrario de lo que ocurre en otros países, como podrían ser Estados Unidos, Gran Bretaña, Suecia o Noruega, donde la figura tiene implantación y desarrollo desde hace más de veinte años².

Nuestro ordenamiento interno prevé la asistencia personal como prestación económica en el artículo 19 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LPAP), aunque la figura que nos ocupa trasciende mucho más allá³. Veremos como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁴ (CIDPD, en adelante), acoge la figura como un derecho humano de las personas con discapacidad, por lo que la misma se proyecta más allá de la prestación económica y también de la dependencia. Queremos decir que la asistencia personal no se va a considerar solo la efectuada tras el reconocimiento de la prestación al sujeto usuario, así como tampoco este ha de ser necesariamente una persona reconocida con grado de dependencia a los efectos de la precitada LPAP, sino que la misma puede ser concertada por persona con discapacidad en virtud de la definición aportada por el artículo primero de la CIDPD sin grado de dependencia alguno, siendo esta última norma internacional y la interpretación efectuada por el órgano competente las que –como se verá– han marcado unos contornos precisos a la figura sin que esta cuestión se haya abordado como merece en nuestro derecho autóctono.

Esta última cuestión ocasiona no poca problemática práctica. Si focalizamos nuestro estudio en el ámbito laboral, y, específicamente en la naturaleza del vínculo que une a la persona usuaria con la prestadora de la asistencia personal, encontramos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales contradictorios. Los hay que mantienen que esta contratación directa entre el asistente personal y la persona usuaria ha de regirse por las normas civiles⁵; otros que, explorando todas las posibilidades, advierten de la idoneidad de la relación laboral⁶ y otros pronunciamientos doctrinales⁷ y también

1. Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E.: “Bloque I. La asistencia personal”, en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015, p. 16.

2. *Ibidem*.

3. La asistencia personal ya aparecía mencionada, como un tipo de apoyo complementario, en el artículo 9 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

4. Ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 junto a su Protocolo Facultativo, sin reservas ni declaración interpretativa alguna, entrando en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008, y ratificada también por la UE el 26 de noviembre de 2009 (Decisión del Consejo [2010/48/CE], DOUE de 27 de enero de 2010, Serie L 23/35).

5. Maldonado Molina, J. A.: “Bloque V. Normativa”, en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015, p. 41.

6. Carbonell Aparici, G. J.: “Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional”, *Trabajo social hoy*, núm. 83, 2018, p. 92.

7. Véase en este sentido Fernández Collados, M. B.: “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018.

judiciales⁸ que declaran la existencia de una relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Por su parte, la mayoría de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre la materia han facilitado el acceso a la prestación económica en supuestos de contratación directa, tanto en régimen de laboralidad como de prestación de servicios y, también, cuando el servicio se realiza con la mediación de empresas dedicadas a prestarlo.

Adelantamos que nuestra posición parte de la existencia de relación laboral de carácter común, sin perjuicio de que estimemos necesario introducir particularidades regulatorias en aras de un adecuado equilibrio entre las partes del contrato. Empezaremos el análisis con un estudio conceptual de la figura para delimitarla y después confrontarla con el ámbito de aplicación de nuestra normativa laboral.

II. LA ASISTENCIA PERSONAL A LA LUZ DE LA CONVENCION INTERNACIONAL

A. Una breve aproximación a la asistencia personal: concepto y origen

La asistencia personal es una institución de apoyo de las personas con discapacidad⁹ que en nuestro país parece coger fuelle en los últimos tiempos, lo que es debido a su conexión y alineación con el nuevo paradigma de la discapacidad que se consolida en la CIDP y la evolución que provoca en cuanto al tratamiento de la misma.

Acogiendo una definición aportada por A. Arnau, Rodríguez-Picavea y J. Romañach, la figura del asistente personal es ejercida por aquella persona “que ayuda a otra a desarrollar su vida. Es decir, es quien realiza o ayuda a realizar las tareas de la vida diaria a otra persona que por su situación, bien sea por una diversidad funcional o por otros motivos, no puede ejecutarlas por sí misma”¹⁰.

En términos muy similares encontramos la definición legal de la asistencia personal en el artículo 2.7 de la LPAP, que la define como: “(..) servicio prestado por un asistente

8. En este sentido la STSJ de Aragón núm. 485/2019 de 27 de septiembre de 2019 que confirma la SJS núm. 2 de Zaragoza núm. 3/2019, de 10 de enero de 2019.

9. Conviene aclarar desde el inicio que acogemos el término discapacidad para referirnos a aquellas personas “con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” tal y como recoge el artículo primero de la CIDPD. Existe parte de la doctrina con un posicionamiento contrario a la utilización de este término al considerarlo estigmatizador debido a su relación con la –falta de– “capacidad”. Para eliminar la carga negativa que podría ocasionar en la identificación del colectivo se propone sustituirlo por el vocablo “diversidad funcional”. Véase en este sentido, Palacios Rizzo, A. y Romañach Cabrero, J.: *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas-AIES, Madrid, 2006, pp. 34 y ss. Desde nuestra posición, utilizaremos el término discapacidad para nombrar esta realidad, justificando nuestra opción en términos jurídicos, ya que en virtud de la disposición adicional 8ª de la LPAP es el término que ha de utilizarse normativamente para nombrar a esa realidad. De igual manera, consideramos que, si nos atenemos a la concepción de la discapacidad consolidada en la Convención Internacional precitada, dicho término ha de quedar huérfano de connotaciones negativas.

10. Arnau, Ripollés, S.; Rodríguez-Picavea Mantilla, A. y Romañach Cabrero, J.: “Asistencia personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España”, *Foro de Vida Independiente*, 2007, accesible en https://uplalaunion.org/wp-content/uploads/2020/04/Asistente_personal.pdf (acceso a 16/07/2021).

personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”.

La figura a la que nos referimos tiene su origen en los Estados Unidos. Surge, más concretamente de la filosofía del *Independent Living Movement* (Movimiento de Vida Independiente). Fue la lucha por la superación de los objetivos vitales de Edward Verne Roberts, estudiante de la Universidad de Berkeley (California), el acontecimiento que sería considerado a la postre como determinante del nacimiento de este movimiento¹¹. Esta persona con movilidad reducida decidió matricularse en la citada Universidad en 1962 a sabiendas de la falta de accesibilidad de la misma. Salvó las dificultades y barreras que se planteaban en la universidad¹² alojándose en la enfermería de la misma y destinando las cuantías de fondos federales a la contratación de asistentes personales, en el sentido terminológico que conocemos hoy día¹³.

B. El alcance de la asistencia personal en el paradigma de la convención internacional

El último gran salto a nivel internacional en el tratamiento de la discapacidad se produce con la CIDPD. Este instrumento es considerado como un hito que consagra jurídicamente la superación de la discapacidad desde una perspectiva individual y asistencial de la discapacidad al definirla como una interacción causal de deficiencias de salud con barreras sociales que impide una participación plena en igualdad con los demás¹⁴, y elevar a la discapacidad a una cuestión de Derechos Humanos¹⁵.

Además de lo relevante de esta variación en la concepción de la discapacidad, hemos de concretar que entre los principios y derechos con implicaciones y compromisos directos asumidos por los Estados parte se encuentra explícitamente y con un valor reforzado la asistencia personal. Es el artículo 19, intitulado “Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad” el que contiene el compromiso de los Estados de asegurar el “acceso a una variedad de servicios de asistencia (...) incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”.

Con todo, esta importante herramienta internacional de derecho positivo se ve reforzada mediante la intervención que se derive del Comité de los Derechos de las

11. Palacios Rizzo, A. y Romañach Cabrero, J.: *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, ob. cit., p. 52.

12. Dificultades como el desplazamiento, el aseo o para alimentarse o vestirse.

13. En este sentido Palacios Rizzo, A. y Romañach Cabrero, J.: *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, ob. cit., p. 52 y ss. y Palacios Rizzo, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 109 y ss. En el mismo sentido Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E.: “Bloque I. La asistencia personal”, ob. cit., p. 13.

14. Véase la definición que se fija en su artículo 1.1 que recogemos en la nota al pie núm. 9.

15. Vid. Palacios Rizzo, A. y Bariffi, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007, p. 11.

Personas con Discapacidad (CDPD, en adelante). La creación *ad hoc* de este Comité, como órgano garante específico del cumplimiento de lo dispuesto en la CIDPD para los países firmantes del Protocolo Facultativo¹⁶ conforme a lo establecido en el artículo 34, ha dado sus frutos en lo que respecta a la asistencia personal con la Observación general núm. 5, “sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad” de 2017. Mediante la misma, el CDPD asiste a los Estados en la interpretación y aplicación del referido artículo 19 CIDPD.

En lo que a la asistencia personal se refiere, las indicaciones son claras y valiosas. El punto 16 de la observación a la que hacemos referencia destaca que “la asistencia personal se refiere al apoyo humano dirigido por el interesado o el usuario que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente” y reconoce en la figura las siguientes notas características:

- Una financiación que ha de ser asignada a la persona con discapacidad para que abone la contraprestación por los servicios al asistente personal dentro de los estándares de un empleo digno (i). Entendemos que esta no debe ser una característica constitutiva sino una constricción a los Estados parte. En otras palabras, aunque no se perciba financiación estatal, la contratación de una persona con las características que posteriormente se apuntaran para realización de trabajos dirigidos a posibilitar la autonomía de la persona dependiente, habrá de considerarse asistencia personal.
- El control del servicio de forma directa por la persona con discapacidad en su planificación, instrucciones y dirección independientemente de si se contrata a través de proveedores o se actúa como empleador (ii). En todo momento será la persona con discapacidad quien detente el poder de decisión respecto a la asistencia, la cual ha de respetar sus preferencias (autogestión del servicio) (iv).
- La entidad de la relación personal. La persona receptora de la asistencia será quien contrate, capacite y supervise el servicio sin que pueda ser compartido el servicio sin consentimiento (iii).

Expresamente se pone de relieve en el punto 17 que el “concepto de asistencia personal en que la persona con discapacidad no ejerce plenamente la libre determinación y el control de sí misma no se considerará conforme con el artículo 19”.

Si algo se evidencia de las expresadas singularidades de la asistencia personal es la necesidad por parte de los Estados parte de una actuación proactiva y promocional en cuanto a la adopción de medidas que vayan encaminadas a la regulación de esta figura, no solo en aspectos de financiación, también en el desarrollo de unos mimbres jurídicos que garanticen la vigencia de estos principios anunciados en la relación contractual, y ello, con el objeto de que las personas con discapacidad disfruten del derecho a vivir de forma independiente, lo que precisaría en primer término el referido reconocimiento normativo.

16. Entre ellos España. Véase nota al pie núm. 4.

Ante barreras que impidan o dificulten la participación en sociedad de la persona con discapacidad no solo en el ámbito del hogar, sino también en esferas culturales, educativas, en el empleo o en participación política, el apoyo del asistente personal favorece el ejercicio del derecho. La asistencia personal se convierte en una “prolongación de la propia persona”¹⁷, convirtiéndose, no en un cuidador, sino en una herramienta para la vida independiente al relacionarse con actividades cotidianas¹⁸. El asistente personal “apoya la vida independiente” otorgándole a la persona con discapacidad, a través de su poder de decisión, la posibilidad de efectuar las “actividades de la vida diaria sin la participación constata de un familiar, de un amigo, de un voluntario o de la solidaridad ajena”¹⁹. La función principal del asistente personal es el apoyo al proyecto vital de la persona usuaria, lo que va “más allá de otro tipo de necesidades primarias que pueden ser cubiertas o no por otros actores, como son los cuidadores familiares, servicios de ayuda a domicilio, etc.”²⁰.

Las actividades que posibilitan la asistencia personal son infinitas atendiendo a cada persona y sus propios planes de vida, quedando muchas de ellas sujetas a ámbitos de la más estricta intimidad, como pudieran ser necesidades fisiológicas o relativas a la preparación para la actividad sexual, lo que hace fundamental la garantía del control del servicio por parte del sujeto receptor de la misma, tal y como instruyó el CDPD en la observación núm. 5 antes comentada. Incidiendo sobre esta idea, en palabras de Rafael de Asís y Agustina Palacios, “el usuario de este servicio actúa en definitiva como un consumidor independiente, decidiendo por ende quién presta el servicio, qué actividades cubrirá, cuándo lo hará, dónde y cómo”²¹. Por otro lado, siguiendo a Arnau Ripollés, Rodríguez-Picavea y Romañach Cabrero²², se pueden diferenciar ocho áreas de actuación del asistente personal: las tareas personales, relacionadas con la persona, como el aseo, vestirse, ayuda a comer o a necesidades fisiológicas, pasar páginas; tareas de hogar; de acompañamiento, dentro o fuera del domicilio; de conducción; de comunicación, como podría ser la interpretación de lenguaje de signos; de coordinación, referidas a la planificación diaria de actividades y toma de decisiones; excepcionales, derivadas de situaciones imprevistas; y especiales, relacionadas con la sexualidad²³.

17. De Asís Roig, R.: “Apoyo y asistencia personal”, *Ius Fugit*, núm. 22, 2019, p. 16.

18. *Ibidem*, p. 18.

19. De Asís, Roig, R. y Palacios Rizzo, A.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 73.

20. Carbonell Aparici, G. J.: *La figura del asistente personal en el movimiento de vida independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana*, Tesis Doctoral, UNED, 2018, p. 209.

21. De Asís, Roig, R. y Palacios Rizzo, A.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, ob. cit., p. 73.

22. Arnau, Ripollés, S.; Rodríguez-Picavea Mantilla, A. y Romañach Cabrero, J.: “Asistencia personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España”, ob. cit., p. 7.

23. Entienden los autores que estas últimas irán referidas al acompañamiento o a la ayuda en la preparación, excluyendo tácitamente los propios actos sexuales. A nuestro juicio, estos servicios no podrían nunca en nuestro país entrar dentro de las funciones del asistente personal al ser consideradas *res extra commercium* ex artículo 1271 CC, lo que viciaría el contrato de nulidad. En Suñe, A. y Martínez García, I.: “Bloque II. La figura del asistente personal”, en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015, p. 22 se diferencia entre la *asistencia personal* y *asistencia sexual*, en la que la primera figura “no participa directamente en la sexualidad del usuario, sino que le

C. La financiación de la figura en España: la asistencia personal como prestación económica

Como hemos puesto de relieve, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su observación general número 5 hizo alusión a la financiación de la asistencia personal. Lo propio se pretende en nuestro derecho con el artículo 19 LPAP, que regula la asistencia personal como prestación económica.

Tal y como se expresa en el precepto que nos ocupa, el destino del *quantum* económico –al que luego nos refreiremos–, va dirigido a la contratación de asistencia personal²⁴. En concordancia con el objeto principal de este artículo, podríamos cuestionarnos la fórmula jurídica por la que ha de procederse a dicha contratación, la cual, en principio parece abierta. En el siguiente epígrafe profundizaremos sobre esta cuestión.

Siguiendo con el contenido del precepto, se observa que la contratación habrá de realizarse por el número de horas que repercuta al usuario en tres ámbitos concretos: en la educación, el trabajo y en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Está limitación de actividades deja fuera esferas relevantes para el ejercicio de una vida independiente de acuerdo a la CIDPD como pudiera ser, entre otras, el ocio o la cultura²⁵.

Pese a que la plasmación en derecho interno de la financiación de la asistencia personal parece que sigue en el papel –con sus más y sus menos, como se ha expuesto– los estándares de la CIDPD, los datos oficiales muestran una nimia trascendencia práctica de la medida. Si observamos los datos publicados por el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia²⁶, a fecha 30 de abril de 2021, únicamente se han concedido en nuestro país 8.139 prestaciones económicas de asistencia personal. Además, del total reconocidas, las comunidades autónomas del País Vasco (6.295) y Castilla y León (1.451) son las que representan la inmensa mayoría de las

ayuda a la consecución de la misma”. En cualquier caso, nos posicionamos en contra de la posibilidad de un contrato, laboral o no, que recogiera este tipo de servicios sexuales. La jurisprudencia es abundante en este particular, véase la reciente STS núm. 584/2021 de 1 junio, en la que expresamente se recuerda que “no resulta posible con arreglo a nuestro vigente Derecho la celebración de un contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es, un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener las relaciones sexuales que le indique el empresario, con las personas que este determine a cambio de una remuneración, y el contrato que así se celebre debe reputarse nulo” (FD 6).

24. En derecho comparado existen otras modalidades de gestión más cercana a un servicio público que, respetando la autonomía del usuario, se configuran desde el compromiso estatal como un servicio socio-sanitario como es el caso de Noruega. *Vid.* Carbonell Aparici, G. J.: “Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional”, *ob. cit.*, p. 89.

25. Sobre este particular De Asís, Roig, R. y Palacios Rizzo, A.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, *ob. cit.*, p. 84, entendiendo los autores que la prestación económica se encontraba “doblemente restringida”. Por un lado, en cuanto al ámbito de actividades, tal y como se ha puesto de manifiesto. Y por otro puesto que solo tenían acceso las personas valoradas en el rango de gran dependencia. Esta última cuestión fue resuelta en 2012 por el artículo 22.7 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, permitiéndose desde entonces el reconocimiento de la prestación a sobre cualquiera de los grados de la situación de dependencia.

26. SAAD: “Información estadística del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. Situación a 30 de abril de 2021”, *Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)*, 2021.

prestaciones reconocidas, siendo desafortunadamente residual las concesiones en el resto de Autonomías²⁷.

Pese a la importancia que la figura de la asistencia personal ha de tener a la luz de la CIDPD²⁸, tienen mucho más peso en la práctica las prestaciones económicas vinculadas al servicio (10'62%) y las de cuidados familiares (31'46%) que la asistencia personal (0'56%), lo que corrobora las afirmaciones del Comité de los Derechos de las personas con discapacidad en su observación general número 5, referente a la “ausencia de asignaciones presupuestarias y marcos jurídicos adecuados para la prestación de asistencia personal y apoyo individualizado²⁹”. En palabras de Molina Fernández³⁰: “La práctica demuestra que la cartera de servicios de atención a la discapacidad y dependencia sigue anquilosada en el modelo asistencialista siendo necesaria una apuesta decidida por el fomento de servicios que promuevan la autonomía personal y la vida independiente, reduciendo con ello la institucionalización de las personas con discapacidad o en situación de dependencia”.

Por otro lado, si nos atenemos a las cuantías máximas de prestación previstas en la disposición transitoria décima del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, observamos que difícilmente con ellas se pueden alcanzar los objetivos previstos en la normativa de aplicación. En efecto, con unas cuantías que van desde los 300 a los 715'07 euros³¹, dependiendo del grado de dependencia reconocido, parece dificultoso que la persona usuaria pueda satisfacer todos los costes que supongan la contratación de la asistencia personal, que si se realiza en régimen de laboralidad debería incluir, además del salario, las cotizaciones a la seguridad social y las posibles indemnizaciones previstas por la expiración del tiempo convenido en el contrato de trabajo³².

27. En el caso de Andalucía a fecha 30 de abril de 2021 se habían reconocido únicamente 12 prestaciones económicas de asistencia personal.

28. Desde el Foro de Vida Independiente se justifica que la asistencia personal es la “prestación social directa que con más justicia ayuda a conseguir el empoderamiento de una persona con diversidad funcional (por sí misma o mediante sus representantes legales) permitiendo solventar las necesidades cotidianas acorde a su proyecto auto-determinado de vida, incluyendo las actividades básicas para la vida diaria, el empleo, la formación, la vida social y el ocio”. Foro de Vida Independiente y Divertad: “Precisiones sobre la Asistencia Personal bajo el modelo de Vida Independiente”, *Federación Vida Independiente*, 2017, p.3, accesible en <http://forovidaindependiente.org/wp-content/uploads/2017/08/Precisiones-sobre-AP.pdf> (acceso a 17/07/2021).

29. Punto 15 c) del referido informe.

30. Molina Fernández, C.: “Bloque V. Normativa”, en AA. VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015, p. 45.

31. Las cuantías que reciben los beneficiarios que antes de la entrada en vigor de dicha norma (15 de julio de 2012) tuviesen reconocidos grado y nivel de dependencia se reconocerán en las cuantías establecidas en el Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y se establecen las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2011.

32. En cualquier caso, las prestaciones están condicionadas al Programa Individual de Atención recogido en el artículo 29 LPAP.

III. LA CONCORDANCIA DE LOS ELEMENTOS CLAVE DE LA ASISTENCIA PERSONAL CON LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN ASALARIADA

Tras una somera y necesaria aproximación a la figura de la asistencia personal, nos compete ahora centrarnos en el objeto principal de este trabajo y averiguar la relación jurídica que vincula a la persona usuaria con la prestadora de la asistencia personal.

A priori, podríamos distinguir las dos esferas tradicionales de prestación de servicios: el régimen civil y el régimen de laboralidad. Ciertamente, no parece que esta concreta prestación que nos ocupa inspirara las ideas originales del derecho del trabajo. No nos encontramos ante una relación especialmente asimétrica en cuanto al poder económico de los contratantes, sin embargo, estamos ante un derecho imperativo cuando la prestación de servicios se efectúa bajo ciertas reglas, por lo que esa cuestión dogmática ha de quedar aislada, debiéndonos al derecho positivo.

Por otro lado, no debemos perder de vista las características propias de la figura de la asistencia personal según lo previsto en la CIDPD, lo que ya podría encauzarnos hacia una determinada tipología jurídica de relación. Como hemos adelantado, nuestra posición es clara. Se aboga en estas líneas por la laboralidad de la relación que vincula al asistente personal con la persona usuaria dadas las específicas características de este vínculo y en consideración con nuestro derecho laboral. No obstante, deviene interesante valorar en estas líneas, además de la posibilidad de encontrarnos ante una contratación directa por parte de la persona usuaria, la contratación que se realiza a través de una empresa proveedora del servicio. Esta cuestión, que tendrá repercusión en la relación triangular mantenida entre el asistente personal, el usuario y la empresa proveedora, sucederá cuando la persona usuaria acuda a una entidad especializada para que esta le proporcione los servicios de asistencia personal, actuando esta última como la empresaria a efectos laborales. No obstante, exploraremos más adelante algunas dificultades que se pueden plantear.

Debemos precisar también que la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo entre las personas contratantes podría venir condicionada por el reconocimiento de la prestación económica antes analizada, toda vez que el artículo 19 LPAP establece en su último inciso que por “acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”. Podría ser admisible en términos jurídicos que se acordara en sede reglamentaria, o autonómica, una determinada fórmula para la contratación de la asistencia personal, lo que podría predeterminar la naturaleza de la relación jurídica *ex lege*. Si descendemos a las regulaciones de las Comunidades Autónomas, cuestión que queda fuera del alcance de un artículo como el que nos ocupa³³, comprobaremos como la inmensa mayoría de ellas posibilitan la prestación de los servicios mediante contrato con empresas prestadoras de estos

33. Puede consultarse un cuadro de las regulaciones autonómicas en <https://www.asistenciapersonal.org/saad/RK=2/RS=HFIODJCDq5zVIkxALXyOCF6Th3k->

servicios o directamente por la persona usuaria, en este último caso mediante contrato laboral o de prestación de servicios³⁴. Sí parece ser un requisito casi unánime la condición de que en el contrato, independientemente de la tipología escogida, se incluyan las condiciones y directrices para la prestación del servicio propuestas por el beneficiario. No obstante, tanto si la contratación de la asistencia se produce de forma directa o extramuros del reconocimiento de la prestación económica, aunque esta implique la vinculación mediante una determinada relación jurídica, habrá de estarse a la legalidad vigente y especialmente a los principios básicos de nuestro derecho del trabajo.

Antes de comenzar con análisis del encaje de la figura en nuestra normativa laboral, haremos alusión a lo dispuesto en el artículo 8.1 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 (en adelante, ET). En su virtud se presume, *iuris tantum*, la existencia de contrato de trabajo en la prestación de los servicios efectuada a cambio de una retribución y “por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro”. En este sentido, el precepto delimitador de este tipo de relaciones es el artículo 1.1 ET que impone la aplicación de la normativa laboral a “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Cuando concurren en la relación las notas características expresadas en el precitado artículo 1.1 ET, la relación jurídica habrá de ser calificada como laboral con independencia del *nomen iuris* del contrato³⁵. Pasemos pues a confrontar este precepto con las características de la figura de la asistencia personal que hemos ido conociendo, especialmente las indicadas por el CDPD, y han de concurrir en la prestación de los servicios para considerarse como tal.

A. El empresario

Según lo establecido en el artículo 1.2 ET “serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas

34. Ejemplo de regulación restrictiva es la que encontramos en el principado de Asturias. La Resolución de 30 de junio de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regulan los servicios y las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el Principado de Asturias, establece en su artículo 12.2 d) como requisito para la obtención de la prestación en los casos en los que la contratación se haga de forma directa por la persona beneficiaria que quien ejerza la asistencia personal este “dado de alta en régimen especial de autónomos de la Seguridad Social”, lo que imposibilita la contratación en régimen de laboralidad de forma directa a través de la prestación. Con todo, esta contratación en régimen de prestación de servicios podría ser problemática, toda vez que si en la misma se aprecian las notas características de la relación asalariada –sobre las que nos extenderemos a continuación– tal relación habría de ser declarada como laboral con las consecuencias perjudiciales que ello podría acarrear a la persona beneficiaria la cual ha sido inducida por la Administración a una contratación errónea.

35. Véase en este sentido la doctrina jurisprudencial recogida en, entre otras: en vía civil, la STS de 24 de enero de 1986, y en el ámbito social la STS de 17 septiembre 1982, o la STS de 12 septiembre 2014.

para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

No percibimos ninguna particularidad en cuanto a la figura que nos ocupa. Podrá ser empresario tanto la persona física que contrate directamente para sí la asistencia personal como aquella física o jurídica que actúa como proveedora del servicio, empleando a asistentes personales con el objeto de que presten servicios para las personas dependientes o con discapacidad que acudan a las mismas, siempre que, en uno y otro supuesto, concurren en la relación las notas características que posteriormente analizaremos, lo que como comprobaremos, sucederá de ordinario.

Con respecto a la posibilidad de concertar los servicios a través de una empresa de trabajo temporal conforme a lo previsto en el último inciso del precepto, estimamos realmente difícil que se den los condicionantes para ello. En primer lugar, porque los supuestos, requisitos y condiciones de utilización del contrato de puesta a disposición quedan circunscritos a lo previsto en el artículo 15 ET³⁶. Por otro lado, las exigencias propias de la asistencia personal son incompatibles con el contrato de puesta a disposición, ya que la persona usuaria ha de ser quien personalmente elija a la prestadora del servicio y quien ha de ostentar el poder de dirección.

B. La persona trabajadora

Habrá que considerarse al asistente personal como persona trabajadora, es decir, unida a un empresario mediante un contrato de trabajo –verbal o escrito–, cuando preste sus servicios de acuerdo con las notas previstas en el artículo 1.1 ET. Y ello, como se adelantó, independientemente de la denominación dada por las partes al negocio jurídico o de la existencia de una determinada prestación que financie la actividad, en tanto que nos encontramos ante una norma de derecho necesario absoluto.

No existe tampoco especialidades en esta parte del vínculo contractual, al menos en la actualidad. Incluimos esta última apreciación puesto que existe el debate sobre la necesidad de requerir cualificación específica –o no– para llevar a cabo la profesión. Sin pretender extralimitarnos con respecto al objeto de nuestra investigación, expondremos que, si bien la LPAP al regular la prestación no hace mención expresa a ningún requisito en este sentido³⁷, algunas Comunidades Autónomas sí han previsto la necesidad de que la persona contratada tenga algún tipo de formación para poder accederse a la prestación³⁸.

36. Ello según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

37. Aunque habrá de estarse a un posible desarrollo del artículo 36 de la referida norma que establece en su apartado primero que “se atenderá a la formación básica y permanente de los profesionales y cuidadores que atiendan a las personas en situación de dependencia. Para ello, los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el Catálogo de servicios regulado en el artículo 15”.

38. En la Comunidad de Cantabria se requiere que el asistente personal tenga “la cualificación profesional de atención sociosanitaria a personas en el domicilio creada por el Real Decreto 295/2004, de 20 de febrero, o de Atención Sociosanitaria a Personas Dependientes en Instituciones Sociales, creada por el Real Decreto 1368/2007, de 19

En lo que afecta al objeto de este artículo, que va más allá de la asistencia personal efectuada a través de una prestación económica, será indiferente que la persona trabajadora que efectúe labores propias de asistente personal, posea o no titulación específica. Si en la prestación concurren las notas que seguidamente analizaremos, será aplicable la legislación laboral. No obstante, la necesaria formación parece ser la línea que mantiene el CDPD al indicar en su observación número 5 la necesidad de que los Estados se aseguren de la recepción de “una formación adecuada sobre vida independiente, en la teoría y en la práctica” de las personas que trabajen en servicios relacionados con la discapacidad³⁹, y ello pese a que esta exigencia podría no ir “en la línea de la filosofía de vida independiente ni de la experiencia de los proyectos de asistencia personal”⁴⁰.

C. Análisis de los elementos caracterizadores de la relación laboral

Para que exista relación laboral han de concurrir en el vínculo de la prestación de servicios las notas esenciales que caracterizan al trabajo asalariado, estas son: el trabajo personal, la voluntariedad, la retribución, la dependencia y la ajenidad (art. 1.1 ET). La falta de alguna de estas notas [art. 1.3.g) ET] o la concurrencia de alguna situación de exclusión de las contenidas en el artículo 1.3 ET situaría la unión que mantenga la prestadora de la asistencia personal fuera de la noción del contrato de trabajo, lo que conllevaría que estuviésemos ante una relación de otra naturaleza. Ciertamente, la única causa de exclusión constitutiva es la prevista en el artículo 1.3.a), que hace mención a los funcionarios públicos, siendo las demás situaciones recogidas por la norma previsiones que carecen en mayor o menor proporción de algunas de las antedichas notas características. Así, quedaría excluida de la aplicación de esta norma servicios prestados por familiares que convivan con la persona usuaria y empresaria hasta el segundo grado [art. 1.3.e)] y trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad [art. 1.3.d)]⁴¹.

1. Trabajo personal

La persona prestataria del servicio ha de ser una persona física, siendo requisito esencial el carácter personalísimo de la relación, es decir, que no pueda ser sustituida esta persona por otra.

de octubre así como los correspondientes certificados de profesionalidad regulados por el Real Decreto 1379/2008, de 1 de agosto o por las vías equivalentes que se determinen”. Véase el artículo 12.3 e) de la Orden EMP/48/2009, de 24 de abril, por la que se desarrolla el catálogo de servicios del sistema para la autonomía personal y la atención a la dependencia y se regula la aportación económica de las personas usuarias en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

39. Punto núm. 65.

40. Gómez Jiménez, N.; Ordax Blanco, E.; Moya Olea M^a. J. y Sánchez Santos F.: “Bloque IV. Prestación del servicio de asistencia personal”, en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015, p. 27.

41. Si bien las características propias de la asistencia personal desaconsejan que los servicios sean prestados por personas cercanas, ya sean familiares o amigos, ya que en estos casos se podría “distorsionar la toma de decisiones por parte de la persona con diversidad funcional y la relación existente con el asistente persona”. Vid. Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E.: “Bloque I. La asistencia personal”, ob. cit., p. 16.

Precisamente nos encontramos ante uno de los rasgos inherentes a la figura de la asistencia personal. En la medida en que la persona dependiente o con discapacidad ha de tener el control del servicio y decidir quién es la prestadora, no puede quedar al arbitrio de esta su sustitución por otra, mucho menos sin el consentimiento de la persona usuaria. Estamos ante uno de los rasgos esenciales que han de ser evaluados por nuestros tribunales a la hora de calificar la naturaleza de una prestación, por lo que, si no concurre esta, la relación habría de ser calificada como de prestación de servicios⁴².

Entendemos que en este aspecto no se producen zonas grises, el carácter personalísimo del trabajo asalariado concuerda por las características propia de la asistencia personal. La persona prestadora de la asistencia personal ha de efectuar el trabajo de forma personal y directa sin posibilidad de delegarlo a otras, por lo que en esta relación concurre la nota de trabajo personal.

2. Voluntariedad

Huelga expresar que el trabajo del asistente personal ha de desarrollarse de manera libre y bajo previa aceptación o consentimiento de la relación, no existiendo en nuestro derecho ninguna previsión que compela a la persona a la realización de este tipo de actividades como si puede ocurrir con otras⁴³.

3. Retribución

Si bien es cierto que las definiciones de asistencia personal expuestas al inicio de este artículo no excluyen la posibilidad percibir los servicios forma lucrativa, lo más común será que la actividad se desarrolle a cambio de una contraprestación económica. Aunque –como se dijo⁴⁴– no parece tener cabida en el concepto de asistencia personal, o cuanto menos es desaconsejable, las prestaciones realizadas sin remuneración o a “título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, si se dieran, estarían excluidas del derecho laboral ex artículo 1.3 d) y g) ET, no encontrando la motivación del contrato finalidad económica. De ordinario la prestación de los servicios de asistencia se realizará al amparo de esta causa contractual por lo que por ellos se devengará la debida contraprestación.

Sin perjuicio de las reglas aplicables en cuanto a las condiciones económicas, de las que se pueden derivar grandes diferencias dependiendo de si la contratación se efectúa de forma directa o a través de empresa proveedora, como expondremos *in fine*, el salario se devengará generalmente en periodos mensuales, salvo pacto en contrario de acuerdo con el artículo 29.1 ET.

42. Véase a modo ejemplificativo la STS, recurso núm. 3847/2009 de 17 de junio de 2010.

43. Piénsese en los ejemplos que pueden ser subsumidos dentro de la exclusión prevista en el artículo 1.3.b) ET por tratarse de prestaciones personales en virtud regidas por el artículo 31.3 CE. Lo que ocurre con la participación en mesas electorales o como miembro del tribunal de jurado.

44. Véase nota al pie núm. 41.

Debido a las circunstancias de la actividad que nos ocupa, que se podría desarrollar en gran proporción en el domicilio o mediante actividades de acompañamiento a la persona con dependencia, se permite y puede ser razonable el percibo de parte de este salario en especie. Piénsese en la posibilidad del uso de habitación y pernocta en la vivienda de la persona usuaria o manutención mediante el abono o pago de alimentos. Quedaría sometida esta tipología de salario a los límites del 30% de las percepciones totales de la persona trabajadora y, en cualquier caso, a la imposibilidad de aminorar la cantidad en dinero del importe del salario mínimo interprofesional de acuerdo con lo establecido en el artículo 26.1 ET.

4. Ajenidad

La persona empresaria de la hipotética relación laboral, que analizamos en los casos de contratación directa, es particular, ya que como se dijo escapa sin duda de la concepción original de empresario –industrial– de la disciplina y su actividad no se mide en términos de beneficio económico, siendo incluso ajena al mercado. Sin embargo, esto no es óbice para descartar que se realice la actividad por cuenta ajena. Antes bien, los servicios prestados por el asistente personal redundarán directamente sobre la persona usuaria⁴⁵, percibiendo el prestador una retribución previamente determinada que será de ordinario en cuantía fija o periódica, independientemente de la situación patrimonial del usuario⁴⁶. Se aprecia el traspaso de la “utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios”⁴⁷.

Del mismo modo, los útiles del trabajo serán proporcionados por el usuario sin que estimemos que se precisen medios materiales de gran entidad que sean precisos para el desarrollo de la actividad. Las situaciones más severas de dependencia pueden requerir herramientas que sean propiedad de la persona usuaria, como pudieran ser grúas eléctricas, vehículos adaptados, etc., los cuales serán aportados por el empresario ya que se hace difícil que los aporte la persona prestadora del servicio dado los costes y especificidades de los mismos.

Estas dificultades de valoración de la ajenidad que afloran por la no participación en el mercado de la persona empresaria analizada, desaparecen cuando los servicios prestados por el asistente personal se desarrollan a través de una empresa proveedora del servicio. En este supuesto, la posición en el mercado de la empresa prestadora posibilita que fije ella misma los precios del servicio⁴⁸ y asuma los riesgos de la

45. Se evidencia ajenidad en los frutos por el aprovechamiento directo por parte del empresario del producto del trabajo. De igual forma que los resultados del trabajo en el caso de una limpiadora se incorporan al patrimonio empresarial. Véase en este sentido la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de julio de 2010, núm. 3344/2009.

46. El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo es indicio común de relación laboral como reiteradamente viene manifestando nuestro alto tribunal. Véase a modo ejemplificativo la precitada STS de 20 de julio de 2010. Se aprecia en este extremo la ajenidad en los riesgos.

47. STSJ de Aragón, núm. 485/2019 de 27 de septiembre de 2019.

48. Nos referimos a la ajenidad en el mercado.

explotación⁴⁹, manifestándose de forma más clara la concurrencia del requisito de ajenidad. Con todo, en uno y otro supuesto, estimamos que el asistente personal será ajeno a los riesgos del mercado, tanto positivos como negativos, ya que habrá de estar vinculado al empresario de forma continua o permanente, prestando un servicio “estructural” para el desarrollo de una vida autónoma de la persona usuaria. Estimamos difíciles las prestaciones de asistencia personal con carácter puntual dada las particularidades del servicio, siendo además difícilmente conjugables con las prestaciones económicas destinadas a su financiación.

5. Dependencia

La nota de la dependencia es la que nos permite decantarnos con mayor seguridad por calificar a la generalidad de relaciones de asistencia personal y persona usuaria como de trabajo asalariado ateniéndonos a los condicionantes propios de la figura que vienen ensalzados por el CDPD. Estamos además ante uno de los rasgos más característicos en el análisis de la laboralidad por parte de nuestros tribunales⁵⁰. Esta cuestión puede ser la más espinosa, ya que si acogemos de forma rigurosa los requisitos expresados por el CDPD podríamos admitir que únicamente este tipo de vínculo podría efectuarse al amparo de un contrato de trabajo.

El artículo 1.1 ET exige que la prestación de servicios se realice “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”. Por otro lado, el CDPD establece que la asistencia personal “ha de ser controlada por la persona con discapacidad” que en relación con el servicio puede “planearlo y decidir por quién, cómo, cuándo, dónde y de qué manera se presta”, además de “dar instrucciones y dirigir a las personas que lo presten”, debiendo ser los asistentes personales “supervisados” por quien reciba el servicio. En palabras muy ilustrativas, la persona con discapacidad “ejerce una figura de autoridad en la relación laboral. Es por esta razón que se define como una figura de auto-ayuda ya que la acción siempre la inicia y la decide la persona con diversidad funcional”⁵¹.

Desde luego que la contundencia de la observación del CIDPD y la perspectiva doctrinal nos hace acercarnos íntimamente a la dependencia funcional y al poder de dirección del empresario en el sentido de ordenar y proporcionar instrucciones a la persona trabajadora.

Cabría plantearse si la intensidad del control que predica el CDPD deja margen para que esta relación pueda plantearse en régimen de trabajo por cuenta propia, ya que se deduce que la imposibilidad de que el desarrollo de la actividad pueda ser programado por un tercero y menos por la persona que presta el servicio. En este sentido, y especulando sobre la relación laboral existente entre una empresa suministradora del servicio y un asistente personal que presta los mismos a la persona usuaria,

49. Nuevamente hacemos alusión a la ajenidad en los riesgos.

50. “La integración dentro del ámbito de la organización y de dirección de la empresa es el carácter vertebral que se viene perfilando como el más decisivo en la relación laboral”. *Vid.* STS de 14 de mayo de 1990, núm. 5076/1990.

51. Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E.: “Bloque I. La asistencia personal”, ob. cit., p. 16.

podríamos admitir que la primera, la empresa proveedora, efectuará las directrices en el empleo conforme al deseo expresado previamente por la persona usuaria del servicio. Sobre esta cuestión reflexionaremos algo más un poco más adelante.

En cualquier caso, siguiendo el método indiciario fijado por nuestros tribunales⁵², no estamos ante una relación que en líneas generales permita la libertad horaria. Al contrario, se precisará una especificación del horario en el que la persona necesite apoyos, ni con grandes márgenes de independencia en la ejecución del trabajo⁵³. Asimismo, la prestación del servicio puede ser exclusiva para una persona⁵⁴ y la persona asistente no tendrá la posibilidad de rechazar encargos legítimos⁵⁵ emanados del empresario.

Con todo, hemos de entender que incluso validaríamos la concurrencia de la dependencia desde una interpretación rígida de este requisito, como así fue entendida en un primer momento por nuestros tribunales, *id est*, dependencia funcional “como sujeción estricta a los órdenes de otra persona”⁵⁶.

IV. SOBRE LOS ÓBICES PARA LA APLICACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

En el elenco de relaciones laborales de carácter especial que posibilita el artículo 2.1 ET, se contempla una que, por las particularidades estudiadas de la asistencia personal, pudiera resultar afín: la relación laboral especial del servicio del hogar familiar (art. 2.1 b).

En efecto, son muchos los elementos típicos de la asistencia personal que nos hacen aproximarnos a esta figura, como pudieran ser: el ámbito donde se suele desarrollar la actividad, el carácter primordial de la relación personal, e, incluso, el objeto de la prestación de los servicios. Es por ello por lo que resulta interesante un examen de la norma reglamentaria que desarrolla esta relación para estudiar la posible inclusión de la figura del asistente personal en ella, máxime cuando los efectos jurídicos tanto para la persona empleadora como para la trabajadora serán más que relevantes.

52. Un repaso a estos indicios en la doctrina unificada, entre otras, en las SSSTS de 11 de mayo de 2009 (recurso 3704/2007), o la de 7 de octubre 2009 (recurso 4169/2008), con base a otras anteriores. En lo que respecta a la dependencia, los indicios comunes más habituales son: “la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador”.

53. Al contrario, serán bastantes estrechos y sometidos a la voluntad de la persona usuaria.

54. Cuanto menos no puede ser compartida en un mismo espacio de tiempo salvo consentimiento expreso.

55. Por más que nos encontremos ante una medida de apoyo posibilitadora de una vida independiente, el asistente personal no queda de ninguna forma sometido a la voluntad ilimitada de la persona usuaria, sino que serán de aplicación los límites propios de nuestro derecho contractual. Concretamos a que los encargos han de ser legítimos puesto que no resultará el asistente obligado a efectuar trabajos que atenten contra sus derechos más fundamentales los cuales se podrían dar en este ámbito respecto a actividades sexuales. Tampoco será considerada una orden legítima aquella que sea constitutiva de un delito. Véase sobre la obligación de obedecer a este tipo de órdenes, Fabregat Monfort, G.: “La posición del trabajador ante las órdenes empresariales *¿ius resistentiae* o *solve et repete?*”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27, 2003, pp. 23-33.

56. Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2019.

El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, justifica su propia existencia, y con ello la separación del derecho laboral común en las “condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico”, concretamente: en el ámbito de prestación de la actividad y el vínculo personal basado en una especial relación de confianza⁵⁷. Ciertamente, estas dos particularidades van a concurrir en la asistencia personal, la cual, dadas las actividades a desarrollar, será común que se preste en el ámbito del hogar familiar y precisará de un vínculo personal estrecho –si cabe más que el que se produce en el servicio de hogar familiar– entre asistente y usuario dada las actividades que pueden componer el objeto del contrato. Recordando algunas de las señaladas *ut supra*, piénsese en actuaciones relativas a necesidades fisiológicas o incluso la preparación de las condiciones y entornos para que el usuario pueda llevar a cabo una relación sexual. Podríamos afirmar que las razones de necesidad que se justifican para la existencia de una norma especial como es la que regula la relación laboral del servicio del hogar familiar son –cuanto menos– muy similares a las particularidades que se observan en la asistencia personal. Sin embargo, necesariamente hemos de descender a su articulado para el análisis de las opciones de encuadramiento.

A. La no afectación de ninguna exclusión a la contratación directa de asistente personal

El artículo 2 del Real Decreto 1620/2011 contiene una serie de relaciones que quedan extramuros de la relación especial configurada. La primera de ellas, contenida en el artículo 2.1 a), excluye las relaciones concertadas con personas jurídicas, lo que nos llevaría a descartar de raíz la aplicación de esta normativa a los servicios de asistencia personal contratados a través de empresas jurídicas proveedoras, ya tengan carácter civil o mercantil.

Dicho esto, se observa en el listado de exclusiones un par que hacen mención a la Ley 39/2006, apartando de esta regulación a las relaciones de cuidadores profesionales [art. 2.1.c)] y no profesionales [art. 2.1.d)], figuras distintas a la asistencia personal⁵⁸, a la que no se hace mención expresa y por lo que *a priori* podría quedar englobada en ella.

57. Véase la exposición de motivos de la referida norma. En este sentido Salcedo Beltrán, M. C.: “La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción”, en AA.VV.: *Relaciones laborales y empleados del hogar: Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 108.

58. Siguiendo la definición que proporciona el artículo 2 del Real Decreto 39/2006 se consideran cuidados no profesionales a “la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada” y cuidados profesionales a “los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro”. Posteriormente abundaremos sobre ello.

Sí es cristalina nuestra normativa en la exclusión expresa de la aplicación del régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico⁵⁹, rigiéndose por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación según la disposición adicional tercera del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

B. Los distintos sujetos del contrato

Establece el artículo 1.3 del Real Decreto 1620/2011 que a los efectos de esta relación laboral especial se considera empleador “al titular del hogar familiar”, siendo este el primer extremo conflictivo en cuanto a la aplicación de esta regulación a la asistencia personal.

Estimamos que en la actividad de la asistencia personal el sujeto que intervendría como empresario, que ha de ser la persona usuaria encargada de la autogestión del servicio, no tiene porque coincidir con el titular del hogar familiar, como fija el precitado artículo 1.3. Este precepto permite además que los servicios de hogar familiar se presten “para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda”, aspecto que tampoco tiene cabida en la asistencia personal. La prestación del servicio ha de ser realizada únicamente para la persona con dependencia, por lo que quedarían fuera de la misma el resto de personas que moren en la misma vivienda que la persona usuaria.

C. La separación del objeto del contrato

El objeto del contrato del servicio del hogar familiar atiende, en virtud del artículo 1.4 del Real Decreto 1620/2011, a dos vertientes⁶⁰: una *objetiva*, relativa a las tareas orientadas tanto al cuidado como al mantenimiento del lugar donde habita la familiar; y otra *subjetiva*, que va en relación al cuidado de los sujetos que componen esa unidad familiar. También se contemplan otros trabajos que formen parte de las tareas del hogar, reconociéndose expresamente por el precepto de referencia los de “guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos”.

Nos encontramos ante un objeto contractual que pivota tanto de forma objetiva como subjetiva sobre un espacio físico, el hogar familiar, y que comprende actividades tanto para su mantenimiento y cuidado como para el de los habitantes del mismo. A diferencia de las prestaciones que subyacen bajo la relación al servicio del hogar familiar, el objeto de la asistencia personal gira en torno de la persona con dependencia, sirviendo de apoyo a esta en su vida diaria y fomentando así su independencia y autonomía personal. Ni el contenido de la prestación se circunscribe a un contenido

59. En virtud del artículo 3.1 d) del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

60. Salcedo Beltrán, M. C.: “La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción”, ob. cit., pp. 113 y 114.

doméstico –aunque estas tareas no se pueden excluir⁶¹– ni se permite prestar al conjunto hogar familiar, sino en beneficio exclusivo de la persona dependiente. Aunque la asistencia personal pueda englobar cuidados, la misma no puede quedar ceñida a ellos, ni tampoco a tareas del hogar.

Se observa, pues, una desviación importante entre el objeto de una y otra prestación, lo que a nuestro juicio imposibilita –junto a las discrepancias en cuanto al ámbito subjetivo antes expuesto– que al amparo de una relación laboral especial del servicio del hogar familiar se puedan contratar servicios de asistencia personal.

V. AFIANZANDO NUESTRA POSICIÓN: EL DESCARTE DE LA RELACIÓN CIVIL Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

Si bien hemos pretendido fijar una posición clara y suficientemente motivada que justifique, desde nuestra posición, que la prestación efectuada por el asistente personal es a efectos jurídicos encuadrable en el régimen de laboralidad ordinario, utilizamos este epígrafe para afianzar nuestro criterio atendiendo a otras manifestaciones doctrinales, así como a resoluciones judiciales que entienden que estas relaciones no han de regirse por las normas comunes de la relación asalariada.

Si estamos a las regulaciones autonómicas de la prestación a la asistencia personal, se ha comprobado cómo se permite en la inmensa mayoría de los casos la contratación de esta figura en régimen de laboralidad o de prestación de servicios. Circunscribiéndose al análisis normativo de la prestación, Maldonado Molina manifiesta que el asistente personal “siempre será un trabajador (como así se llama en la disposición final 1ª del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo), pero será trabajador por cuenta ajena de la empresa o entidad con la que el dependiente contrate sus servicios; o trabajador por cuenta propia si lo hace directamente con él”⁶², descartando la posibilidad de contratación directa por parte del asistente personal en régimen de laboralidad. Tesis completamente contraria a la nuestra. El referido autor llega a la misma partiendo de la consideración del asistente personal como “cuidador profesional” según la definición dada por el artículo 2.6 LPAP, precepto que efectivamente no contempla la opción de laboralidad de esta concreta figura en régimen de contratación directa, derivándola al “profesional autónomo”. Sin embargo, entendemos que estas figuras no son equiparables.

En primer término, llegamos a ello considerando la propia literalidad de la norma, ya que la asistencia personal queda definida en el apartado siguiente del precepto legal –como se expuso al inicio– como el “servicio prestado por un asistente personal (...)” (art. 2.7). Obsérvese como el legislador no utiliza la palabra cuidador profesional para identificar a la persona que lo presta. Cuidador profesional es una categoría distinta al

61. Suñe, A. y Martínez García, I.: “Bloque II. La figura del asistente personal”, ob. cit., p. 20.

62. Maldonado Molina, J. A.: “Bloque V. Normativa”, ob. cit., p. 41.

asistente personal, ya que de la regulación legal se pueden diferenciar ambas. Igualmente, desde una perspectiva conceptual podemos refutar tal equiparación. El asistente personal no es un cuidador al uso, figura anclada en una “visión asistencial de la dependencia”⁶³, sino que se distancia de la misma en aspectos significativos al adaptarse por completo a las necesidades y a las directrices del usuario⁶⁴. Con base en ello, el hecho de que reciba una retribución económica y no deba pertenecer al círculo familiar “no quiere decir que el asistente personal sea un cuidador profesional⁶⁵”.

En otro orden de ideas, encontramos muestras de pronunciamientos judiciales en aras de calificar el vínculo entre asistente y usuario que concluyen que nos encontramos ante una relación laboral especial al servicio del hogar familiar, como puede ser la STSJ de Aragón, núm. 485/2019 de 27 septiembre de 2019. En concordancia con la postura mantenida en este artículo, el tribunal entiende que concurren los presupuestos del artículo 1.1 ET antes analizados, pero que –a diferencia de lo aquí expresado– dicha relación debe encuadrarse en el régimen especial. Esta desviación con respecto al discurso que mantenemos puede deberse a dos motivos: en primer término, que pese a que los servicios se prestasen en calidad de asistencia personal la persona trabajadora efectuase exclusivamente labores que puedan incluirse dentro del objeto del contrato del empleado de hogar⁶⁶; por otro lado, se puede deber a un desconocimiento conceptual preciso de esta figura por parte del órgano resolutor, aspecto que ciertamente es predicable respecto a la sociedad en general y que queda bastante más claro desde la observación del CDPD de 2019. Para pronunciarnos sobre lo acontecido particularmente en este supuesto de *litis*, deberíamos ser conocedores de más detalles del objeto de la relación. Si esta se circunscribía únicamente a la realización de “tareas básicas personales tales como asearse, ayudar a levantarse por la mañana, ducharse o vestirse”⁶⁷ estaremos efectivamente ante servicios prestados para un miembro del ámbito doméstico y la persona trabajadora habrá de ser considerada empleado de hogar y no asistente personal. Ahora bien, si las actividades concertadas⁶⁸ van más allá de ellas, tanto en lo que respecta a un ámbito espacial como funcional, apoyando la autonomía del usuario mediante, por ejemplo, la orientación de las actividades diarias, asistencia en actividades de ocio, valorando incluso la particularidad de que los servicios se prestasen en exclusiva para la persona dependiente y no para el hogar familiar,

63. Carbonell Aparici, G. J.: *La figura del asistente personal en el movimiento de vida independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana*, ob. cit., p. 145.

64. Véase una diferenciación esquematizada de ambas figuras en López Pérez, M. y Ruiz Seisdedos, S.: “Desde el Movimiento de Vida Independiente hasta la asistencia personal: los derechos de las personas con diversidad funcional”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 19, núm. 2, 2020, p. 78.

65. González Ortega, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la ley 39/2006”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, p. 315.

66. El fundamento jurídico cuarto establece que “las tareas que el sr. Fructuoso realizaba para el sr. Felicísimo son subsumibles entre las calificadas como de cuidado o atención a personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar. A su vez, eran labores de asistencia personal para actividades básicas de la vida ordinaria del demandado (...)”.

67. Únicas funciones que constan en los hechos probado de la resolución.

68. Resultaría sumamente importante la concreción en el contrato de trabajo de las funciones a realizar por parte del asistente personal.

estaríamos ante un asistente personal y, por ende, ante un vínculo que a nuestro juicio ha de ser calificado como de relación laboral común.

VI. PROPUESTAS DE REFLEXIÓN A MODO DE CIERRE: APUNTES SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN Y CONDICIONES LABORALES

Se ha puesto de relieve en este artículo la importancia de la asistencia personal en el paradigma de la discapacidad consolidado con la CIDPD, siendo aquella una figura idónea para la consecución de la autonomía personal.

Por otro lado, dadas las especialidades propias de la asistencia personal en virtud de las observaciones efectuadas por el CDPD, donde la relación *intuitu personae* alcanza su máximo exponente y se potencia especialmente la autogestión por la persona usuaria del servicio, hemos defendido la inclusión de la figura en régimen de laboralidad. Sin embargo, se ha apreciado la concurrencia en la misma de los motivos justificativos de la existencia de una relación laboral especial, la del servicio del hogar familiar en la que no tiene encaje por una desviación en los sujetos y el objeto contractual. Ciertamente, en este régimen especial, a consecuencia de las particularidades del sujeto empresario y de la propia relación contractual, se simplifican sobremanera las obligaciones formales, además de establecer algunas particularidades en cuanto a la regulación de las condiciones de trabajo. Hemos de estimar que estas mismas circunstancias aconsejarían la creación de una relación laboral especial para la asistencia personal. No parece plausible que la persona considerada empresario en esta relación haya de cargar con la enorme burocratización propio de nuestro sistema de relaciones laborales. Tampoco parece oportuno que la relación se haya de regir por las condiciones establecidas por la normativa común en determinados aspectos, como pudiera ser los relativos a la extinción de la relación. Sería necesaria la creación de mecanismos que permitan la rescisión de la relación laboral por motivos de pérdida de confianza dada la importancia de la misma en esta relación, como así ocurre en el régimen del servicio del hogar familiar, máxime cuando la relación será por norma indefinida al no apreciarse la posibilidad de una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia ni una posible acumulación de tareas en este tipo de “empresas”. Por otro lado, también se aconseja, dada la heterogeneidad de tareas que se pueden incorporar al servicio de asistencia personal, el establecimiento mediante pacto escrito de funciones concretas por las partes.

Hasta en tanto no se produzcan esta más que necesaria regulación, con nuestro Derecho, habrá de aplicarse las normas comunes, sin que quepa a la libre disposición de las partes contratantes la elección de la naturaleza de la relación, para lo que habrá de estarse a la realidad de las recíprocas prestaciones pactadas. Por mucho que una norma autonómica impida la celebración de un contrato laboral para ser reconocida la prestación de la asistencia personal, a la misma habrá de aplicarse el derecho laboral por ser necesario y absoluto pese a que afloró pensado en otro tipo de relaciones.

Las principales conclusiones alcanzadas en este artículo nos llevan a plantearnos algunos otros problemas que se derivan del insuficiente marco normativo en relación con la figura. Dejaremos apuntadas algunas propuestas y reflexiones que se suscitan interesantes para futuras investigaciones en lo que respecta a la relación triangular entre persona usuaria, empresa suministradora del servicio y asistente personal. Nos encontramos ante una circunstancia común en la práctica y permitida tanto por la LPAP como por las distintas normativas autonómicas. Atendiendo a las particularidades de la asistencia personal, la persona usuaria tendrá incluso que filtrar quién será la persona exacta que preste el servicio, pese a que la contratación en régimen de laboralidad la efectuará formalmente la empresa proveedora. Además, será la usuaria quien deba también proporcionarle directamente las órdenes y organización de tareas⁶⁹, ¿no estamos cerca de una cesión ilegal de trabajadores ex artículo 43 ET? ¿Cuál es el objeto del contrato sino la mera puesta a disposición del asistente personal? ¿Quién ejerce las funciones inherentes al empresario? Estamos ante una cuestión que parece que no se ha planteado, pero que no es baladí. Las consecuencias para la persona usuaria pueden ser muy gravosas por la mera aplicación de una norma tuitiva de la persona trabajadora.

Bibliografía

- Arnau, Ripollés, S.; Rodríguez-Picavea Mantilla, A. y Romañach Cabrero, J.: "Asistencia personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad) en España", *Foro de Vida Independiente*, 2007.
- Arroyo Méndez, J. y Cruz González, E.: "Bloque I. La asistencia personal", en AA. VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015.
- Carbonell Aparici, G. J.: *La figura del asistente personal en el movimiento de vida independiente: la experiencia en la Comunidad Valenciana*, Tesis Doctoral, UNED, 2018.
- Carbonell Aparici, G. J.: "Marco jurídico de la relación entre el asistente personal para la independencia y la persona con diversidad funcional", *Trabajo social hoy*, núm. 83, 2018.
- De Asís Roig, R.: "Apoyo y asistencia personal", *Ius Fugit*, núm. 22, 2019.
- De Asís, Roig, R. y Palacios Rizzo, A.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2008.
- Fabregat Monfort, G.: "La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿*ius resistentiae* o *solve et repete*?", *Revista de treball, economia i societat*, núm. 27, 2003.
- Fernández Collados, M. B.: "Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018.
- Foro de Vida Independiente y Diversidad: "Precisiones sobre la Asistencia Personal bajo el modelo de Vida Independiente", *Federación Vida Independiente*, 2017.
- Gómez Jiménez, N.; Ordax Blanco, E.; Moya Olea M. J. y Sánchez Santos F.: "Bloque IV. Prestación del servicio de asistencia personal", en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015.

69. El CDPD advierte en el punto 16 iv) de la observación general núm. 5 que "aunque otra entidad desempeñe la función de empleador, la persona con discapacidad sigue detentando siempre el poder de decisión respecto de la asistencia", lo que no conjuga demasiado bien con nuestro derecho interno.

- González Ortega, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007.
- López Pérez, M. y Ruiz Seisdedos, S.: “Desde el Movimiento de Vida Independiente hasta la asistencia personal: los derechos de las personas con diversidad funcional”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 19, núm. 2, 2020.
- Maldonado Molina, J. A.: “Bloque V. Normativa”, en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015.
- Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2019.
- Molina Fernández, C.: “Bloque V. Normativa”, en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015.
- Palacios Rizzo, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.
- Palacios Rizzo, A. y Bariffi, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.
- Palacios Rizzo, A. y Romañach Cabrero, J.: *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas-AIES, Madrid, 2006.
- Salcedo Beltrán, M. C.: “La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción”, en AA.VV.: *Relaciones laborales y empleados del hogar: Reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014.
- Suñe, A. y Martínez García, I.: “Bloque II. La figura del asistente personal”, en AA.VV.: *Situación de la asistencia personal en España*, Predif, Madrid, 2015.



Los efectos sinérgicos de la prestación de servicios en plataformas *on line*, el trabajo de cuidados y el trabajo no declarado como retos de trabajo decente en la nueva sociedad digital

THE SYNERGIC EFFECTS OF SERVICE PROVISION IN ONLINE PLATFORMS, CARE WORK AND WORK NOT DECLARED AS DECENT WORK CHALLENGES IN THE NEW DIGITAL SOCIETY

Francisco Lozano Lares

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

fll@ma.es 0000-0002-4054-7241

Recibido: 18.10.2021. Aceptado: 08.11.2021

RESUMEN

El acelerado desarrollo de las TIC ha propiciado el surgimiento de nuevos modelos de negocios digitalizados con evidentes déficits de trabajo decente. A este nuevo paradigma tecnológico, que ha emergido como excusa perfecta para eludir la legislación social, se une la perpetuación, a escala global, de las tradicionales bolsas de economía sumergida y determinados estereotipos de género que invisibilizan a grandes contingentes de personas trabajadoras que no pueden aspirar a los derechos sociales legalmente establecidos, como sucede en el ámbito del trabajo de cuidados. La conjunción de esas tendencias desreguladoras y la sucesión de crisis económicas típicas del modelo de producción capitalista, con su inevitable secuela de desempleo masivo y precarización de las condiciones de trabajo, han ido conduciendo a un paulatino aumento del riesgo de exclusión social de grandes capas de la población trabajadora para las que el hecho de trabajar ya no les garantiza salir de la pobreza.

ABSTRACT

The speedy development of ICT has led to the emergence of new digitized business models with obvious decent work deficits. To this new technological paradigm, which has emerged as the perfect excuse to circumvent social legislation, is added the perpetuation, on a global scale, of the traditional underground economy exchanges and certain gender stereotypes that make large contingents of working people invisible who cannot aspire to legally established social rights, as happens in the field of care work.

PALABRAS CLAVE

Plataformas digitales
Trabajo de cuidados
Economía informal
Digitalización
Precarización

KEYWORDS

Digital platforms
Care work
Informal economy
Digitization
Precariousness

The conjunction of these deregulatory tendencies and the succession of economic crises typical of the capitalist production model, with its inevitable sequel of massive unemployment and precarious working conditions, have led to a gradual increase in the risk of social exclusion of large sections of the working population for whom the fact of working no longer guarantees them out of poverty.

SUMARIO

- I. EL TRABAJO DECENTE COMO OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA NUEVA SOCIEDAD DIGITAL
- II. LA REGULARIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES DE TRABAJO
 - A. Los déficits de trabajo decente de la economía del trabajo esporádico o *gig economy*
 - B. La aplicación de la legislación social al trabajo en plataformas digitales.
 - C. El derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo y a la desconexión digital
- III. LA NECESARIA DIGNIFICACIÓN DEL TRABAJO DE CUIDADOS ANTE EL NUEVO ESCENARIO DE PROGRESIVA AUTOMATIZACIÓN DEL EMPLEO
 - A. La lenta consecución de la igualdad de oportunidades en materia de empleo y protección social en el sector del trabajo de cuidados remunerado
 - B. Los déficits de trabajo decente de las empleadas y empleados de hogar
 - C. La necesidad de valorizar y retribuir el trabajo de cuidados no remunerado que se realiza en el entorno familiar
- IV. LA INELUDIBLE LUCHA CONTRA EL TRABAJO NO DECLARADO Y LA ECONOMÍA INFORMAL
- V. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. EL TRABAJO DECENTE COMO OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA NUEVA SOCIEDAD DIGITAL

Cuando en 1999 fue acuñado el concepto de trabajo decente en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), parecía que se trataba de una expresión concebida para los países en vías de desarrollo, con unos sistemas de relaciones laborales poco evolucionados y con significativas carencias en materia de condiciones de trabajo, protección social y reconocimiento de los agentes sociales. Sin embargo, tras el acelerado desarrollo de las nuevas tecnologías de la información durante las tres últimas décadas, que ha propiciado el surgimiento de nuevos modelos de negocios digitalizados y la expansión de la inteligencia artificial en el proceso productivo, esas carencias sociales que se pretendía combatir con el paradigma de trabajo decente han acabado extendiéndose por todo el mundo como uno de los efectos colaterales del proceso de globalización económica, haciéndose visible tanto en los países en vías de desarrollo como en los países que lideran el desarrollo tecnológico.

De hecho, no es infrecuente encontrarse, tanto en el lenguaje cotidiano como en la literatura científica, con apelaciones al nuevo paradigma tecnológico o al carácter

disruptivo de la economía digital para explicar, cuando no justificar, la reducción o supresión de las garantías laborales, sindicales y de seguridad social tan arduamente conseguidas por la clase trabajadora desde los albores de la primera revolución industrial. Es más, el hecho de que las nuevas tecnologías de la información posibiliten la realización de un buen número de actividades profesionales de forma remota, a cualquier hora y desde cualquier lugar, ha propiciado que elementos nucleares como los de centro y tiempo de trabajo, sobre los que se ha venido articulando todo el entramado normativo que conocemos como derecho social, hayan empezado a difuminarse hasta su casi completa evaporación, lo que viene a dificultar sobremanera la imputación de las clásicas obligaciones salariales, de seguridad social o en materia de prevención de riesgos laborales que la legislación social atribuye al empleador como contrapartida por el uso, con ánimo lucrativo y para su beneficio particular, del tiempo y la energía laboral de las personas que contrata.

A esa especie de determinismo tecnológico que ha emergido como la excusa perfecta para eludir la legislación social ha de unirse la perpetuación, también a escala global, de las tradicionales bolsas de economía sumergida y determinados estereotipos de género que ocultan e invisibilizan a grandes contingentes de personas trabajadoras que no pueden aspirar a los derechos sociales legalmente establecidos, como ocurre a quienes se ven abocados a trabajar en la llamada “economía informal”, o que incluso ni siquiera perciben remuneración alguna por su prestación de servicios, como señaladamente sucede en el ámbito del trabajo de cuidados.

La conjunción de esas tendencias desreguladoras o directamente anómicas y la sucesión de crisis económicas típicas del modelo de producción capitalista, como la causada por la debacle financiera de 2009, con su inevitable secuela de desempleo masivo y precarización de las condiciones de trabajo, han ido conduciendo a un paulatino aumento del riesgo de exclusión social de grandes capas de la población trabajadora para las que el hecho de trabajar ya no garantiza salir de la pobreza, como venía sucediendo hasta la década de 1970. Desafortunadamente, la inesperada crisis sanitaria de la Covid-19 y sus indeseables secuelas socio-económicas no han hecho sino agravar un problema que ya se venía gestando desde hace más de tres décadas, de ahí que se haya hecho aún más perentorio si cabe la necesidad de que todos los agentes económicos y sociales a nivel mundial aboguen decididamente por la implantación del paradigma del trabajo decente, considerado, como no podía ser de otro modo, como uno de los grandes Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de la ONU. Si tenemos en cuenta el contenido del programa de trabajo decente de la OIT, que se sustenta sobre cuatro líneas básicas de actuación (promover el empleo y las empresas, garantizar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, universalizar la protección social y promocionar el diálogo social) y el principio universal de la igualdad de género, la consecución del trabajo decente (Objetivo 8) no sólo aparece como un fin en sí mismo, sino como un eje de acción transversal cuya implementación efectiva coadyuvaría a la consecución de otros muchos ODS, como ocurre señaladamente con el fin de la pobreza (Objetivo 1), la salud y el

bienestar (Objetivo 3), la igualdad de género (Objetivo 5) y la reducción de las desigualdades (Objetivo 10).

Dada la situación socioeconómica actual tan sucintamente descrita, donde se entrecruzan algunos de los tradicionales desafíos sociales siempre irresueltos y los nuevos desajustes generados por la irrupción de la sociedad digital, resulta evidente que la implementación de unas condiciones de vida y trabajo decentes no va a ser tarea fácil. Y aunque la investigación jurídica en el marco universitario puede que no sea una de las herramientas más eficaces para su consecución, sí que puede contribuir al menos a poner algo de luz en el camino a seguir si consigue identificar los retos a los que se enfrenta la implantación del paradigma de trabajo decente y analiza con rigor las medidas legales adoptadas o propuestas a tal fin. Con ese presupuesto de partida, vamos a intentar aportar nuestro grano de arena estudiando algunos de los principales obstáculos con los que, a nuestro juicio, habrán de lidiar ya los poderes públicos para alcanzar el objetivo del trabajo decente, analizando las soluciones jurídicas que, en su caso, se vienen adoptando en el ámbito de la OIT, de la Unión Europea y en el caso concreto de España.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES DE TRABAJO

A. Los déficits de trabajo decente de la economía del trabajo esporádico o *gig economy*

230

En el informe elaborado en 2019 por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, con motivo del centenario de la OIT, se deja patente que la tecnología digital está generando “nuevos retos para la aplicación efectiva de las protecciones laborales”. En el caso de las plataformas digitales de trabajo, en concreto, se reconoce abiertamente que, si bien estas nuevas formas de prestación de servicios profesionales vienen proporcionando nuevas fuentes de ingreso para muchas personas trabajadoras en todo el mundo, no es menos cierto que su estatus laboral no se ajusta a los estándares de trabajo decente exigidos por la propia OIT, puesto que el trabajo que ofrecen “a veces está mal remunerado, a menudo por debajo de los salarios mínimos vigentes, y no existen mecanismos oficiales para hacer frente al trato injusto”¹. A ello debe unirse el hecho de que “la dispersión inherente a ese tipo de trabajo en múltiples jurisdicciones internacionales” dificulta enormemente el control internacional de las legislaciones nacionales aplicables, de ahí que se recomiende encarecidamente, con el fin de “encauzar y administrar la tecnología en favor del trabajo decente”, el desarrollo de un “sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo

1. OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 46.

que exija a estas plataformas (y a sus clientes) que respeten derechos y protecciones mínimas”².

Como se deja entrever en esta recomendación de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, los retos que las plataformas digitales de trabajo entrañan para la consecución del objetivo del trabajo decente no parece que sean en absoluto baladíes, puesto que la acelerada expansión en todo el mundo de este tipo de servicios profesionales se encuentra amparada por un manto de opacidad que oculta un *modus operandi* que pone en peligro los derechos laborales básicos de quienes prestan servicios para las plataformas digitales. Dos serían, a nuestro juicio, los disfraces bajo los que se camuflan estos nuevos modelos de negocio para intentar eludir la legislación social: su actuación en el marco de la denominada economía colaborativa (*sharing economy*) y su autoconfiguración como empresas tecnológicas.

Con su inclusión en el ámbito de la economía colaborativa³, las plataformas digitales de trabajo intentan aparecer ante sus potenciales clientes como meros intermediarios que, utilizando una determinada aplicación digital, se limitan a poner en contacto a personas que prestan servicios de forma particular o profesional con los usuarios y demandantes de dichos bienes y servicios, agilizando así las transacciones entre ellos. De ese modo, las plataformas digitales de trabajo consiguen camuflarse en la misma lógica económica en la que se basan las aplicaciones digitales netamente colaborativas que facilitan el intercambio entre particulares de bienes y servicios sin ánimo de lucro⁴, cuando su objetivo real no es otro que el de obtener pingües beneficios económicos mediante la sustitución de la tradicional relación bilateral entre trabajador y empleador por una relación triangular controlada por la propia plataforma digital que, a modo de agencia de colocación electrónica, actúa como mediadora entre la persona que presta el servicio y el usuario del mismo⁵. La persona que presta el servicio lo hace a nivel profesional y como medio fundamental de vida, pero es considerada como un *freelancer* que trabaja por cuenta propia, sin ninguna vinculación laboral con la plataforma digital que se lucra de su actividad profesional.

2. *Ibíd.*, p. 13.

3. Expresión con la que se hace referencia, según la Comisión Europea, a unos “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”. Comisión Europea. *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*. Bruselas, Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016 {COM (2016) 0356 final}, p. 3.

4. Como *BlaBlaCar*, por ejemplo, que sí es una “verdadera manifestación de consumo colaborativo” que se limita a actuar como intermediaria entre conductores y pasajeros, puesto que su actividad consiste “en poner en contacto, mediante una plataforma virtual, a conductores que tienen asientos vacíos en un trayecto previamente programado con otros pasajeros que se dirigen al mismo lugar” (Ginés i Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S.: “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2016, pp. 28-29).

5. Lozano Lares, F.: “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, en González Ortega, S. (coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2020, pp. 289-326 (así, en p. 296). En sentido similar Marín Malo, M.: “El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 148, 2019, p. 185, donde indica que “la plataforma funciona como una enorme oficina de búsqueda de empleo en la que los desempleados aguardan a que se publique una micro oferta que solicitan y, si la plataforma y el algoritmo lo seleccionan, pueden realizar y cobrar”.

Junto a esa apariencia de meras agencias de intermediación, las plataformas digitales de trabajo se presentan también ante la opinión pública como *startups* o empresas innovadoras que pretenden simplificar el proceso productivo, o de distribución de bienes y servicios, aprovechando la revolución algorítmica y la extraordinaria difusión de los teléfonos inteligentes. Las plataformas digitales de trabajo se autodefinen, pues, como empresas tecnológicas que, siguiendo una de las primeras clasificaciones efectuadas por la doctrina estadounidense, estarían posibilitando la emergencia de, al menos, dos grandes tipos de actividades profesionales novedosas: el *crowdwork* o *crowdsourcing* (trabajo en grupo o de multitud), y los denominados *on demand services* (trabajos o servicios a demanda)⁶. En el primer caso, la plataforma digital ofrece la ejecución de micro-tareas *on line* que, gracias al teletrabajo, pueden ser organizados a escala global y sin limitaciones de tiempo y espacio⁷; esas micro-tareas pueden requerir a veces un cierto nivel de cualificación, como en el caso de los trabajos de edición, contabilidad o asesoría jurídica, pero en su mayor parte se trata de actividades sumamente fragmentadas, a menudo monótonas y tediosas, como el etiquetaje de imágenes, la recepción y verificación de datos, la valoración de emociones o la contestación de encuestas, que no pueden ser digitalizadas porque requieren un mínimo “nivel de entendimiento superior al de la inteligencia artificial”⁸. En el caso de los servicios a demanda, se trata de actividades manuales gestionados a través de empresas en línea que utilizan sitios web y aplicaciones móviles pero que requieren una ejecución *offline* a nivel local, como en el caso de las plataformas digitales dedicadas al transporte de pasajeros (*Uber, Cabify, etc.*) o al reparto de comida elaborada (*Deliveroo, Glovo, etc.*), que necesitan contar con un *pool* de conductores o ciclistas con sus propios vehículos, siempre disponibles *in situ* para poder encomendarles la realización del encargo o del servicio comprometido.

Mediante la combinación de ambas estrategias de mercado (inserción en el marco de la economía colaborativa y disfraz tecnológico), las plataformas digitales de trabajo están consiguiendo generalizar la denominada “economía del trabajo esporádico” o *gig economy*, consistente básicamente en la fragmentación del proceso productivo, aprovechando las nuevas tecnologías de la información, hasta extremos nunca vistos en la ya larga historia de reestructuraciones empresariales que desde la década de los años setenta ha venido configurando un mercado de trabajo dual en el que junto a los trabajadores tradicionales, protegidos por el ordenamiento laboral, aparece un cada vez más numeroso ejército de trabajadores suplentes que difícilmente pueden aspirar a la adquisición de derechos sociales⁹. Los principales déficits de trabajo decente generados por la economía del trabajo esporádico pueden ser agrupados en dos grandes grupos: los derivados de la consideración de los *microworkers* como

6. Berins Collier, R.; Dubal, V. B.; Carter, C.: “Labor Platforms and Gig Work: The Failure to Regulate”, *IRLE Working Paper*, núm. 100, 2017, pp. 7-8.

7. Como en el caso paradigmático de *Amazon Mechanical Turk*.

8. De Stefano, V.: *The rise of the “just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 2.

9. Lozano Lares, F.: “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, ob. cit., p. 296.

trabajadores autónomos y los que tienen su origen en la acusada imprevisibilidad de las condiciones de empleo, especialmente en relación con el salario y el tiempo de trabajo.

En efecto, tanto el *crowdwork* como el trabajo a demanda plantean numerosos problemas de desprotección social, en primer lugar, porque las personas que viven de estos trabajos esporádicos “casi siempre son clasificados como contratistas independientes y, por tanto, no tienen acceso a los derechos laborales reconocidos en las relaciones de empleo convencionales”¹⁰. Esta estrategia de deslaboralización, contratando como autónomos a personas que realmente realizan un trabajo asalariado y por cuenta ajena, entraña un fraude manifiesto que hace recaer sobre las propias personas trabajadoras la mayor parte de las obligaciones sociales que deberían recaer sobre las plataformas digitales de trabajo. El riesgo de precarización social extrema y los déficits de trabajo decente asociados a esta estrategia de encubrimiento son especialmente significativos a efectos de seguridad social, al transferir el coste de las cotizaciones sociales a los propios *microworkers*, en materia de seguridad y salud laboral, desintegrando el contenido y alcance del deber general de prevención hasta hacerlo inexigible e inoperativo¹¹, y en el campo de la acción colectiva, en la medida en que deja sin interlocutor social organizado a las personas que trabajan para las plataformas digitales de trabajo, de ahí que ya haya empezado a surgir una especie de “sindicalismo de plataformas”, que intenta apoyarse en las propias tecnologías de la información para generar redes de información y cooperación en línea que actúen como referentes reputacionales frente a los clientes y los empresarios digitales¹².

Por lo que respecta, en segundo lugar, a la imprevisibilidad de las condiciones de empleo en las plataformas digitales de trabajo, el panorama que viene describiendo la doctrina resulta tremendamente desolador. Así, en un reciente estudio sobre los efectos del *crowdwork* sobre las condiciones de trabajo, se puso de manifiesto que el grado de autonomía real de los *crowdworkers* depende de la existencia de una alta demanda de tareas y del hecho de que los ingresos del trabajador no provengan principalmente de la plataforma, puesto que, quienes tengan que vivir exclusivamente de las micro-tareas, se ven abocados a una virtual eliminación de los límites entre el trabajo remunerado y la vida personal, puesto que se les presiona para que trabajen de noche, durante las vacaciones y los fines de semana, teniendo que estar siempre disponibles para no perderse las nuevas ofertas¹³. En el caso de los trabajos a demanda, otro estudio realizado a los conductores de *Uber* dejó constatado que la promesa de soberanía del tiempo de trabajo y las expectativas de conciliación de la vida laboral y personal eran una pura entelequia, puesto que resultaba evidente que

10. OIT: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 296.

11. Lozano Lares, F.: “Hacia un modelo humanístico de seguridad y salud laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020, p. 249.

12. Rodríguez-Piñero Royo, M.: “Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, 2019, p. 12.

13. Lehdonvirta, V.: “Flexibility in the gig economy: Managing time on three online piecework platforms”, *New Technology, Work and Employment*, Vol. 33, núm. 1, 2018, pp. 13–29. El estudio ha sido realizado en tres de las más importantes *crowdwork platforms* del mundo: *Amazon Mechanical Turk*, *MobileWorks* y *CloudFactory*.

los conductores tenían que aceptar cualquier cliente una vez que habían iniciado su sesión en el sistema si no querían ver suspendidas su cuenta de conductor, lo que obviamente equivalía a un despido, de ahí que los trabajadores vivieran siempre con una constante incertidumbre sobre la paga y el tiempo de trabajo¹⁴. Y como caso extremo de imprevisibilidad de las condiciones de trabajo aún habría que citar el denominado “contrato de cero horas”, que ha sido definido como un acuerdo según el cual las personas trabajadoras “no tienen horas de trabajo garantizadas, pero se les puede exigir que estén disponibles para trabajar para un empleador”¹⁵; se trata de una práctica contractual que se acomoda plenamente al modelo de negocios de las plataformas digitales de trabajo y que cada vez resulta más frecuente en países como Reino Unido e Irlanda.

El paisaje social que la expansión sin control de las plataformas digitales de trabajo está contribuyendo a generalizar ha sido bien descrito por la doctrina española en términos que podríamos resumir del siguiente modo: hay ya dispersos por el mundo cientos de miles de *microworkers* pujando en una plataforma *on line* para realizar la milésima parte de un trabajo y percibir, en consecuencia, la milésima parte de un salario, así como una ingente cantidad de conductores, ciclistas, repartidores y trabajadoras del cuidado permanentemente conectados a una *app* a la espera de un encargo, otro creciente número de “instaladores de redes y tecnología con salarios a la baja que trabajan por proyectos y cuyo trabajo, estabilidad y renta duran lo que dura el proyecto”, y toda “una pléyade de trabajadores de baja cualificación en trabajos que no pueden digitalizarse ni deslocalizarse, con contratos de muy corta duración y salarios de pobreza”¹⁶.

A esas precarias e imprevisibles condiciones de trabajo habría que sumar además, con sus posibles efectos sinérgicos, todos los problemas derivados del uso continuado de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación que sirven de soporte técnico a las plataformas digitales de trabajo, entre los que no podemos dejar de mencionar una mayor propensión a la accidentalidad laboral¹⁷, los riesgos derivados de la hiper-conectividad (fatiga visual, problemas osteomusculares y exposición a campos electromagnéticos), la generalización de los nuevos riesgos psicosociales que suelen aparecer agrupados al torno al concepto de *tecnoestrés* (aislamiento, adicción a la tecnología, sobrecarga de información, cansancio extremo y acoso cibernético)¹⁸,

14. Rosenblat, A. y Stark, L.: “Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber’s drivers”, *International Journal of Communication*, núm. 10, 2016, pp. 3758-3784.

15. OIT: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, ob. cit., p. 287.

16. Rodríguez Fernández, M. L.: “Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0”, en Rodríguez Fernández, M. L. y Mora Cabello de Alba, L.: *El futuro del trabajo que queremos*, OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 290.

17. Como pone de manifiesto la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, esa mayor propensión a tener accidentes de trabajo deriva, entre otros factores, del “ritmo rápido de trabajo sin descanso” fomentado por los mecanismos de calificación de las plataformas digitales de trabajo, la “falta de formación adecuada”, la tendencia a utilizar personas muy jóvenes y la “presión temporal adicional” generada por el sistema de retribución por tareas. Así, en Garben, S.: *Proteger a los trabajadores en la economía de plataformas de internet: visión general de los avances reglamentarios y políticos en la UE*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017, p. 4.

18. Un estudio sobre las implicaciones de estos nuevos riesgos psicosociales en Aragüez Valenzuela, L.: “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 169-190.

la difuminación de los límites entre la vida personal y laboral, con la falta de descanso que lleva asociado, y la posible vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de las personas trabajadoras como consecuencia de la ampliación “hasta límites insospechados” de la capacidad de seguimiento y control de la que disponen las plataformas digitales gracias a las aplicaciones que utilizan¹⁹.

Una vez descritos así los inagotables déficits de trabajo decente que acompañan a las plataformas digitales de trabajo, es hora ya de analizar las respuestas jurídicas que se vienen dando o que se podrían articular para hacer frente a esos dos grandes retos relacionados con la pretendida inaplicación de la legislación social y la subsiguiente imprevisibilidad de las condiciones de trabajo.

B. La aplicación de la legislación social al trabajo en plataformas digitales

Entre las normas internacionales que vendrían a constituir el denominado umbral de trabajo decente de la OIT²⁰, no hay ningún convenio que haga referencia a la necesidad de aplicar la legislación social a las plataformas digitales de trabajo, pero sí que existe una disposición de *soft law* que, pese a no hacer referencia expresa a estos nuevos modelos de negocio, sí que podría servir de referencia al respecto. Se trata de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), que parte en su preámbulo del hecho constatable de que “hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho”. Con el fin de poner coto a esas prácticas elusivas, se pide a los Estados miembros la inclusión de medidas tendentes a “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica”, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta “cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica” [art. I.4 (b)].

Para evitar la existencia de relaciones de trabajo encubiertas, como las que pretende ocultar las plataformas digitales de trabajo con su doble disfraz colaborativo y tecnológico, esta Recomendación apela a la necesidad de establecer una definición legal de los “indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo”, apuntando entre esos indicios las clásicas notas que tradicionalmente han venido delimitando el trabajo por cuenta ajena, como son el hecho de que el trabajo se realice “según las instrucciones y bajo el control de otra persona” (dependencia), que el mismo implique “la integración del trabajador en la organización de la empresa” (subordinación), que sea “efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona” (ajenidad en

19. Sobre ello, Cruz Villalón, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p. 42.

20. Sobre las normas que integrarían ese umbral de trabajo decente, vid., Lozano Lares, F.: “La eficacia jurídica del concepto de trabajo decente”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo*, vol. 4, núm. 4, 2016, pp. 22-28.

los frutos) y que el trabajo sea “ejecutado personalmente por el trabajador” dentro de un horario determinado o en el lugar indicado por quien solicita el trabajo [art. II.13 (a)]. Junto a esos evidentes indicios de laboralidad, la norma considera la posibilidad de tener en cuenta otros criterios adicionales como el hecho de que se requiera la “disponibilidad del trabajador”, que se le pague una remuneración periódica, constituyendo dicha remuneración “la única o la principal fuente de ingresos del trabajador”, o la constatación de que no existan “riesgos financieros para el trabajador” [art. II.13 (b)].

Asimismo, con el fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, se pide a los estados miembros que consideren la posibilidad de diseñar una “política nacional” que admita una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo, que consagre “una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios”, y que determine, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué tipo de personas trabajadoras deberían ser consideradas, “en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes” (art. II.11). Por lo demás, se recomienda que la solución de las controversias que pudieran surgir sobre la existencia o no de una relación de trabajo “debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo” (art. II.14).

En el ámbito de la Unión Europea, la preocupación por el impacto que sobre los derechos de las personas trabajadoras puede tener la estrategia de ocultamiento llevada a cabo por las plataformas digitales se deja entrever en la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa. Así, tras reconocer la necesidad de “regular la economía colaborativa”, estableciendo criterios eficaces que permitan hacer una adecuada “distinción entre «pares» (particulares que ofrecen servicios de manera ocasional) y profesionales”, el Parlamento Europeo insta a la Comisión para que “estudie en qué medida las normas actuales de la Unión pueden aplicarse al mercado laboral digital”, afirmando que “todos los trabajadores de la economía colaborativa son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos”, por lo que se les debe clasificar en consecuencia, de forma que tanto los Estados miembros como la Comisión “garanticen condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su estatus”. En el caso concreto de las plataformas digitales de trabajo, el Parlamento Europeo insta a los Estados miembros a que lleven a cabo “inspecciones laborales suficientes en las plataformas en línea”, imponiendo las sanciones que procedan por incumplimiento de la normativa laboral, de ahí que se pida tanto a la Comisión como a los Estados miembros que “presten una atención particular al trabajo no declarado y al trabajo autónomo ficticio en este sector”²¹.

21. Y en aras, en fin, de empezar a buscar un encaje normativa a las plataformas digitales de trabajo, se pide a la Comisión que estudie la posibilidad de aplicarles “la Directiva sobre las empresas de trabajo temporal (2008/104/EC)”, puesto que muchas de las plataformas digitales de trabajo “tienen una estructura similar a la de las empresas

En la única norma jurídica adoptada hasta el momento tras esa Resolución del Parlamento Europeo, la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, sobre la que luego hablaremos, no se ha llegado a abordar, pese a las expectativas generadas durante su tramitación, el problema de las relaciones de trabajo encubiertas bajo el paraguas de las plataformas digitales de trabajo. Aunque en su extensa relación de considerandos sí que llega a decirse que “los trabajadores de las plataformas en línea” podrían estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva siempre que se les pueda aplicar los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar la existencia de una relación laboral, consistentes básicamente en la idea de “guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación”²², lo cierto es que, a la postre, no se establece en su parte dispositiva una definición común de trabajador, sino que se limita a remitirse a lo que cada legislación nacional establezca al respecto (art. 1.2). De ese modo, como muy bien ha advertido la doctrina española, el “gran fracaso” de esta Directiva ha sido, precisamente, el de “no conseguir establecer una definición europea general de trabajador y empleador, como se proponía inicialmente”, arruinando con ello “las expectativas que se habían creado sobre una regulación europea que podía afectar al trabajo en plataformas”²³.

A la espera, pues, de lo que puedan regular al respecto las diversas legislaciones nacionales, como en el caso pionero de la legislación española, y en tanto no se adopte una directiva europea sobre el trabajo en plataformas en línea, vienen siendo los tribunales del orden social los que están abordando el problema del estatus profesional de las personas que trabajan al servicio de plataformas digitales. Así ha ocurrido ya con los tribunales anglosajones, que han venido reconociendo la condición de trabajadores por cuenta ajena (*employees*) de los conductores al servicio de *Uber*²⁴, y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una sentencia de 20 de diciembre de 2017, llegó a indicar que esta plataforma digital no era una empresa tecnológica sino una empresa de transporte²⁵. En el caso de España, tanto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como los órganos de la Jurisdicción social también han venido realizando un gran esfuerzo para desenmascarar a las plataformas virtuales, sacando a la

de trabajo temporal (relación contractual triangular entre: el trabajador de la empresa temporal/el trabajador de la plataforma; la empresa de trabajo temporal/la plataforma en línea; la empresa usuaria/el cliente”.

22. Considerando 8. Los criterios establecidos por el TJUE en relación con la determinación del concepto de “trabajador”, pueden verse, por ejemplo, en su Sentencia de 9 de julio de 2015 (asunto C-229/14, Ender Balkaya *versus* Kiesel Abbruch-und Recycling Technik GmbH), donde se citan otros pronunciamientos previos.

23. Miranda Boto, J. M.: “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 149, 2019, p. 80.

24. Mercader Uguina, J. R.: “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, en Todolí Signes, A. y Hernández-Bejarano, M. (dirs.): *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 155-176.

25. Sentencia dictada en el Asunto C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi versus Uber Systems Spain, SL*, donde, “evitando pronunciarse expresamente sobre la condición de asalariados de los conductores de *Uber*, el TJUE sí que se deja claro, en línea con la jurisprudencia anglosajona, que esta plataforma no es una empresa tecnológica sino una empresa de transporte” (Lozano Lares, F. “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, ob. cit., p. 301).

luz su disfraz tecnológico como coartada para eludir la legislación social. De hecho, el propio Tribunal Supremo, en Sentencia 805/2020 de 25 de septiembre de 2020²⁶, ha llegado a avalar la posición mayoritariamente defendida por los Juzgados de instancia y en varios Tribunales Superiores de Justicia sobre la consideración de trabajadores por cuenta ajena de los repartidores (*riders*) de otras plataformas digitales, como *Glovo* o *Deliveroo*, que utilizan el sistema de contratación a demanda.

En esta significativa sentencia, el Tribunal Supremo utiliza la “técnica indiciaria” a la que se aludía en la Recomendación sobre la relación de trabajo (núm. 198) de la OIT y en reiterada doctrina jurisprudencial, para desmontar la contratación como autónomos (TRADE) por parte de la plataforma digital *Glovo* de los repartidores a su servicio. Entre los principales criterios jurisprudenciales seguidos por el TS para identificar los “indicios favorables” a la existencia de un contrato de trabajo en el caso de esta plataforma digital se encuentran los siguientes: a) el hecho de que la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris*, porque “los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes”; b) la existencia de la presunción *iuris tantum* de laboralidad que el artículo 8 ET atribuye a la relación entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe; y c) la delimitación que, desde un punto de vista positivo, hace el artículo 1.1 ET al calificar como relación laboral “la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios”.

En lo que respecta a las notas de dependencia y subordinación, en concreto, el Tribunal Supremo considera que los repartidores de *Glovo* no pueden ser considerados como TRADE porque no llevaban a cabo su actividad “con sus propios criterios organizativos sino con sujeción estricta” a los establecidos por la plataforma. El hecho mismo de que los *riders* contaran con una moto y un móvil solo implicaba la aportación de medios accesorios o complementarios, puesto que “la infraestructura esencial” para el ejercicio de su actividad profesional era “el programa informático desarrollado por *Glovo*” para poner en contacto a los comercios con los clientes finales, de donde el Tribunal Supremo deduciría, con toda lógica, que el repartidor demandante “carecía de una infraestructura propia significativa que le permitiera operar por su cuenta”. En relación con la organización del tiempo de trabajo, también la “teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada”, puesto que la plataforma emplea un sistema de puntuación de cada repartidor que condiciona su libertad de elección de horarios en la medida en que el hecho de no estar disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda hace que su puntuación disminuya y, con ella, “la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución”.

26. *Vid.* <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03>. Ponente: Juan Molins García-Atance.

En cuanto al requisito de la ajenidad, el Tribunal Supremo hace ver que era la plataforma digital la que tomaba todas las decisiones comerciales, tanto en lo relativo al precio de los servicios prestados como en relación con la forma de pago y la remuneración a los repartidores, que eran fijados “exclusivamente” por la empresa. Resultaba patente, pues, tal como se indicaría en esta sentencia del Tribunal Supremo, que había “ajenidad en los frutos”, puesto que *Glovo* se apoderaba de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, haciendo suyos los beneficios de un negocio basado en los acuerdos establecidos entre la plataforma digital y los comercios; negocio en el que el repartidor no tenía intervención alguna. Y había, en fin, “ajenidad en los medios”, porque los medios de producción esenciales no eran la motocicleta y el teléfono móvil del repartidor sino la plataforma digital de *Glovo* en la que tenían que darse de alta los restaurantes, los consumidores y los repartidores, puesto que sin dicha plataforma no era “factible” la prestación de un servicio que, además, el repartidor realizaba “bajo una marca ajena”. En definitiva, el TS acabaría concluyendo, siguiendo la estela de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, que la plataforma digital *Glovo* no se limita a prestar “un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos”, sino que se trata en realidad de “una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio”, de ahí que los repartidores a su servicio queden insertados en su estructura productiva, “sometidos a la dirección y organización de la plataforma”.

Esta doctrina jurisprudencial ha estado, sin duda, en la base de la adopción, por parte del legislador español, de la Ley 12/2021 de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales²⁷. Dicha norma, siguiendo una de las previsiones de la Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo, ha incorporado al ET una nueva Disposición adicional vigesimotercera en la que se “presume” la laboralidad de “la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. Como se deduce de lo expuesto, esta presunción de laboralidad sólo resulta operativa para los *riders*, lo que deja sin resolver la situación de todos los demás colectivos profesionales al servicio de plataformas digitales, pero se trata del primer paso realmente significativo en esa línea de reconocimiento legal de los derechos sociales de los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo.

27. Que venía a sustituir al Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, del mismo nombre y contenido.

En cualquier caso, dada la diversidad de fórmulas organizativas que las plataformas digitales adoptan, y teniendo en cuenta que estamos ante un serio problema de carácter transnacional, lo deseable sería, al menos en el ámbito europeo, que el legislador comunitario adoptara medidas legales uniformes para toda la Unión Europea. Esas soluciones normativas deberían consistir, a nuestro juicio, en el establecimiento de mecanismos de adscripción que garantizaran la plena aplicación de la legislación social al trabajo realizado en el marco de las plataformas digitales, dando a estas la consideración de empleadoras en el sentido clásico del término y calificando como personas trabajadoras por cuenta ajena a quienes presten servicios para este tipo de empresas de base tecnológica. Ello no quita, obviamente, que puedan ensayarse otras soluciones más innovadoras, como la regulación de un estatus laboral específico para las personas trabajadoras de las plataformas en línea que tuviera en cuenta las peculiaridades de este nuevo modelo de negocios, e incluso la creación, para aquellos casos en que resultara más dudosa la calificación de personas trabajadoras por cuenta ajena, de una nueva fórmula de “contratación colectiva de servicios”, como apuntan algunos autores, en la que fuese la “persona jurídica” que englobase a los *microworkers* quien ofreciese sus servicios profesionales “a través de la correspondiente plataforma”²⁸.

C. El derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo y a la desconexión digital

Junto a la necesidad de reconocer el estatus laboral de las personas trabajadoras al servicio de plataformas en línea, lo que también resulta incuestionable es que, para poder garantizar adecuadamente sus derechos sociales básicos, estos profesionales necesitarán disponer de un mayor grado de soberanía sobre su tiempo de vida y trabajo, de modo que, por un lado, tengan la seguridad de contar con un mínimo de horas de trabajo garantizados y previsibles que les permita obtener un salario digno, al tiempo que, por otro lado, también les resulten de aplicación los límites de jornada legalmente establecidos y el consecuente derecho a la desconexión digital.

En relación con la necesaria previsibilidad de las condiciones salariales y de tiempo de trabajo, hay que tener en cuenta que la ya citada Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea²⁹, ha establecido varias previsiones relativas a los patrones de trabajo imprevisibles y a las contrataciones a demanda que “recogen los contenidos más contemporáneos” de esta disposición comunitaria³⁰, y que, precisamente por ese carácter innovador, resultarán directamente

28. *Vid.*, en ese sentido, Rodríguez-Piñero Royo, M. “Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes”, *ob. cit.*, pp. 10-11.

29. Que tiene como fecha límite de transposición el día 1 de agosto de 2022; fecha en la que quedará derogada la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

30. Miranda Boto, J. M.: “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019”, *ob. cit.*, p. 91.

aplicables a las prácticas contractuales tan profusamente utilizadas por las plataformas digitales de trabajo³¹.

Así, en virtud de lo dispuesto en su artículo 10.1, que lleva por título “previsibilidad mínima del trabajo”, los Estados miembros de la Unión Europea deberán garantizar, cuando el patrón de trabajo sea “total o mayoritariamente imprevisible”³², como señaladamente ocurre en el caso de las plataformas virtuales de intermediación, que nadie pueda obligar a trabajar a una persona a menos que se cumplan dos condiciones básicas: que el trabajo tenga lugar “en unas horas y unos días de referencia predeterminados”, en los que necesariamente habrá de efectuarse la prestación laboral; y que el empleador informe a la persona trabajadora de la tarea asignada “con un preaviso razonable” de acuerdo con lo establecido en la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacional. El incumplimiento de cualquiera de esos requisitos dará lugar a que la persona trabajadora tenga derecho a “rechazar” la tarea asignada “sin que ello tenga consecuencias desfavorables” (art. 10.2). La normativa de transposición debería impedir, pues, que el rechazo justificado a una oferta de trabajo pueda ser utilizado como argumento para rebajar las condiciones salariales o proceder al despido, lo que, en el caso de las plataformas digitales de trabajo, debería traducirse en la proscripción, si se rechaza una tarea sin esas condiciones mínimos de previsibilidad, de cualquier cambio *in peius* en el orden de llamada o la baja en la aplicación informática, puesto que ello equivaldría a una penalización salarial o un despido encubiertos, respectivamente.

La Directiva autoriza a los Estados miembros, sin embargo, a que permitan al empleador la cancelación de la tarea asignada sin indemnización, en cuyo caso los poderes públicos habrán de adoptar las medidas necesarias para garantizar “que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso determinado, la tarea asignada acordada previamente con el empleador” (art. 10.3). Con esta alambicada y confusa disposición se estaría dando a entender, al menos a nuestro juicio, que la persona trabajadora tendría derecho a una compensación económica por su tiempo de disponibilidad, garantizándosele así una retribución de naturaleza salarial, sujeta a cotización, por tanto, aunque no llegue a realizar la tarea comprometida, puesto que su inacción es imputable a una imprevisión organizativa del empleador y no a un incumplimiento contractual de la persona trabajadora. En cualquier caso, ese derecho a indemnización estará condicionado a la previa inobservancia por parte del empleador del plazo de preaviso establecido, de modo que, si la cancelación se produce dentro de plazo, la persona trabajadora no generaría derecho a compensación económica. Queda en el aire tanto la determinación de la duración del plazo de preaviso como el importe de la indemnización, que tendrán que ser delimitados por la normativa de transposición.

31. Vid., al respecto, Lozano Lares, F. “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, ob. cit., pp. 303 a 305.

32. Entendiéndose por “*patrón de trabajo*” la “forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador” [art. 2.c) de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019].

En relación con la cuantía de la indemnización, un sector de la doctrina española ha indicado, no sin fundamento, que esta “ha de ser suficientemente alta para compensar al trabajador por la disponibilidad de su tiempo ya comprometido, pero no debería superar el salario del servicio no prestado”³³. Si tenemos en cuenta, no obstante, que el salario dejado de percibir tiene como causa un previo incumplimiento por parte del empleador, lo más equitativo sería, a nuestro entender, que el importe de la indemnización debiera ser cuanto menos igual a la cuantía del salario no percibido, compensando así el importe total del daño emergente, e incluso cabría defender que su importe fuese superior al salario del servicio no prestado puesto que ello obligaría a la parte empleadora a ser más previsora y pondría en valor el tiempo de disponibilidad de las personas trabajadoras, haciendo buena la pretensión de la OIT de garantizar a estas una “mayor soberanía sobre su tiempo”³⁴.

Por lo que respecta al “uso de contratos de trabajo a demanda o similares”, la Directiva parece mostrar cierta “desconfianza” hacia unas prácticas contractuales que ni siquiera llega a definir³⁵, puesto que su artículo 11 no parecer tener otro objetivo que el de exigir, a los Estados miembros que hayan autorizado su utilización, la adopción de varias medidas encaminadas a “evitar prácticas abusivas”. Entre esas medidas preventivas se encuentran la fijación de limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda “o contratos laborales similares”; el establecimiento de una “presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado”; y la adopción de otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas.

Conviene observar a este respecto que los denominados contratos de cero horas estarían incluidos en esta categoría de “contratos de trabajo a demanda o similares”, tal como se reconoce en la exposición de motivos de la propia Directiva, donde el legislador comunitario se encarga de advertir que esta disposición comunitaria “no debe servir de base para la introducción de contratos de ceros horas u otros contratos de trabajo similares”. Se trata de una prevención más que justificada que, sin embargo, tendría que haber figurado en la parte dispositiva de la Directiva para evitar, precisamente, la tentación de los Estados miembros de permitir la introducción de esa práctica contractual netamente abusiva.

Como se deduce de lo expuesto, aun con ciertas prevenciones, la Directiva deja un amplio margen de actuación al legislador nacional a la hora de transponer las garantías mínimas de previsibilidad del trabajo que pretende establecer a nivel comunitario. Pero lo que parece incuestionable es que las personas trabajadoras al servicio de plataformas digitales sólo podrán beneficiarse de dichas garantías cuando la legislación interna les atribuya la consideración de trabajadores por cuenta ajena, puesto que

33. Miranda Boto, J. M.: “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019”, ob. cit., p. 93.

34. OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor*, ob. cit., p. 42.

35. En el mismo sentido, Miranda Boto, J. M.: “Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019”, ob. cit., p. 93.

la Directiva no resulta aplicable a los trabajadores autónomos, que aparecen implícitamente excluidos de su ámbito de aplicación en virtud de lo dispuesto en su artículo 1.2, donde se dice que los derechos mínimos establecidos en la misma solo resultan aplicables a “los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

Junto a esas garantías mínimas de previsibilidad de las condiciones de trabajo, las personas trabajadoras al servicio de plataformas digitales también van a necesitar, para que su actividad se ajuste a los parámetros del trabajo decente, que se les apliquen los límites de jornada y los períodos mínimos de descanso legalmente establecidos, puesto que si algo caracteriza a la prestación de servicios profesionales a través de plataformas digitales es la exigencia de estar localizables y a disposición del empleador mediante la aplicación electrónica en la que tienen que inscribirse o darse de alta. Como ya tuvimos ocasión de analizar en otro lugar, la necesidad de estar permanentemente conectados para estar pendientes de las tareas que vayan surgiendo conduce a menudo a una prolongación excesiva de la jornada de trabajo, que no solo tiene una negativa repercusión sobre las necesidades de ocio, tiempo libre y conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, sino que, sobre todo, entraña un serio problema de seguridad y salud laboral³⁶, de ahí la imperiosa necesidad de que se reconozca su legítimo derecho a la desconexión digital a las personas trabajadoras al servicio de plataformas digitales.

Como es sabido, el derecho a la desconexión digital fue implantado de forma pionera en 2016 en el *Code du Travail* francés³⁷, cuyo artículo L.2242-17 indica que “la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo” también incluiría las “modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos reguladores del uso de utensilios digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de las vacaciones, así como de su vida personal y familiar”. El precepto acaba indicando que, cuando no haya acuerdo en ese marco de negociación colectiva anual, será el propio empleador quien tenga que elaborar una “política de actuación” al respecto, previa audiencia del “*comité social et économique*”, donde habrán de quedar definidas “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión” y las “acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”.

Esta regulación gala del derecho a la desconexión digital ha sido minuciosamente analizada por la doctrina española, a cuyas consideraciones nos remitimos³⁸, y serviría

36. Lozano Lares, F.: “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, ob. cit., pp. 313-314.

37. A través de la *Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*.

38. Vid., entre otros, Alemán Páez, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail n° 2016-1088»”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones*

de inspiración al legislador español, que también se ocupó de reconocer el “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral” por medio de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), en cuyo artículo 88.1 quedó establecido que “los trabajadores y los empleados públicos” tendrían “derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. Esa previsión sería completada con la introducción del artículo 20 bis en el 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 (ET), donde se reconocería formalmente, en una completa mezcolanza, tanto el derecho de los trabajadores a “la desconexión digital” como su derecho a “la intimidad” en el uso de “los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador” y frente a la utilización 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”³⁹.

La configuración legal del derecho a la desconexión digital en el contexto de una norma como la LOPD, que tiene como objetivo básico garantizar el derecho fundamental de toda persona a la intimidad personal y familiar, es probablemente uno de los aspectos más criticables de la regulación española del derecho a la desconexión digital, puesto que sitúa en el mismo plano un derecho fundamental inespecífico⁴⁰, como el consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución española, con el necesario e ineludible respeto al tiempo de descanso, permiso y vacaciones de las personas trabajadoras, que a la postre es una cuestión de seguridad y salud laboral. Es más, el legislador ni siquiera llega a tener en cuenta esa finalidad preventiva del derecho a la desconexión digital cuando en el artículo 88.2 LOPD indica que las “modalidades de ejercicio” de este derecho se efectuará atendiendo “a la naturaleza y objeto de la relación laboral” y con la finalidad de potenciar “el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar”. Nadie discute, desde luego, que la conciliación laboral y familiar pueda ser uno de los objetivos perseguidos por el derecho a la desconexión digital, pero se trata en todo caso de una finalidad secundaria que no debe servir para ignorar que los principales efectos de la desconexión digital se despliegan

Laborales, núm. 30, 2017, pp. 12-33; Vallecillo Gámez, M. R.: “El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, núm. 408, 2017, pp. 167-178; Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R.: “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en Rodríguez Fernández, M. L. y Mora Cabello de Alba, L.: *El futuro del trabajo que queremos*, OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, pp. 331-341.

39. En similares términos quedaría redactado asimismo el artículo 14.j bis) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, donde se reconoció el derecho de los empleados públicos a “la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

40. En el más clásico sentido de la expresión, acuñada en su día por Palomeque López, C.: “Los derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A. V. (coords.): *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Aranzadi, Madrid, 2003, pp. 229-248.

y adquieren pleno significado en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, como el propio legislador es consciente, sin duda, cuando en el artículo 88.3 LOPD indica, quizás de forma demasiado alambicada, que la finalidad última de la “política interna” del empleador en materia de desconexión no puede ser otra que la de evitar “el riesgo de fatiga informática”.

La inadecuación del marco regulador del derecho a la desconexión digital ha sido advertida por la doctrina, que ha venido demandando “un enfoque netamente preventivo del problema, a fin de paliar las nefastas consecuencias que la conectividad permanente puede tener sobre la salud de los trabajadores”⁴¹. Y es que, como ya tuvimos ocasión de comentar, el derecho a la desconexión digital, el derecho a no responder a las comunicaciones telefónicas o electrónicas fuera del horario laboral, es una clara manifestación del genérico “derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo” establecido en el artículo 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que tiene como correlato necesario la obligación empresarial de abstenerse de usar herramientas digitales para contactar o comunicarse con sus empleados durante su tiempo de descanso, de ahí que, con independencia de la norma que instaura el derecho a la desconexión digital, su marco jurídico natural sea la LPRL, por lo que todo incumplimiento por parte del empleador de su deber de respetar este nuevo derecho digital podría conducir a la aplicación de la variada gama de responsabilidades laborales, civiles, administrativas e incluso penales que lleva aparejada la vulneración de la obligación general de seguridad y salud laboral⁴².

Otra de las cuestiones problemáticas de la regulación española del derecho a la desconexión digital es el hecho de que el legislador no llega a delimitar su contenido y alcance, remitiendo su concreción a “lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores” (art. 88.2 LOPD). Por otro lado, sobre el empresario también se hace recaer la obligación de elaborar una política interna, dirigida tanto a los trabajadores como a los cargos directivos, en la que aparezcan definidas “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas” (art. 88.3 LOPD). Pero ni la remisión a la negociación colectiva, ni esta atribución al empresario del deber de garantizar las condiciones de ejecución del derecho a la desconexión digital, nos parecen razones suficientes como para que el legislador haya omitido su responsabilidad de establecer un catálogo mínimo de prácticas efectivas de desconexión que hubieran servido de referencia tanto a los sujetos llamados a especificarlas en su ámbito de actuación como, sobre todo, a los titulares del derecho a la desconexión digital.

Por lo demás, también resulta evidente que el legislador español, siguiendo el modelo francés, ha circunscrito el derecho a la desconexión digital al ámbito del trabajo por cuenta ajena, sin tener en cuenta que en el marco del trabajo por cuenta propia

41. Igartua Miró, M. T.: “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 432, 2019, p. 73.

42. Lozano Lares, F.: “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, ob. cit., p. 321.

resulta igualmente necesario establecer una garantía similar, especialmente en el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), que pueden llegar a percibir hasta el 75 % de sus ingresos de un solo "cliente", tal como establece el artículo 11.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Así, tal como sucedía con la previsibilidad mínima de las condiciones de trabajo, las personas trabajadoras al servicio de plataformas digitales sólo podrán ver reconocido su derecho a la desconexión digital si se les concede la calificación de trabajadores por cuenta ajena, lo que, por ahora, como hemos podido comprobar, sólo tienen asegurado a nivel jurisprudencial.

III. LA NECESARIA DIGNIFICACIÓN DEL TRABAJO DE CUIDADOS ANTE EL NUEVO ESCENARIO DE PROGRESIVA AUTOMATIZACIÓN DEL EMPLEO

El impacto del desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial sobre el trabajo de cuidados aún no ha podido ser evaluado con precisión, pero quienes vienen ocupándose de hacer prospecciones sobre el futuro del trabajo, están poniendo de manifiesto la existencia de, al menos, dos tendencias que a buen seguro acabarán condicionando el estatus jurídico de las personas dedicadas a la ejecución de tareas de cuidado. Así, en lo que respecta, por un lado, al impacto de la automatización sobre el mercado de trabajo, algunos estudios demuestran que la acelerada automatización de la actividad productiva que estamos viviendo actualmente no parece que vaya a tener un efecto significativo sobre aquellas ocupaciones que impliquen, como sucede con las tareas educativas, asistenciales o sanitarias, unas interrelaciones sociales frecuentes o una eficiente atención y desarrollo de personas, puesto que ni los robots ni las máquinas dotadas de inteligencia artificial parecen capaces, al menos por el momento, de sustituir la mano de obra humana en este campo⁴³. Sin embargo, frente a esa tendencia positiva nos encontramos también con otros estudios donde se pone de manifiesto que los algoritmos utilizados en la economía digital para encontrar puestos de trabajo no son neutros y pueden perpetuar sesgos de género⁴⁴, al tiempo que los nuevos modelos de negocio basados en el uso de plataformas digitales también tienden a perpetuar las brechas de género⁴⁵, lo que resulta especialmente preocupante en un sector de actividad, como

43. Manyika, J. *et al.*: *A future that Works: automation, employment and productivity*, Mackinsey Global Institute, 2017, p. 5. Así, mientras que "certain categories of activity, such as processing or collecting data, or performing physical activities and operating machinery in a predictable environment, have a high technical potential for automation", esa susceptibilidad de automatización "is significantly lower for other activities including interfacing with stakeholders, applying expertise to decision making, planning, and creative tasks, or managing and developing people".

44. Mann, G. y O'Neil, C.: "Hiring Algorithms Are Not Neutral", *Harvard Business Review*, 9 de diciembre de 2016. Disponible en <https://hbr.org/2016/12/hiring-algorithms-are-not-neutral>.

45. Berg J.; Furrer, M.; Harmon, E.; Rani, U.; Silberman, M. S.: *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*, International Labour Office, Ginebra, 2018. Se observa, por un lado, que hay "gender differences in the propensity to do crowdwork, with women representing only one out of every three workers. In developing countries, the gender balance was particularly skewed, with only one out of five workers being a woman (p. XVI). Otra nota-

la prestación de cuidados, donde las mujeres representan el 65% de la fuerza de trabajo mundial⁴⁶.

Para llegar a visualizar adecuadamente la verdadera magnitud de los retos de trabajo decente que han de afrontarse en el ámbito de la prestación de cuidados es conveniente partir del concepto que se viene utilizando en el seno de la OIT, donde el trabajo de cuidados aparece definido en sentido amplio como “aquel que consiste en las actividades y relaciones que conlleva atender las necesidades físicas, psicológicas y emocionales de adultos y niños, mayores y jóvenes, personas frágiles y personas sanas”. Esa definición extensiva del concepto de trabajo de cuidados implica, siguiendo el criterio de la OIT, la existencia de dos grandes tipos de actividades de cuidado: a) las denominadas actividades de cuidado relacional, que entraña una atención directa y presencial, como “dar de comer a un bebé, cuidar de un cónyuge enfermo, ayudar a una persona mayor a bañarse, realizar controles médicos o enseñar a niños y niñas pequeños”; y b) las actividades de cuidado indirecto, o trabajo doméstico, “que no conllevan cuidados personales presenciales, como limpiar, cocinar, lavar la ropa y otras tareas de mantenimiento del hogar”, pero sí que son imprescindibles para proporcionar “las condiciones previas para la prestación de cuidados personales”⁴⁷.

Como ya tuvimos ocasión de comentar en otro lugar⁴⁸, de esa conceptualización del trabajo de cuidados, que abarca tanto el cuidado directo de personas como el trabajo doméstico, se deduce la existencia de hasta tres categorías diferentes de colectivos sociales que realizan actividades de esa naturaleza, pero desde un estatus social y con unas condiciones laborales y de seguridad social bien distintas. Así, en un primer nivel que podríamos calificar como privilegiado, puesto que su actividad es remunerada, nos encontraríamos con las trabajadoras y trabajadores del cuidado que sólo realizan actividades de cuidado relacional, ya sea en el marco de una institución pública, una empresa privada o una entidad de economía social, cuyo estatus laboral cumple con los estándares de trabajo decente como regla general, salvo que trabajen en la economía informal, donde, como ocurre en cualquier otro sector de actividad, las condiciones laborales son precarias y el nivel salarial muy bajo. En un escalón intermedio estarían las empleadas y empleados de hogar, que pueden realizar tanto cuidados directos como tareas domésticas en el ámbito de un hogar familiar, cuyas condiciones de trabajo suelen estar muy por debajo del umbral de trabajo decente. El nivel inferior de esta escala, sin visibilidad ni reconocimiento social, estaría ocupado por las personas que realizan trabajo de cuidados no remunerado en el entorno familiar, ya sea atendiendo

ble diferencia de género se observa for those who could “only work from home” due to care responsibilities, with 13 per cent of women workers giving this reason compared to 5 per cent of men. (p. XVI).

46. Tal como se indica en un reciente estudio de la OIT sobre *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 8. Esa tasa de feminización es aún más alta “entre los trabajadores y trabajadoras del cuidado en las ocupaciones del cuidado (66 por ciento) y entre las trabajadoras y trabajadores domésticos (el 70 por ciento)”.

47. OIT.: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit. p. 6.

48. Lozano Lares, F.: “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 85-125 (concretamente, en la p. 115).

a personas o ejecutando trabajo doméstico, que no perciben salario alguno ni gozan de protección social adecuada.

A. La lenta consecución de la igualdad de oportunidades en materia de empleo y protección social en el sector del trabajo de cuidados remunerado

Esta primera categoría de trabajadoras y trabajadores del cuidado remunerados abarca una amplia variedad de actividades que se desarrollan en tres grandes sectores del cuidado como son la educación (atención a la primera infancia, docentes de la escuela primaria y secundaria), la salud (personal médico y de enfermería) y la asistencia social (terapeutas, trabajo social y gerontología). Este amplio colectivo de profesionales del cuidado, que realizan su actividad en hospitales, clínicas de salud, residencias de ancianos, guarderías y colegios, representa el 6,5 % del empleo total mundial, y una gran mayoría de esas personas empleadas en el sector del trabajo de cuidados remunerado son mujeres (dos tercios)⁴⁹. Cabe esperar que el nivel de empleabilidad en este tipo de ocupaciones vaya aumentando en el futuro, puesto que su naturaleza relacional limita o impide su automatización y sus posibilidades de sustitución por robots u otras tecnologías. De hecho, lo que parece estar poniendo de manifiesto el ejemplo de Japón y su estrategia de robotización del trabajo de cuidados es que su implantación está conduciendo no tanto a la reducción del número de empleos, sino más bien a “aliviar el volumen de trabajo y crear un mejor entorno de trabajo para las trabajadoras y los trabajadores del cuidado utilizando equipo robótico de atención de enfermería”⁵⁰. Ello no quita, desde luego, que estas profesiones del cuidado también estén expuestas al riesgo de fragmentación en tareas rutinarias que los nuevos modelos de negocio digitalizados vienen propiciando.

En cualquier caso, los principales retos de trabajo decente que presenta este extenso colectivo de trabajadoras y trabajadores del cuidado remunerados están relacionados, precisamente, con esa alta tasa de feminización que ya hemos señalado, puesto que el trabajo femenino, en general, y algunas categorías de trabajadoras del cuidado, como el personal de enfermería y obstetricia, en particular, sufren una penalización en sus condiciones salariales, con sus consiguientes repercusiones en materia de seguridad social, que derivan de la brecha salarial de género, de las interrupciones en la carrera laboral causadas por la maternidad biológica y de los estereotipos de género vinculados al cuidado de la prole y de los familiares dependientes. De hecho, la tradicional asociación del trabajo de cuidados con las aptitudes

49. Siempre según los datos del informe de la OIT sobre *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. 168, donde, para la identificación de las profesiones que integran los tres sectores del cuidado, se toma como base la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO 08 o versiones anteriores) y la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU Revisión 4 o versiones anteriores).

50. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. 205, donde se insiste en que los robots podrían contribuir, por ejemplo, a aliviar la carga física de trabajo consistente en levantar a las personas que reciben cuidados, contar con un sistema de seguimiento para ayudar a las personas con demencia o facilitar la movilidad de los perceptores de cuidados.

e inclinaciones naturales e innatas de las mujeres hace que muchas profesiones del cuidado sigan siendo vistas “como una extensión de la función de cuidadoras que ejercen las mujeres en sus casas y, como resultado, arrastran con ellas un estatus inferior y una falta de reconocimiento social”⁵¹.

Para hacer frente a estos retos desde una óptica jurídica, además del genérico Convenio fundamental sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), donde quedó consagrado el principio de igualdad de retribuciones “entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, la OIT ha adoptado dos instrumentos normativos centrados en las políticas de cuidado que resultan de especial aplicación en un sector de actividad tan altamente feminizado como el de las trabajadoras y trabajadores del cuidado. Se trata, por un lado, del Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), cuya fundamentación se encuentra en la convicción de que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”⁵². Dicho Convenio, aunque no llega a especificar las medidas que han de adoptarse a tal fin, sí que exige la implementación de una política nacional que permita a las personas trabajadoras con responsabilidades familiares que ejerzan el derecho a desempeñar su empleo “sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (art. 3.1), conminando a los poderes públicos a asumir, entre otras, la responsabilidad de desarrollar y promover “servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar” (art. 5).

Por otro lado, con idéntico objetivo de lograr la plena igualdad de oportunidades en el empleo entre mujeres y hombres la OIT adoptaría asimismo el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), cuyo ámbito de aplicación se extiende a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente” (art. 2.1). En esta norma internacional, que hoy por hoy constituye el umbral de protección social decente en materia de protección de la maternidad biológica⁵³, se estableció una licencia de maternidad “de una duración de al menos catorce semanas” (art. 4.2), que ha de ir acompañada de unas prestaciones pecuniarias con una cuantía “que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado” (art. 6.2). Se prevé asimismo que las prestaciones económicas por maternidad han de extenderse incluso a las mujeres que no reúnan las condiciones exigidas por la legislación nacional para tener derecho a las mismas, lo que tendrá que ser sufragado “con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción” (art. 6.6). Con estas mejoras en el régimen jurídico de protección de la maternidad, la OIT venía a poner de manifiesto

51. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. 167.

52. Preámbulo de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

53. Lozano Lares, F. “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, ob. cit., pp. 93-94.

que “también desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres, la protección de la maternidad permite que se tengan en consideración las circunstancias y necesidades particulares de las mujeres, para que puedan ser miembros productivos de la sociedad y criar a sus hijos al mismo tiempo”.

El primero de los Convenios de la OIT citados, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, fue ratificado por España el 11 de septiembre de 1985⁵⁴, y su implementación efectiva sería efectuada en dos fases: primero por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y, posteriormente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo artículo 44.1, integrado en su Título IV, dedicado a establecer la política española en materia de “derecho al trabajo en igualdad de oportunidades”, quedaron formalmente consagrados los “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral” de las personas trabajadoras “en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”.

La concreción normativa de esa política española de corresponsabilidad en las tareas de cuidado aparece reflejada en diversos preceptos 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 (ET). Cabe resaltar a tal fin el derecho de las personas trabajadoras a solicitar la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo “para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral” (art. 34.8 ET)⁵⁵, el permiso retribuido que establece el artículo 37.3. b) ET⁵⁶, las reducciones de jornada por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento y por cuidado directo de un familiar, reguladas en los apartados 4,5 y 6 del artículo 37 ET⁵⁷, y, por último, las excedencias voluntarias por cuidado de hijos o familiares dependientes contempladas en el artículo 46.3 ET⁵⁸. Algunas de esas previsiones de índole

54. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312301.

55. Con la redacción dada por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que introdujo la posibilidad de adaptar la jornada de trabajo a través de la prestación del “trabajo a distancia”, lo que obviamente incluía el teletrabajo.

56. Permiso de dos días por “fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad” (tal como quedó redactado por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación). Permiso que puede llegar a ser de cuatro días si es necesario desplazarse.

57. Con la redacción dada a los apartados 4 y 5 por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y teniendo en cuenta que, en relación con los familiares directos, que se contempla “hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida” (segundo párrafo del art. 37.6 ET).

58. Excedencias “de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”, y “de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”.

laboral han sido complementadas con sus correlativas medidas de seguridad social, como sucede en el caso de la consideración como períodos de cotización efectiva de las citadas excedencias voluntarias⁵⁹, o al computar incrementadas hasta el 100 por cien las cotizaciones que hubieran correspondido cuando se hayan producido reducciones de jornada por cuidado de menores o familiares dependientes (art. 237.3 LGSS). A diferencia de lo que sucede con el resto de prestaciones contributivas, en las que el beneficiario percibe una prestación económica, estas prestaciones familiares no ofrecen un subsidio o pensión sino unos beneficios consistentes en la consideración como tiempo efectivamente cotizado de esos períodos de la vida activa de las personas trabajadoras en los que, en realidad, no hay cotización efectiva por haber sido dedicados a realizar tareas de cuidado no retribuidas. Su finalidad no es otra, pues, que la de colmar las lagunas de cotización derivadas de ese apartamiento temporal del mercado de trabajo, computando esos períodos vacíos de cotización como tiempo cotizado a efectos de futuras prestaciones económicas.

En cualquier caso, esas medidas normativas no siempre acaban favoreciendo una efectiva corresponsabilidad en las tareas de cuidado, sino que, con frecuencia, contribuyen a que “sea la mujer la que concilie la vida familiar con la vida laboral mediante “vehículos jurídicos de segundo nivel”, como son el recurso generalizado a los contratos temporales y a los contratos a tiempo parcial⁶⁰. Y tampoco se advierten soluciones idóneas en la negociación colectiva a la que muchos de esos preceptos se remiten, puesto que los convenios colectivos no vienen dando una respuesta satisfactoria a los problemas aplicativos derivados del disfrute de los permisos legalmente previstos, ni suelen mejorar las previsiones relativas a las reducciones de jornada por motivos familiares, ni se muestran eficaces a la hora de adaptar la jornada de trabajo a las necesidades y circunstancias familiares, puesto que la ordenación del tiempo de trabajo es una potestad a la que el empresariado no tiene intención de renunciar, de ahí que cuando se introducen medidas de flexibilización de jornada por la vía convencional, estas aparecen diseñadas no tanto para conciliar la vida laboral y familiar sino, ante todo, “para favorecer la posición competitiva de la empresa”⁶¹.

Por lo que respecta a la aplicación en España de las previsiones del segundo de los convenios citados, el relativo a la protección de la maternidad, se constata la paradoja de que, aun no habiendo sido ratificado formalmente, el ordenamiento social español sí que cumple con los estándares internacionales establecidos en el mismo, e incluso cabe esperar una mejora en las expectativas de corresponsabilidad en las tareas de cuidado de la prole a raíz de las medidas introducidas en el año 2019. Eso cabe deducir, al menos a nuestro juicio, de la reciente decisión del legislador español de

59. Apartados 1 y 2 del artículo 237 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)

60. Alfonso Mellado, C. L. *et al.*: “Conclusiones generales”, en AA. VV.: *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid. 2020, p. 398.

61. A esas conclusiones se llega en un reciente estudio sobre negociación colectiva efectuado por Almendros González, M. Á. *et al.*, que lleva por título “Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias, reducciones y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia”, en AA.VV.: *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, especialmente en las pp. 375 a 379.

otorgar al “progenitor distinto de la madre biológica” el mismo período de suspensión del contrato de trabajo de 16 semanas reconocido a la madre biológica, estableciendo también para aquél el carácter obligatorio de “las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto”, que habrán de ser disfrutadas a jornada completa “para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil”⁶². Como ya tuvimos ocasión de comentar, esta medida puede contribuir a reducir la penalización salarial y de seguridad social que el nacimiento de hijos sigue suponiendo para la madre biológica, resultando además sumamente significativo el hecho de apelar al cumplimiento de los deberes de cuidado como la verdadera finalidad del período obligatorio de suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto a la madre biológica, puesto que eso es lo que puede garantizar, precisamente, la corresponsabilidad de los cónyuges tanto en las responsabilidades domésticas como en las tareas de cuidado de las personas dependientes a su cargo⁶³.

B. Los déficits de trabajo decente de las empleadas y empleados de hogar

Por lo que respecta al sector del trabajo doméstico, que viene representando “entre el 5 % y el 9 % del empleo total en los países industrializados”⁶⁴, lo primero que conviene señalar es que se trata de un colectivo profesional más feminizado aún que el del sector del trabajo de cuidados remunerado, presentando unas tasas de feminización que año tras año y en todo el mundo raramente descienden del 90 %⁶⁵. Esa abrumadora feminización del empleo doméstico va ligada a una generalizada subestimación de las tareas de cuidado directo e indirecto en que consiste la prestación de servicios para un hogar familiar, lo que contrasta sobremanera con el indiscutible peso económico del empleo doméstico, puesto que, como advierte la OIT, “el trabajo de cuidado de los hogares es esencial para que la economía también funcione fuera de ellos”⁶⁶, concediendo así a muchas familias la posibilidad de poder conciliar la vida laboral y familiar. En cualquier caso, el hecho mismo de que el trabajo doméstico tenga que ser realizado a puerta cerrada, oculto tras la privacidad de un hogar, dificulta la fiscalización de

62. Segundo párrafo del artículo 48.4 ET, introducido por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

63. Vid., sobre todo ello, Lozano Lares, F. “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, ob. cit., pp. 99-100.

64. Según datos de la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE, que puede verse en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0203_ES.html.

65. Eso se deduce de la comparativa realizada en el informe de la OIT sobre *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010, p. 6. Ese porcentaje de feminización es del 88 % en el ámbito de la Unión Europea, tal como se indica en Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE.

66. OIT: *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, ob. cit., p. 1. Solo eso cabe deducir, desde luego, del extenso listado de “grupos de trabajadores” que, según lo indicado en la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE, cabría incluir dentro del concepto de “trabajador doméstico y cuidador”, que abarcaría, a modo de ejemplo y sin carácter exhaustivo, a “los trabajadores residenciales, los trabajadores externos, los trabajadores por horas en varios hogares, los trabajadores familiares, los trabajadores que prestan atención asistencial con horario de día o de noche, los cuidadores de niños, los cuidadores de niños en régimen «au pair» y los jardineros, cuyas realidades y condiciones laborales pueden variar considerablemente”.

las condiciones de trabajo de las trabajadoras y trabajadores domésticos, difumina su escaso poder de negociación y en demasiadas ocasiones induce a la informalidad de la relación laboral, lo que convierte a las personas dedicadas al trabajo doméstico en un colectivo particularmente vulnerable a la explotación.

Como ha quedado constatado en el exhaustivo informe de la OIT sobre el trabajo de cuidados, las empleadas y empleados de hogar figuran entre las personas trabajadoras peor remuneradas, con jornadas de trabajo interminables y expuestas a abusos y violencia en el trabajo. Estas precarias condiciones de trabajo pueden llegar a ser especialmente degradantes en el caso de las empleadas de hogar internas, en su inmensa mayor parte mujeres migrantes, que a veces han de hacer frente a jornadas de más de doce horas de trabajo diario, sin descanso semanal ni tiempo para cuidarse a sí mismas ni a sus familias, y teniendo que soportar con demasiada frecuencia diversas formas de violencia psicológica, verbal, física y sexual, a lo que se une además “el confinamiento en la vivienda, lo que en ocasiones puede calificarse como trabajo forzoso”⁶⁷. Y si las condiciones de vida y trabajo llegan a ser absolutamente indecentes, la consiguiente desprotección en materia de seguridad social es más que evidente, puesto que las estimaciones actuales a nivel mundial apuntan a que “el 90 por ciento de los trabajadores domésticos carecen de acceso a la seguridad social”, lo que afecta “de manera desproporcionada a las mujeres, dado que más de un tercio de las trabajadoras domésticas están excluidas de la legislación sobre protección de la maternidad, con lo que el embarazo suele significar una pérdida de ingresos o incluso la terminación del contrato de trabajo”⁶⁸.

Todos esos déficits de trabajo decente que tradicionalmente han venido caracterizando el empleo doméstico pueden verse agravados aún más, si cabe, con la entrada en escena de las plataformas digitales de trabajo, puesto que ya resulta evidente que la gestión algorítmica de la fuerza de trabajo en la que se basa el funcionamiento de las plataformas digitales también puede ser utilizada para ofrecer servicios domésticos a demanda⁶⁹. Así, al igual que se hace con la intermediación de servicios de transporte o entrega de alimentos a nivel local, el modelo de plataformas digitales *located based* también puede dirigir cuidadores de ancianos, *au pairs* y empleados domésticos, en general, hacia los titulares de hogar familiar que lo soliciten, tal como ya viene haciendo *care.com*, por ejemplo, con toda la problemática, ya comentada, que entraña la práctica habitual de las plataformas digitales de clasificar como contratistas autónomos a las personas que se dan de alta en la aplicación para ofrecer sus servicios profesionales.

Para hacer frente a la precariedad social del sector del empleo doméstico, la OIT adoptó el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, núm. 189, que sería el primer instrumento internacional de esta naturaleza aprobado bajo el paradigma del trabajo decente. Entre las principales previsiones genéricas de este instrumento internacional se encuentra la necesidad de adoptar medidas

67. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., pp. 192-193.

68. *Ibíd.*, p. 193.

69. Berg, J. et al.: *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*, ob. cit., p. 8.

que aseguren tanto la protección efectiva de “los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos” (art. 3.1) como, en concreto, el respeto y la promoción de “los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, lo que incluye: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Con el fin de alcanzar ese objetivo básico de garantizar los derechos fundamentales de las personas dedicadas al trabajo doméstico, el Convenio OIT núm. 189 exige a los Estados miembros, entre otras medidas, la fijación de una edad mínima para los empleados de hogar acorde con la normativa internacional sobre el trabajo de menores (art. 4)⁷⁰, el establecimiento de un período de descanso semanal de “al menos 24 horas consecutivas” (art. 10.2), la necesidad de garantizar que los trabajadores domésticos puedan beneficiarse de un “régimen de salario mínimo” (art. 11), el reconocimiento del derecho de estas personas trabajadoras a “un entorno de trabajo seguro y saludable” aunque el centro de trabajo sea un hogar familiar (art. 13.1), y la adopción de las medidas que sean necesarias para “asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad” (art. 14.1). Tampoco se olvida el Convenio núm. 189 de la OIT de la problemática situación en la que pueden encontrarse las empleadas de hogar internas, de ahí que se exija la adopción de medidas que aseguren unas “condiciones de vida decentes” que respeten la “privacidad” de los trabajadores domésticos que “residen en el hogar para el que trabajan” (art. 6), así como el establecimiento de medidas que garanticen que en ningún caso puedan estar “obligados a permanecer en el hogar o a acompañar a miembros del hogar durante los períodos de descanso diarios y semanales o durante las vacaciones anuales” [art. 9 (b)].

En el ámbito de la Unión Europea, su propia Agencia de Derechos Fundamentales considera el trabajo doméstico como uno de los sectores con mayores riesgos de explotación laboral grave en la Unión, constatándose una amplia difusión del trabajo sumergido en este ámbito, con sus indeseables repercusiones en términos de inestabilidad, precariedad, temporalidad y predominio del trabajo no declarado, pese a lo cual las instituciones comunitarias aún no han adoptado medidas jurídicas uniformes de carácter vinculante que afronten los déficits de trabajo decente de las trabajadoras y trabajadores domésticos. A todo lo más que se ha llegado hasta el momento es a la adopción de la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE, donde se pide a la propia Unión Europea y a los Estados miembros el establecimiento de “normas comunes en materia de trabajo doméstico” que deberían ir encaminadas a la “profesionalización” de las personas trabajadoras que prestan servicios en los hogares, puesto que ello “aumentará

70. *Vid.*, al respecto, Lozano Lares, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000, pp. 75-115.

el atractivo del sector y la calidad de dichos servicios, y promoverá el empleo digno y reconocido". Reconociendo asimismo las reticencias de los Estados miembros a legislar en el ámbito privado, la Resolución considera que "la inacción puede suponer un elevado coste tanto para la sociedad como para los trabajadores interesados", por lo que insta a los Estados miembros a definir un "marco jurídico específico que permita la contratación regular y organizada de trabajadores domésticos", estableciendo "los derechos y deberes de las partes interesadas" con objeto de proporcionar seguridad jurídica tanto a los trabajadores de este sector como, singularmente, a sus posibles empleadores, que, al no ser empresarios en sentido estricto, están poco familiarizados con los formalismos jurídicos.

En cualquier caso, aunque esta Resolución del Parlamento Europeo se hace eco de la imperiosa necesidad de regular las condiciones de vida y empleo de las personas empleadas en el sector del trabajo doméstico, parece claro que las instituciones comunitarias no están por la labor de afrontar esa tarea normativa, puesto que el mandato principal que se desprende de esta Resolución no parece ser otro que el de limitarse a animar a los Estados miembros a "que ratifiquen con urgencia el Convenio n.º 189 de la OIT", velando "por su aplicación rigurosa con objeto de mejorar las condiciones de trabajo", puesto que su "ratificación por todos los Estados miembros sería un importante paso adelante en la promoción y protección de los derechos humanos, así como un firme mensaje político contra toda forma de abuso, acoso y violencia contra todos los trabajadores y especialmente las trabajadoras domésticas". No parece, sin embargo, que los Estados miembros de la Unión Europea se estén animando a ratificar el Convenio núm. 189 de la OIT, puesto que, de las 31 ratificaciones efectuadas a día de hoy, tan solo 7 corresponde a Estados Miembros de la Unión Europea⁷¹.

En el caso de España, aunque el Convenio núm. 189 OIT aún no ha sido ratificado, hay que reconocer que el legislador español ha dado pasos muy importantes durante la última década en aras de la profesionalización del empleo doméstico. Los dos hitos más significativos en ese sentido fueron la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del nuevo "Sistema Especial para Empleados de Hogar" que sustituía al precedente Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar, y, en consonancia con esa equiparación a efectos de protección social, la paralela aprobación del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que sustituía la reglamentación precedente con el objetivo confeso de perseguir "la consecución de la dignificación de las condiciones de trabajo de las personas que realizan la prestación de servicios en el hogar familiar", aplicando en todo lo que resultara factible "la regulación general contemplada en el Estatuto de los Trabajadores" y en su normativa complementaria⁷².

71. Alemania, Bélgica, Finlandia, Irlanda, Italia, Portugal y Suecia, tal como puede verse, a fecha 12 de marzo de 2021, en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:2551460.

72. Ambas medidas fueron adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Previamente, la disposición final tercera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, extendió al ámbito del empleo doméstico "la acción protectora por contingencias pro-

Entre las mejoras introducidas por esta remozada regulación reglamentaria del empleo doméstico cabe destacar la atribución a las empleadas y empleados de hogar del mismo catálogo de derechos y deberes establecidos para todas las personas trabajadoras por cuenta ajena en “los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores” (art. 7.1). En lo que respecta a las condiciones salariales, en concreto, el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, exige que las retribuciones se abonen “en dinero” y en cuantía no inferior al salario mínimo interprofesional, siendo aplicable también para las percepciones en especie el límite común del 30 % del salario total (art. 8). En materia de tiempo de trabajo, por su lado, se prevé que el horario sea fijado “por acuerdo entre las partes” y no de forma unilateral por el titular del hogar familiar; se incrementa el descanso entre jornadas a doce horas, no estando obligado la persona empleada a permanecer en el hogar familiar una vez concluida la jornada de trabajo diaria (art. 9.1); se establece el derecho de la persona empleada a “un descanso semanal de treinta y seis horas consecutivas” (art. 9.5); y se regulan los “tiempos de presencia” pactados por las partes de modo que o bien deben ser compensados con tiempos de descanso equivalente o bien retribuidos en la misma cuantía que las horas ordinarias, sin que el número de horas de presencia pueda exceder de “veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes” (art. 9.2).

En cualquier caso, pese a esas medidas normativas adoptadas por el legislador español, la equiparación plena con las personas trabajadoras por cuenta ajena aún está lejos de alcanzarse, lo que se traduce en una variada gama de déficits de trabajo decente entre los que cabría destacar las siguientes:

- a) La inexistencia de una regulación específica que dignifique las condiciones de vida y trabajo de las empleadas de hogar internas, a las que el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, sólo alude casi de pasada para reconocerles el derecho a disponer de dos horas diarias para las comidas principales, no computándose ese intervalo temporal como tiempo de trabajo⁷³, y para concederles el derecho a “permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días” en caso de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal de la empleada de hogar interna, “debida a enfermedad o accidente”⁷⁴. El clamoroso silencio de la norma a las condiciones de alojamiento de las empleadas de hogar internas que pudieran ver suspendido su contrato de trabajo a causa de embarazo es una laguna que habla por sí sola, puesto que parece vetar el hecho de que estas mujeres trabajadoras puedan tomar la decisión de constituir su propia familia mientras tengan esa condición laboral. Por otro lado, tampoco resulta demasiado garantista la posibilidad, contemplada solo en el caso de las empleadas de hogar internas⁷⁵, de reducir a diez horas el período

fesionales”.

73. Segundo párrafo del artículo 9.4 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

74. Artículo 10.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

75. Primer párrafo del artículo 9.4 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

mínimo de descanso entre jornadas, compensando las dos horas sustraídas “en períodos de hasta cuatro semanas”. Permitir la reducción del período de descanso entre jornadas de las empleadas de hogar internas no parece que sea una medida que contribuya a dignificar las condiciones de vida de unas personas trabajadoras cuyo centro de trabajo coincide con el lugar en el que se ven conminadas a vivir⁷⁶.

- b) La exclusión de las empleadas de hogar del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de seguridad y salud laboral, tal como establece de forma expresa el artículo 3.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, donde todo lo más que se exige al titular del hogar familiar es a “cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene”. Y no parece que esta injustificable exclusión de la normativa prevencionista haya sido mejor desarrollada con lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, donde, tras indicarse con suma inconcreción que el empleador adoptará “medidas eficaces” de seguridad y salud, “teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico”, se habilita seguidamente al “empleado” para considerar como “justa causa de dimisión”, el “incumplimiento grave de estas obligaciones” por parte del titular del hogar familiar. De ese modo, además de apelarse a un insuficiente deber de cuidado que nos remite a un modelo de seguridad y salud laboral netamente productivista que ya parecía superado⁷⁷, lo que únicamente se estaría atribuyendo a la persona empleada de hogar es la potestad de autocastigarse perdiendo el empleo cuando su empleador no cumpla unas mínimas condiciones de seguridad y salud que, en realidad, beneficiarían a todos los miembros de la unidad familiar.
- c) Las carencias a efectos de protección social que se deducen de lo dispuesto en el artículo 251 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), puesto que para las personas empleadas de hogar no resulta operativo el principio de automaticidad de las prestaciones y no gozan de protección por desempleo, como el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena. A todo ello habría que unir, además, la peculiar situación en la que se encuentran las empleadas de hogar a tiempo parcial (cuando presten servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador), que se verán impelidas en su mayoría a asumir las obligaciones de afiliación, alta y cotización que en el Régimen General de Seguridad Social siempre corresponden al empleador, con las implicaciones que ello tiene en materia de acción protectora, puesto que se les exigirá

76. Una última referencia se hace también al “empleado interno”, por último, en el artículo 11.5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, donde se indica que, en caso de despido disciplinario o desistimiento del empleador, la decisión extintiva no podrá llevarse a cabo “entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza”.

77. Sobre la tipología de modelos de seguridad y salud laboral, *vid.* Lozano Lares, F.: *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

estar al corriente en el pago de las cuotas de las que se les hace responsables para poder acceder a las prestaciones que pudieran corresponderle⁷⁸.

Tal como apunta la exposición de motivos del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, el único fundamento de esos déficits de trabajo decente que hemos venido comentando se encuentra en la particularidad del “ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar”, así como en el “vínculo personal”, basado en una especial relación de confianza, “que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar”. Pero ni la peculiaridad de que el centro de trabajo sea un domicilio particular ni esa presunta vinculación personal con el empleador son causas lo suficientemente consistentes como para seguir justificando las significativas diferencias de trato que existen entre las personas que trabajan para una empresa y las que lo hacen al servicio de un hogar familiar, por lo que el mantenimiento de esas diferenciaciones laborales y de seguridad social solo puede conducir a que, siendo el empleo doméstico un sector de actividad tan altamente feminizado, se acabe perpetuando una brecha de género basada en meros prejuicios patriarcales que seguirá condenando a las empleadas de hogar a ser ciudadanas de segunda clase.

C. La necesidad de valorizar y retribuir el trabajo de cuidados no remunerado que se realiza en el entorno familiar

258

El sector del trabajo de cuidados remunerado y el empleo doméstico no agotan, como vimos, la compleja realidad del trabajo de cuidados, puesto que en las sociedades de todo el mundo, incluidas las que cuentan con un estado de bienestar consolidado, hay un amplio colectivo de cuidadoras y cuidadores que prestan sus servicios en el seno de una familia y sobre la base de una relación de parentesco sin percibir remuneración alguna por ello. La magnitud del trabajo de cuidados que realizan estas personas es de una envergadura realmente extraordinaria, puesto que, según las estimaciones de la OIT, “cada día se dedican 16.400 millones de horas al trabajo de cuidados no remunerado”, lo que se corresponde con una población de “2000 millones de personas trabajando ocho horas por día sin recibir remuneración a cambio”, por lo que, si estos servicios se valoraran en función de un salario mínimo horario, “representarían el 9 por ciento del PIB mundial”⁷⁹. Parece evidente, pues, que el trabajo de cuidados no remunerado constituye un pilar esencial de la economía mundial, contribuyendo de manera significativa al bienestar de las sociedades contemporáneas, pese a lo cual su valoración social es prácticamente nula, además de ser una actividad completamente invisible a efectos de cuantificación económica.

78. Sobre todas esas carencias en materia de seguridad social, vid. Lozano Lares, F.: “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, ob. cit., pp. 103 y ss.

79. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. xxviii.

Y la principal característica de este colectivo de personas cuidadoras no remuneradas es, de nuevo, su elevada tasa de feminización. Así, pese a que los hombres nunca habían participado tanto en el trabajo de cuidados no remunerado como en la actualidad, siguen siendo las mujeres y las niñas las que realizan hasta un 76'2 por ciento del total de las horas dedicadas a las tareas de cuidado (más de las tres cuartas partes)⁸⁰, lo que hace que las mujeres sean más pobres de tiempo que los hombres de forma sistemática y en todo el mundo. La razón última que se esconde detrás de esta realidad social no es otra, obviamente, que la casi absoluta falta de gasto público en servicios e infraestructuras de cuidado, lo que viene siendo compensado de forma tradicional por la transferencia del trabajo de cuidados no remunerado a las mujeres y a muy pocos hombres, que es la opción, como indica la socióloga Durán Heras, "que favorece la estructura social en casi todos los países", pero que solo se sostiene "por un contrato social implícito que obliga a las mujeres al cuidado de sus familiares"⁸¹.

La ancestral pervivencia de ese *contrato social implícito* es la principal causa que subyace en la no menos arcaica atribución a las mujeres del trabajo de cuidados no remunerado, y esta transferencia constituye, a su vez, "el principal obstáculo para la participación de las mujeres en los mercados de trabajo", puesto que, en la actualidad, "647 millones de mujeres en edad de trabajar están fuera de la fuerza de trabajo debido a responsabilidades familiares"⁸². De ese modo, hasta que dicho contrato social implícito no sea sustituido por políticas públicas que visibilicen el trabajo de cuidados no remunerado, concibiéndolo con un trabajo decente, digno de protección social, no será posible alcanzar realmente una efectiva igualdad de género. Ese es, desde luego, el gran objetivo perseguido por la conocida como estrategia de la "triple R" (reconocer, reducir y redistribuir el trabajo de cuidados no remunerado), desarrollada por el Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Empoderamiento Económico de las Mujeres, que en una sus más recientes formulaciones ha venido a resaltar la existencia de un "*emerging consensus about the importance of the three interconnected dimensions of unpaid care work – Recognize, Reduce, and Redistribute - to narrow the gender gap which exist around the world*"⁸³. Con la expresión reconocer el trabajo de cuidados no remunerado se quiere hacer referencia a la necesidad de medirlo, no dándolo por hecho, para hacer frente a los estereotipos de género que lo subestiman, haciéndolo invisible; reducir el trabajo de cuidados no remunerado significa, por su parte, que es necesario disminuir el tiempo dedicado

80. Siempre según los datos recabados por la OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. 43.

81. Durán Heras, M. A.: *La riqueza invisible del cuidado*, Universidad de Valencia, Valencia, 2018, p. 102.

82. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. xxxii.

83. Klugman, J. y Melnikova, T.: "*Unpaid work and Care. A policy brief*". Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Empoderamiento Económico de las Mujeres (*Secretary General's High Level Panel on Women's Economic Empowerment. United Nations*), 2016, p. 1. (Hay un consenso emergente sobre la importancia de las tres dimensiones interconectadas del trabajo de cuidados no remunerado - Reconocer, Reducir y Redistribuir - para reducir la brecha de género que existe en todo el mundo). *Vid.*, también, la figura 4 (p. 3). <https://www.empowerwomen.org/es/resources/documents/2016/11/unpaid-work-and-care?lang=en>.

al mismo, sobre todo cuando conlleva tareas penosas, con una mejora de la tecnología y las infraestructuras; y redistribuir el trabajo de cuidados no remunerado hace alusión, en fin, a un reparto mucho más equilibrado de las tareas que conlleva tanto entre mujeres y hombres, como entre las familias y la sociedad en general. Gracias a los esfuerzos realizados en el marco de esa estrategia de la “triple R”, uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) incluidos en la Agenda 2030 de la ONU sería, precisamente, la de “reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”⁸⁴.

La valorización social y económica del trabajo de cuidados no remunerado se presenta, pues, como el primer paso a dar en un largo y, sin duda, tortuoso camino cuyo primer hito sería, como ya tuvimos ocasión de comentar en otro lugar, la adopción, en la 19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (CIET) celebrada en 2013⁸⁵, de una nueva noción de trabajo en la que se venía a reconocer como tal las tareas de cuidado no remuneradas⁸⁶, lo que además estaba en consonancia con otros indicadores, como la Clasificación Internacional de Actividades para Estadísticas sobre el Uso del Tiempo (ICATUS 2016), elaborada en el marco de la ONU para, entre otros objetivos, medir la dimensión del trabajo no remunerado en los hogares y “aumentar la visibilidad del trabajo de las mujeres a través de mejores estadísticas sobre su contribución a la economía”⁸⁷.

Existen ya, pues, suficientes herramientas de medición que han hecho posible el afloramiento del trabajo de cuidados no remunerado y su valoración en términos económicos, por lo que también va siendo hora ya de ir revertiendo la actual situación de transferencia a las mujeres de este tipo de trabajos mediante una más decidida política de inversión pública y privada en servicios e infraestructuras de cuidado que “redistribuyan cierta parte del trabajo de cuidados no remunerado que realizan cuidadoras y cuidadores con niños en edad preescolar y personas enfermas, discapacitadas o de edad avanzada a los sectores público, del mercado o no lucrativo”⁸⁸. La crisis sanitaria generada por la pandemia de la Covid-19 ha desvelado las precarias condiciones en las que se desenvuelve el trabajo de cuidados en las residencias de ancianos y personas discapacitadas, al tiempo que ha expulsado del mercado de trabajo a muchas mujeres que se han visto obligadas a retornar a las tareas de cuida-

84. Meta 5.4, integrada en el ODS 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas. Vid.: <http://u.uma.es/NG/>.

85. OIT: *Estadísticas sobre trabajo, empleo y subutilización de la fuerza de trabajo. 19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo. Resolución I*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013: <http://u.uma.es/Np/>, p. 54, donde se define como trabajo “todas las actividades realizadas por personas de cualquier sexo y edad con el fin de producir bienes o prestar servicios para el consumo de terceros o para uso final propio”.

86. Lozano Lares, F. “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, ob. cit., p. 117.

87. Así se indica, por ejemplo, en <http://u.uma.es/Np/>. Para más detalles sobre los antecedentes, metodología y objetivos de este indicador, vid., Informe del Secretario General sobre Estadísticas Sociales en el que se pide al Consejo Económico y Social de la ONU “hacer suya” la ICATUS 2016 (Documento E/CN.3/2017/11), que puede verse *on line* en: <http://u.uma.es/Nv/>.

88. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. 114.

do del hogar familiar, poniendo así de manifiesto cuánto queda aún por hacer para poder transformar unas estructuras sociales caducas, pero que no dejan de ofrecer resistencia al objetivo de lograr una igualdad de género real y efectiva.

Y si las políticas públicas de servicios de cuidado están aún poco desarrolladas, lo que resulta realmente preocupante en sociedades que están experimentando una acelerada inversión de la pirámide poblacional, como las de los países de la Unión Europea o Japón, las políticas de protección social de las que habla el ODS 5, apenas si han llegado a implementarse en algunos países del mundo, pese a la amplia variedad de medidas que podrían adoptarse. Conviene tener en cuenta a este respecto que, entre las “prestaciones de protección social relacionadas con los cuidados”, la OIT incluye “desgravaciones fiscales y transferencias monetarias a cambio de cuidados, así como programas de transferencias en efectivo y programas de empleo con un componente específico de cuidados, como los concebidos para que personas con responsabilidades familiares puedan permanecer en la fuerza de trabajo o reingresar en ella”⁸⁹.

Un ejemplo nacional de esas políticas de protección social dirigidas al trabajo de cuidados no remunerado lo constituye, sin duda, la previsión del artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que contempló el establecimiento de una “prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales”, cuando una persona en situación de dependencia estuviere siendo atendida “por su entorno familiar”, siempre que se diesen condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo estableciera su Programa Individual de Atención⁹⁰. Para estos cuidadores no profesionales se prevé también su inclusión obligatoria “en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta”⁹¹, lo que implica que el coste de la cotización a la Seguridad Social y de las acciones formativas procedentes es asumido por “la Administración General del Estado” mediante la suscripción de un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social⁹².

Aunque se trata de una prestación de carácter excepcional⁹³, cuya cuantía se ha ido reduciendo tanto que ha acabado convirtiéndose en “la prestación de más bajo

89. *Ibíd.*

90. Tal como indicaba el artículo 14.4 de la citada Ley 39/2006, de 14 de diciembre, al que se remitía su art. art.18.1. Según lo dispuesto a nivel reglamentario, solo podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, “su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco, cuando convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud”. Asimismo, “se entienden como situaciones asimiladas a la relación familiar, las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento” (art. 12.2 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

91. Artículo 18.3 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, y concordante artículo 2.1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

92. Artículo 4.5 del citado Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo.

93. Puesto que solo podrá obtenerse cuando no sea posible el reconocimiento de un servicio adecuado, “debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados” [último inciso del artículo 12.4.a) del Real Decre-

coste” para el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), lo que ha provocado que los propios beneficiarios se hayan ido decantando por otras prestaciones más adecuadas para atender a sus necesidades de cuidados⁹⁴, lo cierto es que, dada la situación de completa anomia legal de la que se partía, bien puede afirmarse, como hace la doctrina española, que esta previsión jurídica “supuso una auténtica revolución normativa para el mundo del cuidado, puesto que el Estado por primera vez reconoce el valor social y económico de su función” al asumir el deber de pagar las cotizaciones derivadas de la suscripción del convenio previsto con la Tesorería General de la Seguridad Social, haciendo posible así que los cuidadores no profesionales, mujeres en su inmensa mayoría, pudieran acceder en un futuro a las pensiones contributivas de seguridad social⁹⁵.

En cualquier caso, la excepcionalidad de esta singular medida de apoyo a los cuidadores no profesionales y su severo régimen de incompatibilidad con otras prestaciones y servicios de atención a las personas en situación de dependencia⁹⁶, que limita sobremanera su alcance subjetivo, hasta el punto de llegar tan solo “a una parte muy ínfima de las mujeres que hoy en día ejercen de cuidadora no profesional”⁹⁷, hacen que esta medida del legislador español sea manifiestamente insuficiente para empezar a poner coto a esa tradicional atribución del trabajo de cuidados al entorno familiar. Resulta evidente que para ello es necesario la adopción de medidas mucho más decididas y eficaces que trasladen a la sociedad buena parte del trabajo de cuidados o el coste de esas transferencias monetarias a cambio de cuidados a las que alude la OIT. En este sentido, quizás habría que ir ensayando ya, como propusimos en otro estudio, la implementación de una especie de renta básica para todas aquellas personas que dedican la mayor parte de su tiempo de trabajo a la realización de actividades de cuidado no remuneradas; una renta básica de carácter netamente individual, “con un importe digno, que solo tuviera como condición la demostración de la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo, o de hacerlo en condiciones muy precarias, a consecuencia, precisamente, de la dedicación en exclusiva o de forma prioritaria al trabajo de cuidados no remunerado”⁹⁸.

to 1051/2013, de 27 de diciembre, que desarrolla así lo dispuesto en su propio artículo 12.1 y en el artículo 18.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre).

94. *Vid.*, sobre todo ello, Molero Manglano, M. L.: “Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente”, *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020, pp. 33-64. De los últimos datos disponibles (a fecha 28 de febrero de 2021), se deduce que las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar representan el 31’74% del total de las prestaciones del SAAD (451.965 de un total de 1.424.127). Fuente: IMSERSO, <http://u.uma.es/On/>.

95. Molero Manglano, M. L.: “Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente”, *ob. cit.*, pp. 33-64. Así, en p. 48. Las cursivas son de la propia autora, que también advierte cómo “quedan extramuros de la protección” tanto el subsidio por incapacidad temporal como la protección por desempleo.

96. *Vid.*, artículo 16 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre.

97. Molero Manglano, M. L.: “Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente”, *ob. cit.*, p. 51.

98. Lozano Lares, F.: “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, *ob. cit.*, p. 122.

IV. LA INELUDIBLE LUCHA CONTRA EL TRABAJO NO DECLARADO Y LA ECONOMÍA INFORMAL

En el informe de la OIT que sirvió de base para la adopción de la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204)⁹⁹, ya se identificaba como categorías específicas de trabajadores especialmente vulnerables a la desprotección social derivada de la economía informal a los “trabajadores domésticos”, a los “trabajadores a domicilio” y a los “trabajadores independientes”¹⁰⁰. En el caso concreto de los trabajadores domésticos se estimaba que solo el 10 % de ellos (5’3 millones) estaban cubiertos por la legislación laboral, mientras que “casi el 30 por ciento”, en cambio, quedaban “completamente excluidos del ámbito de aplicación de la legislación laboral nacional”¹⁰¹. Si a ese elevado grado de informalidad que el trabajo doméstico presenta por sí mismo le sumamos, por un lado, la cada vez más intensa incursión de las plataformas digitales en todo el sector del trabajo de cuidados, y, por otro lado, la estrategia desreguladora de estos nuevos modelos de negocio, que pretenden convertir en trabajadores independientes a todas las personas que prestan servicios a demanda y en trabajadores a domicilio a los cientos de miles de *crowdworkers* que realizan sus micro-tareas *on line* gracias al teletrabajo, cabe intuir que, de no frenarse a tiempo, podemos estar asistiendo a un acelerado proceso de informalización de la economía global cuyos efectos sinérgicos sobre el mercado de trabajo mundial pueden resultar realmente devastadores para millones de trabajadores y trabajadoras de prácticamente todos los sectores de actividad.

Aunque el fenómeno de la economía informal y el trabajo no declarado que le acompaña es demasiado complejo y heterogéneo como para que podamos abordarlo con detalle en este estudio, sí que conviene tener en cuenta, cuando menos, que ya hay actualmente en el mundo unos 2.000 millones de personas que se ganan la vida en la economía informal¹⁰², que mientras esta persista, “seguirá siendo el más grave obstáculo para el logro del objetivo del trabajo decente para todos”¹⁰³, y que numerosos estudios han demostrado sobradamente que quienes trabajan en la economía informal están expuestos a un mayor riesgo de desigualdad, pobreza y vulnerabilidad social que quienes trabajan en la economía formal¹⁰⁴.

La nocividad de la economía informal para las personas trabajadoras es más que evidentes, puesto que “están expuestas a condiciones de trabajo inadecuadas e inseguras y tienen altos niveles de analfabetismo, poca calificación y escasas oportunidades de formación; tienen ingresos más inciertos, más irregulares y más bajos que

99. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R204.

100. OIT: *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, Ginebra, 2014, pp. 34 y 37. Junto a ellos, también resultan especialmente vulnerables los “trabajadores agrícolas” y los “propietarios de microempresas o pequeñas empresas”.

101. OIT: *La transición de la economía informal a la economía formal*, ob. cit., p. 33.

102. OIT: *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.

103. OIT: *La transición de la economía informal a la economía formal*, ob. cit., pp. 13-14.

104. OIT: *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico*, ob. cit., p. 1.

quienes trabajan en la economía formal, trabajan más horas, no gozan de derechos de negociación colectiva ni de representación y, a menudo, su situación en el empleo es ambigua o encubierta; y tienen una mayor vulnerabilidad física y financiera porque el trabajo en la economía informal está excluido o efectivamente fuera del alcance de los regímenes de seguridad social y de la legislación en materia de protección de la seguridad y la salud, la maternidad y otras normas de protección de los trabajadores”¹⁰⁵. Y, como ponen de manifiesto las estadísticas elaboradas por la OIT, la mayor parte de las personas que ingresan en la economía informal no lo hacen por voluntad propia, sino por falta de oportunidades en la economía formal o por falta de acceso a otros medios de sustento¹⁰⁶.

Los costes del trabajo no declarado son también muy elevados tanto para el propio tejido empresarial, puesto que disminuyen la productividad y suponen una competencia desleal en los mercados nacionales e internacionales, como para toda la sociedad en su conjunto, ya que priva a los gobiernos de ingresos públicos procedentes de impuestos y cotizaciones que podrían ser empleados para sostener unos sistemas de seguridad social, salud y educación mucho más eficientes. Y, por supuesto, no se trata solo de un problema de los países en vías de desarrollo, puesto que la informalidad afecta también al mundo desarrollado, en una proporción que en el año 2013 se estimaba en el 18’8 por ciento del PIB en la UE-27¹⁰⁷, así como en el 8,6 por ciento en países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón y Nueva Zelanda¹⁰⁸.

Ante la urgencia y necesidad de acabar con el problema de la economía informal, ya en 2015 la citada Recomendación núm. 204 de la OIT ofrecía una serie de “orientaciones” que tenían como objetivo “facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizando oportunidades de seguridad de los ingresos, medios de sustento y emprendimiento” [art. 1.a)]. Partiendo del hecho constatado de que el trabajo informal puede darse en todos los sectores de la economía, y “tanto en espacios públicos como en espacios privados”, esta norma de *soft law* tiene carácter universal, puesto que resulta aplicable a todo tipo de personas trabajadoras, tanto si ejecutan su actividad por cuenta ajena como por cuenta propia, y a todo tipo de unidades económicas, ya se trate de empresas, cooperativas, entidades de economía social, cadenas de suministro u hogares. Es por ello que uno de los ejes básicos sobre los que habrá de pivotar la transición hacia la economía formal es la implantación por parte de cada Estado miembro de una política de empleo que haga del “empleo pleno, decente, productivo y libremente elegido una meta central de su estrategia o plan nacional de desarrollo y crecimiento” (art. 14).

105. OIT: *La transición de la economía informal a la economía formal*, ob. cit., pp. 3-4.

106. OIT: *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico*, ob. cit., p. 1.

107. Así se reconoce, por ejemplo, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre el tema «Inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa» (2013/2112(INI)).

108. Schneider, F.: *Size and Development of the Shadow Economy of 31 European and 5 other OECD Countries from 2003 to 2012: Some New Facts*. [en línea]: <http://u.uma.es/7X/>.

Y eso pasa necesariamente por la adopción de medidas que promuevan y hagan realidad “los principios y derechos fundamentales en el trabajo para las personas ocupadas en la economía informal”¹⁰⁹, que subsanen las condiciones de trabajo inseguras e insalubres que caracterizan el trabajo no declarado y que extiendan progresivamente a todos los trabajadores de la economía informal, tanto en la legislación como en la práctica, “la seguridad social, la protección de la maternidad, las condiciones de trabajo decentes y un salario mínimo que tenga en cuenta las necesidades de los trabajadores y tome en consideración los factores pertinentes, incluyendo, entre otros aspectos, el costo de la vida y el nivel general de los salarios en sus países” (art. 18). Entre las medidas a adoptar para la consecución de esos niveles de trabajo decente, la Recomendación apela tanto a las de índole coercitiva, basadas en el “control del cumplimiento de la legislación y de la aplicación de sanciones efectivas, a fin de prevenir la evasión del pago de impuestos y cotizaciones sociales y el no respeto de la legislación laboral” (art. 22), como a las de naturaleza incentivadora, capaces de propiciar “un mejor acceso a los servicios para las empresas, al financiamiento, a la infraestructura, a los mercados, a la tecnología, a los programas de educación y capacitación y a los derechos de propiedad” (art. 24).

En cualquier caso, esta significativa Recomendación de la OIT deja claro que para poder realizar una efectiva transición hacia la economía formal será absolutamente necesario la implantación, desarrollo o consolidación de dos instituciones laborales tan básicas como el diálogo social de todos los empleadores y trabajadores de la economía informal, incluidos los autónomos, lo que exige el inexcusable reconocimiento de “su derecho de organización y de negociación colectiva” (art. 32), y la ineludible dotación por parte de los Estados Miembros de un “sistema de inspección adecuado y apropiado” que extienda su cobertura “a todos los lugares de trabajo en la economía informal para proteger a los trabajadores, y proporcionar orientaciones a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, incluso sobre el modo de abordar las condiciones de trabajo en la economía informal” (art. 27).

En línea con lo dispuesto en esta Recomendación de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal, las instituciones comunitarias también han venido haciendo un llamamiento al respecto que¹¹⁰, por ahora, ha conducido a la adopción de la Decisión (UE) 2016/344, del parlamento europeo y del consejo de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado. La finalidad básica de

109. Lo que significa el cumplimiento, como mínimo, de los convenios de la OIT que pretenden garantizar: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación [art. 16 de la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204)] .

110. Vid., en ese sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre el tema «Inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa» (2013/2112(INI)), donde se subraya que “el trabajo no declarado, si no se combate de manera adecuada, amenaza con socavar la capacidad de la UE para alcanzar sus objetivos en materia de empleo en aras de más y mejor empleo, así como de un mayor crecimiento”.

dicha plataforma no es otra que la de contribuir a un mejor cumplimiento de la legislación social y a la creación de empleo formal, “evitando así el deterioro de la calidad del empleo y de la salud y la seguridad en el trabajo”, para lo cual se pretende reforzar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros a fin de luchar de una forma más eficiente contra, entre otras manifestaciones indeseables de la economía informal, los “aspectos transfronterizos” del trabajo no declarado y “el falso trabajo por cuenta propia” (art. 4). Aunque los principales cometidos de esta plataforma están orientados al “conocimiento” y “comprensión” del trabajo no declarado, así como al intercambio de información y buenas prácticas (art. 5), cabe esperar que los “informes bienales” que ha de elaborar puedan servir al menos para concienciar a la población sobre las nefastas consecuencias de una creciente generalización del trabajo no declarado que, tal como se indica en sus propios considerandos, “está perjudicando la economía de la Unión, dando lugar a una competencia desleal, poniendo en peligro la sostenibilidad financiera de los modelos sociales de la Unión y generando una creciente desprotección social y laboral de los trabajadores”.

V. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, entre los principales obstáculos con efectos sinérgicos a los que han de enfrentarse los poderes públicos para alcanzar el objetivo de trabajo decente, se encuentran las novedosas fórmulas de prestación de servicios en plataformas digitales, la dignificación del trabajo de cuidados en un escenario de progresiva automatización del proceso productivo y la necesidad de combatir el trabajo no declarado.

En relación con las plataformas digitales de trabajo, parece claro que, al escudar su actuación en un doble disfraz colaborativo y tecnológico, están consiguiendo generalizar la *gig economy*, fragmentando así el proceso productivo hasta extremos nunca vistos hasta ahora gracias a las nuevas tecnologías de la información, lo que está incrementando sobremanera el número de trabajadores precarios que difícilmente pueden aspirar a la adquisición de derechos sociales. Los principales déficits de trabajo decente generados por esta economía del trabajo esporádico pueden ser agrupados en dos grandes grupos: los derivados de la consideración como *freelancers* de las personas que prestan servicios para las plataformas digitales de trabajo y los que tienen su origen en la imprevisibilidad de sus condiciones laborales, especialmente en relación con el salario y el tiempo de trabajo.

La estrategia de deslaboralización emprendida por las plataformas digitales de trabajo está encontrando respuesta en sede jurisprudencial, donde se está reconociendo la condición de trabajadores por cuenta ajena a quienes prestan servicios para determinadas plataformas, e incluso cabe señalar alguna iniciativa legal en ese sentido, como la realizada por el legislador español con la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que ha establecido una presunción de laboralidad que resulta operativa en el caso de los *riders*, pero que deja sin resolver la situación de otros colectivos profesionales

al servicio de plataformas digitales. Es por ello que, dada la diversidad de fórmulas organizativas que estas adoptan, y teniendo en cuenta que estamos ante un serio problema de carácter transnacional, lo deseable sería que el legislador comunitario aprobara medidas legales uniformes para toda la Unión Europea que garantizaran la plena aplicación de la legislación social al trabajo realizado en el marco de las plataformas digitales, dando a estas la consideración de empleadoras en el sentido clásico del término y calificando como personas trabajadoras por cuenta ajena a quienes presten servicios para este tipo de empresas de base tecnológica.

Junto a la necesidad de reconocer el estatus laboral de las personas trabajadoras al servicio de plataformas en línea, lo que también parece indiscutible es que, para poder garantizar adecuadamente sus derechos sociales básicos, estos profesionales necesitarán disponer de un mayor grado de soberanía sobre su tiempo de trabajo, de modo que, por un lado, tengan la seguridad de contar con un mínimo de horas de trabajo garantizados y previsibles que les permita obtener un salario digno, al tiempo que, por otro lado, también les resulten de aplicación los límites de jornada legalmente establecidos. Estas cuestiones han sido tratadas, aunque solo de forma parcial, por la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Esta disposición deja un amplio margen de actuación al legislador nacional a la hora de transponer las garantías mínimas de previsibilidad del trabajo que pretende establecer a nivel comunitario y las personas que trabajen para las plataformas digitales sólo podrán beneficiarse de dichas garantías cuando la legislación interna les atribuya la consideración de trabajadores por cuenta ajena, puesto que la Directiva no resulta aplicable a los trabajadores autónomos.

Uno de los sectores más expuestos al riesgo de precarización laboral que los nuevos modelos de negocio vienen propiciando mediante el uso de plataformas digitales de trabajo, es el de las actividades de cuidado, que pueden ser clasificadas en tres niveles:

- a) En un primer nivel estarían los profesionales del cuidado que sólo realizan tareas de cuidado relacional, ya sea en el marco de una institución pública, una empresa privada o una entidad de economía social, cuyo estatus laboral cumple con los estándares de trabajo decente como regla general, salvo que trabajen en la economía informal, y donde cabe esperar que el nivel de empleabilidad vaya aumentando en el futuro, puesto que su naturaleza relacional limita o impide su automatización y sus posibilidades de sustitución por robots u otras tecnologías digitales.
- b) En un escalón intermedio estarían las empleadas y empleados de hogar, que pueden realizar cuidados directos y tareas domésticas en el ámbito de un hogar familiar, cuyas condiciones de trabajo suelen estar muy por debajo del umbral de trabajo decente. El hecho de que el trabajo doméstico tenga que ser realizado en la privacidad de un hogar dificulta la fiscalización de las condiciones de trabajo de este colectivo, difuminando su escaso poder de negociación e induciendo, en

demasiadas ocasiones, a la informalidad de la relación laboral, lo que convierte a quienes se dedican al trabajo doméstico en un colectivo particularmente vulnerable a la explotación, sobre todo en el caso de mujeres inmigrantes contratadas como internas. A esos tradicionales déficits de trabajo decente del empleo doméstico hay que sumar ahora la entrada en escena de plataformas digitales de trabajo que ofrecen servicios domésticos a demanda, considerando como contratistas autónomos a las empleadas de hogar que se dan de alta en la aplicación, con la pérdida de derechos sociales que ello lleva aparejado.

- c) El nivel inferior de esta escala, sin visibilidad ni reconocimiento social, estaría ocupado por las personas que realizan trabajo de cuidados no remunerado en el entorno familiar, ya sea atendiendo a personas o ejecutando trabajo doméstico, que no perciben salario alguno ni gozan de protección social adecuada. Dado que hay ya suficientes herramientas de medición que posibilitan el afloramiento del trabajo de cuidados no remunerado y su valoración en términos económicos, resulta cada vez más necesario revertir la actual situación de transferencia a las mujeres de este tipo de trabajos, mediante una decidida política de inversión pública y privada en servicios e infraestructuras que permitan redistribuir buena parte del trabajo de cuidados no remunerado tanto a la administración pública como al sector privado.

Para hacer frente a la precariedad social del sector del empleo doméstico, la OIT adoptó en el año 2011 el Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, que fue el primer instrumento internacional de esta naturaleza aprobado bajo el paradigma del trabajo decente, y cuyo principal objetivo sería la extensión a este colectivo de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Cabe señalar que el legislador español ha dado pasos muy importantes durante la última década en aras de la profesionalización del empleo doméstico, destacando a tal fin la aprobación de una nueva reglamentación más garantista de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar y la integración del Sistema Especial para Empleados de Hogar en el Régimen General del sistema de seguridad social, intentando lograr así una cierta equiparación con los demás trabajadores por cuenta ajena a efectos de protección social.

La estrategia desreguladora de las plataformas digitales de trabajo, que pretenden convertir en trabajadores independientes a las personas que prestan servicios a demanda y en trabajadores a domicilio a los cientos de miles personas que realizan micro-tareas *on line* gracias al teletrabajo, unido a los tradicionales problema de informalidad que caracterizan el sector del trabajo de cuidados, puede acabar desembocando en un acelerado proceso de informalización de la economía global cuyos efectos sinérgicos sobre el mercado de trabajo mundial pueden resultar realmente devastadores para millones de trabajadores y trabajadoras de prácticamente todos los sectores de actividad. Parece claro, por tanto, que, frente a esas pretensiones desreguladoras de los nuevos modelos de negocio, basadas en el presunto carácter disruptivo de la digitalización del proceso productivo, lo que en realidad resulta cada

vez más necesario es un renovado reforzamiento de las instituciones laborales y de seguridad social, para evitar así una verdadera epidemia de trabajo no declarado en sectores como el trabajo de cuidados o la difuminación, al amparo de las plataformas digitales y el teletrabajo, de los tradicionales conceptos de centro y tiempo de trabajo. La progresiva revitalización de la inversión en las instituciones laborales, en la regulación de las condiciones de trabajo, tanto a nivel legal como convencional, y en los sistemas de la inspección de trabajo, es lo que, precisamente, ha venido a exigir la Comisión mundial sobre el futuro del trabajo de la OIT, puesto que dichas instituciones “son las piedras angulares de las sociedades justas”, son “las forjadoras de las vías que llevan a la formalización, la reducción de la pobreza laboral y un futuro de trabajo con dignidad, seguridad e igualdad económicas”¹¹¹. A esa conclusión ya sólo nos resta añadir que ni el hecho de trabajar en el seno de un hogar familiar, ni el teletrabajo en el propio domicilio ni la prestación de servicios para una plataforma digital pueden convertirse en una patente de corso a cuyo amparo se pongan en entredicho o se desprecien sin más unas garantías sociales básicas a las que todas las personas trabajadoras tienen derecho con independencia de su status profesional y que, desde su reconocimiento e implantación a lo largo de las últimas décadas, han venido siendo uno de los principales fundamentos de la paz social.

Bibliografía

- Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R.: “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en Rodríguez Fernández, M. L. y Mora Cabello de Alba, L.: *El futuro del trabajo que queremos*, OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- Alemán Páez, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail nº 2016-1088»”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 30, 2017.
- Alfonso Mellado, C. L. et al.: “Conclusiones generales”, en AA.VV.: *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid. 2020.
- Almendros González, M. Á. et al.: “Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias, reducciones y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia”, en AA.VV.: *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.
- Aragüez Valenzuela, L.: “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2017.
- Berg J.; Furrer, M.; Harmon, E.; Rani, U.; Silberman, M. S.: *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*, International Labour Office, Ginebra, 2018.
- Berins Collier, R.; Dubal, V. B.; Carter, C.: “Labor Platforms and Gig Work: The Failure to Regulate”, *IRLE Working Paper*, núm. 100, 2017.
- Cruz Villalón, J.: “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017.
- De Stefano, V.: *The rise of the “just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

111. OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor*, ob. cit., p. 12.

- Durán Heras, M. A.: *La riqueza invisible del cuidado*, Universidad de Valencia, Valencia, 2018.
- Garben, S.: *Proteger a los trabajadores en la economía de plataformas de internet: visión general de los avances reglamentarios y políticos en la UE*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2017.
- Ginés i Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S.: "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2016.
- Igartua Miró, M. T.: "El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 432, 2019.
- Klugman, J. y Melnikova, T.: "*Unpaid work and Care. A policy brief*". Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre el Empoderamiento Económico de las Mujeres (*Secretary General's High Level Panel on Women's Economic Empowerment. United Nations*), 2016.
- Lehdonvirta, V.: "Flexibility in the gig economy: Managing time on three online piecework platforms", *New Technology, Work and Employment*, vol. 33, núm. 1, 2018.
- Lozano Lares, F.: *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.
- Lozano Lares, F.: "Hacia un modelo humanístico de seguridad y salud laboral", *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020.
- Lozano Lares, F.: "La eficacia jurídica del concepto de trabajo decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo*, vol. 4, núm. 4, 2016.
- Lozano Lares, F.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000.
- Lozano Lares, F.: "Los déficits de protección social del trabajo femenino", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2021.
- Lozano Lares, F.: "Tiempo de trabajo y derechos digitales", en González Ortega, S. (coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2020.
- Mann, G. y O'Neil, C.: "Hiring Algorithms Are Not Neutral", *Harvard Business Review*, 9 de diciembre de 2016, disponible en <https://hbr.org/2016/12/hiring-algorithms-are-not-neutral>.
- Manyika, J. et al.: *A future that Works: automation, employment and productivity*, Mackinsey Global Institute, 2017.
- Marín Malo, M.: "El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales", *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 148, 2019.
- Mercader Uguina, J. R.: "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad", en Todolí Signes, A. y Hernández-Bejarano, M. (dirs.): *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- Miranda Boto, J. M.: "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español", *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 149, 2019.
- Molero Manglano, M. L.: "Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente", *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020.
- OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- OIT: *Estadísticas sobre trabajo, empleo y subutilización de la fuerza de trabajo. 19ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo. Resolución I*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013.
- OIT: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- OIT: *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, Ginebra, 2014.

- OIT: *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- OIT: *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010.
- Palomeque López, C.: "Los derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A. V. (coords.): *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Aranzadi, Madrid, 2003.
- Rodríguez Fernández, M. L.: "Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0", en Rodríguez Fernández, M. L. y Mora Cabello de Alba, L.: *El futuro del trabajo que queremos*, OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 28, 2019.
- Rosenblat, A. y Stark, L.: "Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber's drivers", *International Journal of Communication*, núm. 10, 2016.
- Schneider, F.: *Size and Development of the Shadow Economy of 31 European and 5 other OECD Countries from 2003 to 2012: Some New Facts*. [en línea]: <http://u.uma.es/7X/>.
- Vallecillo Gámez, M. R.: "El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, núm. 408, 2017.



Migrants and the challenge of decent work in Malta

LOS MIGRANTES Y EL DESAFÍO DEL TRABAJO DECENTE EN MALTA

Manwel Debono

Senior Lecturer

University of Malta

manwel.debono@um.edu.mt  0000-0001-7634-8810

Recibido: 18.10.2021. Aceptado: 14.11.2021

ABSTRACT

This paper investigates the challenges faced by migrants in their quest for decent work in the context of the small country of Malta. The country witnessed an extraordinary growth of migrant workers in recent years. While some laws promote migrants' decent employment, others act as barriers. The Maltese population has traditionally resisted foreign workers and multiculturalism. However, such attitudes started improving especially among social partners who are increasingly supporting migrant workers and trying to improve their working conditions. Research indicates a range of difficulties faced by migrant workers in Malta, including: barriers to accessing employment; underemployment and lack of job mobility; insufficient training opportunities; higher risk of poverty despite working long hours; greater health and safety risks especially among those in undeclared work; complex relationships with superiors, colleagues and clients; and low unionisation. The Covid-19 pandemic increased the vulnerability of migrants and reversed some of the progress that had been accomplished in recent years, especially in terms of social attitudes.

RESUMEN

Este documento investiga los desafíos que enfrentan los migrantes en su búsqueda de un trabajo decente en el contexto del pequeño país de Malta. El país fue testigo de un crecimiento extraordinario de trabajadores migrantes en los últimos años. Si bien algunas leyes promueven el empleo decente de los migrantes, otras actúan como barreras. La población maltesa ha resistido tradicionalmente a los trabajadores extranjeros y al multiculturalismo. Sin embargo, estas actitudes empezaron a mejorar, especialmente entre los interlocutores sociales, que apoyan cada vez más a los trabajadores migrantes y tratan de mejorar sus condiciones de trabajo. Las investigaciones indican una serie de dificultades a las que se enfrentan los trabajadores migrantes en Malta, que incluyen: barreras para acceder al empleo; subempleo y falta de movilidad laboral; oportunidades de formación insuficientes; mayor riesgo de pobreza a pesar de trabajar muchas horas; mayores riesgos para la salud y la seguridad, especialmente entre quienes tienen trabajo no

KEYWORDS

Migrants
Decent work
Working conditions
Third country nationals
Malta

KEYWORDS

Migrantes
Trabajo decente
Condiciones laborales
Nacionales de terceros
Países
Malta

declarado; relaciones complejas con superiores, colegas y clientes; y baja sindicalización. La pandemia de Covid-19 aumentó la vulnerabilidad de los migrantes y revirtió algunos de los avances que se habían logrado en los últimos años, especialmente en términos de actitudes sociales.

SUMMARY

- I. INTRODUCTION
- II. THE MALTESE CONTEXT
- III. TRENDS AND DISTRIBUTION OF MIGRANTS
- IV. CHALLENGES OF LEGISLATION AND BUREAUCRACY
- V. ATTITUDES TOWARDS MIGRANTS
 - A. Resistance to migrants and multiculturalism
 - B. Social partners' changing mentality
- VI. LABOUR MARKET CONDITIONS OF MIGRANTS
 - A. Barriers to accessing employment
 - B. High qualifications, underemployment, and lack of job mobility
 - C. Insufficient training opportunities
 - D. Higher at-risk-of-poverty rates despite long working hours
 - E. Greater health and safety risks, especially among those in undeclared work
 - F. Complex relationships with superiors, colleagues, and clients
 - G. Low unionisation
- VII. CONCLUSION
Bibliography

I. INTRODUCTION

Despite its central role in society, work has long been recognised as a potential “source of oppression”¹. The International Labour Organisation (ILO) was founded in 1919 to set and promote international labour standards as a means of advancing social and economic justice. The concept of decent work became the formal objective of ILO in 1999 when the then Director-General presented a report to the International Labour Conference stating that “the primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity”². The concept of decent work is multifaceted and includes a variety of elements relating to “full and productive employment, rights at work, social protection and the promotion of social dialogue”³.

1. Erby, W.; Smith, C.; Blustein, D.; Davila, A.: “Chapter 1 – Racism and the future of work”, *Career Planning and Adult Development Journal*, vol. 36, n. 2, 2021, p. 168.

2. International Labour Organization: *Decent Work. Report of the Director-General at 87th Session of International Labour Conference*, International Labour Office, Geneva, 1999, p. 3. Accessible in: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09605/09605\(1999-87\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09605/09605(1999-87).pdf)

3. International Labour Organization: *Decent work indicators: Guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators*, International Labour Office, Geneva, 2013. Accessible in: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_223121.pdf

Migrants experience greater challenges than citizens in their quest for decent work. Such challenges may vary according to the situation in which work takes place. This paper investigates the work experiences of migrants in the specific context of the small country of Malta. An examination of existing literature will reveal common challenges shared by migrant workers in Malta and abroad, but also peculiarities of the working conditions of migrants in Malta.

This paper sets the Maltese context in which the migrants' work experiences take shape. The exponential growth of migrant workers is examined. A brief look is given to the legislative framework that makes this possible, followed by a review of the attitudes of the Maltese population towards migrants. A number of important labour market challenges are then discussed. The paper concludes with some reflections on the effects of the Covid-19 pandemic on migrants in their quest for decent work.

II. THE MALTESE CONTEXT

Malta is a small archipelago of islands in the middle of the Mediterranean Sea. With a surface area of 316 square kilometres and a population of around 450,000 persons, Malta is one of the most densely populated countries in the world. Lack of space is an important theme that affects the Maltese mentality in relation to migrants.

Due to its insularity, small size and scarce natural resources, Malta has traditionally been a country of emigration. At the time of Malta's independence from the British Empire, the United Nations "recommended mass emigration as the only feasible solution for the long-economic development of Malta"⁴. Indeed, for a period of time, the state financially assisted the migration of Maltese citizens. However, the trend reversed and "since 1974, the country has welcomed more immigrants than it has sent off to other countries"⁵. The rate of incoming migration accelerated over the last two decades. Joining the European Union in 2004 "sent strong signals of stability"⁶ and facilitated the movement of workers from Europe to Malta. Another boost to inward migration took place after Malta's quick and strong emergence from the international recession of 2008⁷. The country's economy expanded at a fast rate, averaging an annual real GDP growth of 6.5% between 2015 and 2019⁸.

The limiting factor of human resources for the Maltese economy has never been felt more acutely than over the last decade, when the services sector grew at a rapid rate, fuelled by government policies that attracted foreign direct investment. A study carried out in 2017 indicated that more than 30% of companies in Malta had labour

4. Commissioner for Technical Assistance, 1964, in Grech, A. G.: "Did Malta's accession to the EU raise its potential growth? A focus on the foreign workforce", *Journal of Economic Integration*, vol. 32, n. 4, 2017, p. 875.

5. Baldacchino, G.: "Malta and the 'new normal': the labour importing economy", in Borg, A. (Ed.): *Centre of Labour Studies Biennial Report 2015-2016*, University of Malta, Malta, 2017, p. 13. Accessible in: <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/35386>.

6. Ibid.

7. Ibid., pp. 11-18.

8. Central Bank of Malta: *Fifty-third Annual Report and Statement of Accounts 2020*, 2020.

shortages constraining their business, with the most striking difficulties in services subsectors such as healthcare, finance and ICT⁹.

Employers' associations were particularly vociferous about the insufficient labour supply. Two main reasons contributed to the high unfulfilled demand of labour, namely the skills gap and the limitation of local supply¹⁰. The growth in skills and qualifications among the Maltese population not did not keep up with the ever increasing demand for specialised skills. Despite substantial improvements over the last years, Malta still has a high early school leaving rate and relatively low qualification levels among the general population¹¹. The second reason for unfulfilled demand of labour was that the Maltese population is small in size and the country has been more or less in full-employment in recent years. Admittedly, Malta traditionally had a very high female inactivity rate, but this has been shrinking steadily. Besides, the government also embarked on policies promoting active aging in a bid to increase the local labour supply.

Labour became so scarce that the public sector was accused of "draining human resources from the private sector"¹². On the other hand, government institutions started losing high skilled and experienced personnel to the better paying private sector, thus jeopardising their operations¹³. During the last years preceding the pandemic, the country "reached a situation where any major new investment starting operations in Malta... [had to] seriously consider its recruitment strategy", which could include poaching from other employers in Malta or recruiting workers from abroad¹⁴.

In view of this ever increasing challenge of labour shortage, the new Labour government in 2013 embarked on a strategy to promote and facilitate inward migration. The influx of foreign workers "has been instrumental in mitigating labour market shortages thereby enabling strong expansion in firms' activities"¹⁵. Through government strategy, not only were skill shortages at the top end of the labour market alleviated, thus assisting the expansion of new high value sectors of employment such as online gaming and aviation services, but there was also a counterbalance in the shortage of Maltese willing to work in industries such as construction and tourism¹⁶.

9. Jobsplus and the National Commission for Further and Higher Education: *National employee skills survey*, 2017. Accessible in: <https://ncfhe.gov.mt/en/research/Documents/Employee%20Skills%20Survey/Employee%20Skills%20Survey%20report.pdf>.

10. Times of Malta: "Question time: Demand for foreign workers", *Times of Malta*, 14 October 2017. Accessible in: <https://timesofmalta.com/articles/view/Question-time-The-ideal-workforce.660344>.

11. Eurostat: "Database", 2021a. Accessible in: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/main/data/database>.

12. Malta Employers' Association: *Facilitating the employment of foreign employees in Malta - Recommendations by MEA*, 2016, p. 14. Accessible in: <http://maltaemployers.com/wp-content/uploads/Employing-foreign-workers.pdf>.

13. Baldacchino, G.: "Malta and the 'new normal': The labour importing economy", ob. cit.

14. Ibid., p. 16.

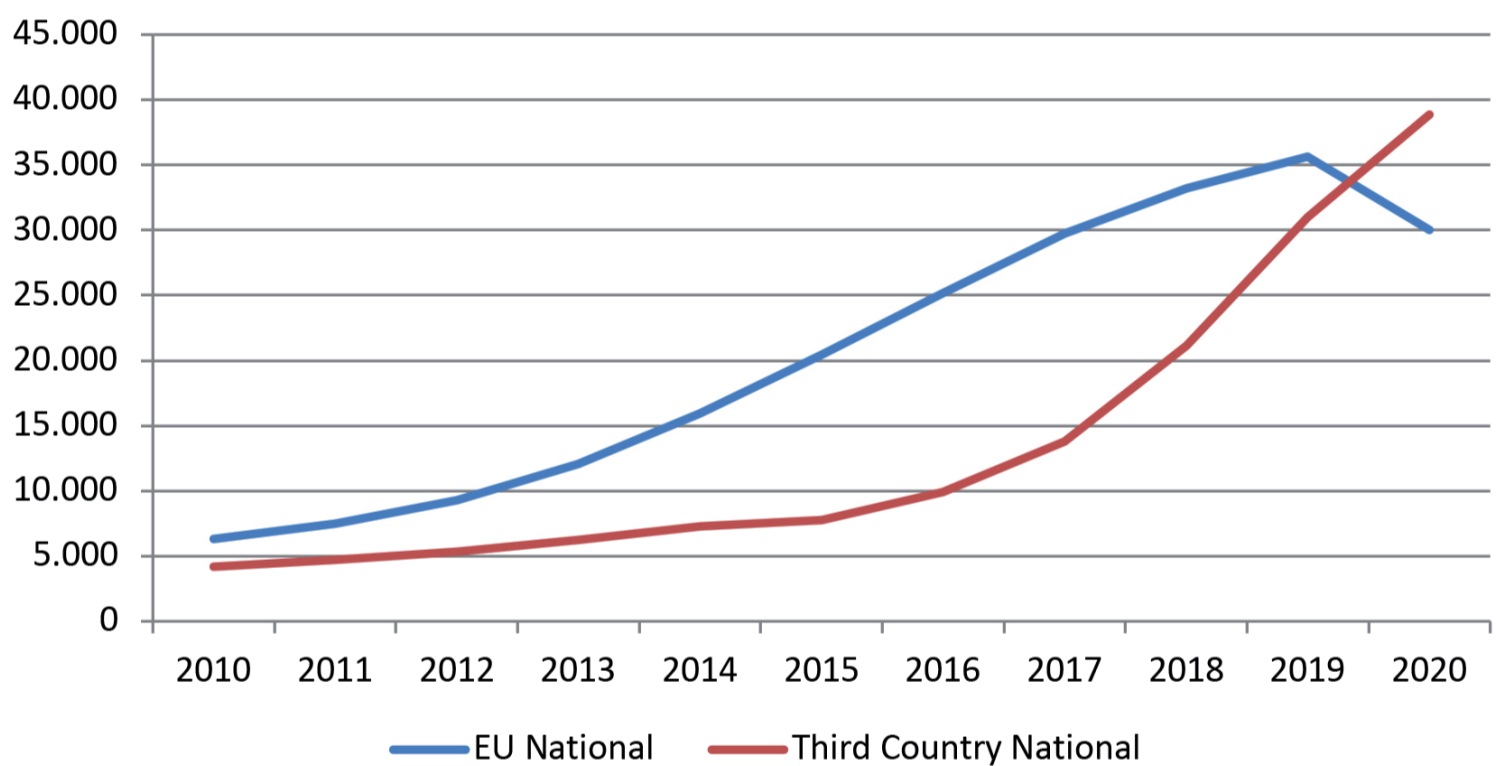
15. Borg, I.: *The length of stay of foreign workers in Malta*, Central Bank of Malta, January 2019. Accessible in: <https://www.centralbankmalta.org/file.aspx?f=72312>.

16. Grech, A. G.: "Did Malta's accession to the EU raise its potential growth? A focus on the foreign workforce", cit.

III. TRENDS AND DISTRIBUTION OF MIGRANTS

Since 2013, Malta witnessed an extraordinary growth of migrant workers. Indeed, by 2019, the country had by far the highest immigration rate in the EU¹⁷. In line with the government's drive and the preferences of the private sector, the ever increasing annual growth rate of foreign workers was principally fuelled by EU citizens¹⁸. But this was not enough to satisfy the increasing need of human resources, and so, more and more migrants from outside the EU (known as Third Country Nationals, TCNs) started to be attracted to work in this country too. As can be seen from Figure 1, while the slope of EU nationals working in Malta between 2010 and 2020 started to ease in recent years, there was an inverse trend among TCNs.

Figure 1. Trend of employed EU migrants and TCNs in Malta (Dec 2010-20).



* The drastic drop in the EU migrants in 2020 and the consequent increase in TCNs was mainly caused by the reclassification of UK citizens from EU migrants to TCNs. Source: Jobsplus (2021)

By the end of 2020, there were 70,402 foreign nationals working legally in Malta, from around 10,687 in 2010¹⁹. Foreigners represented around 6% of the working population in this country in 2010, when compared to about 27% in 2020. Out of these foreign workers, 43% were EU migrants, 1% migrated from the European Free Trade Association (EFTA) countries, while 55% were TCNs (who migrated from countries

17. Eurostat: "Migration and migrant population statistics", 2021c. Accessible in: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics.

18. Grech, A. G.: "Did Malta's accession to the EU raise its potential growth? A focus on the foreign workforce", cit., p. 3.

19. Jobsplus: "Foreign nationals employment trends", 2021. Accessible in: <https://jobsplus.gov.mt/resources/publication-statistics-mt-mt-en-gb/labour-market-information/foreigners-data>

outside the EU and EFTA)²⁰. The percentage of TCNs was boosted in 2020 due to the reclassification of UK migrants from EU nationals to TCNs.

Most migrant workers (64%) originated from Europe, 27% from Asia, 6% from Africa, and only 2% from the Americas²¹. The most common nationality of migrants is Italian, followed by Filipino, British and Indian. Out of all EU migrants, 59% are male while 41% female. On the other hand, out of all TCNs, 65% are males and 35% females. The large majority of migrant workers (92%) are in full-time employment, while 8% work part-time. The percentage of full-time employment rises to 95% among TCNs. The length of stay of foreign workers in the Maltese labour market tends to be short. Indeed, between in 2017, the average length of stay of foreign workers in Malta was 3.5 years²². Whereas 25% of foreigners exited the Maltese labour market within the same year, 45% exited after 1 to 2 years, while only 30% remained for more than 6 years²³.

Foreign workers are heterogeneous in terms of their occupational profile and their working conditions. They often work at either the higher end of the labour market where there are insufficient skills, or at the lower end where jobs are not attractive to Maltese workers²⁴. This division is frequently reflected in the nationality of migrants. EU migrants tend to occupy high skilled jobs for which there are insufficient trained Maltese people. Indeed, while the largest group of EU migrants works as clerks and support workers (21%), there are also large groups of EU migrants working as professionals (17%), technicians (15%) and managers (13%). On the other hand, non-EU nationals are more likely to occupy lower level jobs. The largest group of TCNs work in elementary occupations (29%), followed by services and sales workers (21%). Few work in managerial (6%), professional (10%), or technical occupations (9%)²⁵.

There also exists an interesting link between country of origin and type of job or sector in which migrants work. For example, Filipinos and Indians often work as care givers, British and Polish in online betting companies, Bulgarian or Serbians are often found in construction, Eritrean or Somalis often work in waste sector, and Italians in restaurants²⁶. Such situation is reflected in and perpetuated by “an underlying assumption that migrants’ capabilities are limited to certain jobs”²⁷.

20. Ibid.

21. Ibid.

22. Borg, I.: “The length of stay of foreign workers in Malta”, cit.

23. Ibid.

24. Grech, A. G.: “Assessing the economic impact of foreign workers in Malta”, *Central Bank of Malta Quarterly Review*, num. 1, 2016, pp. 39-44. Accessible in: <https://www.centralbankmalta.org/file.aspx?f=31399>.

25. Jobsplus: “Foreign nationals employment trends”, cit.

26. Baldacchino, G.: “Malta and the ‘new normal’: The labour importing economy”, cit.

27. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, European Network against Racism, Brussels, 2013, p. 21. Accessible in: <http://www.pfcmalta.org/uploads/1/2/1/7/12174934/enar-sr2012-2013.pdf>.

IV. CHALLENGES OF LEGISLATION AND BUREAUCRACY

Migrants' working conditions are greatly affected by the country's laws and their enforcement. Malta's EU accession process and its subsequent membership in 2004 has visibly shaped the country's legal framework. Indeed, "European Union standards are a key element of, and influence on Malta's migration and integration law, policies and practices"²⁸. "Malta has a strong equality law framework that prohibits direct and indirect discrimination, as well as harassment and victimisation"²⁹. And it is beyond doubt that the improvement of such legal framework has been helpful in reducing discrimination against migrants. For example, the Equal Treatment in Employment Regulations enacted in 2004, requires that all workers receive the same treatment and are not discriminated against on the basis of several criteria including race. While there was considerable opposition to this law from Maltese people who opposed the idea of receiving similar wages as foreigners, eventually it served to reduce the wage gap between Maltese and foreigners³⁰.

Nevertheless, "migrant workers continue to face discrimination both in accessing employment and within employment"³¹. The rift between laws and practice contributes to this. The Maltese government has been accused, especially in recent years, over lack of enforcement in various spheres such as financial services, construction, occupational health and safety, and the environment. Agencies responsible for enforcing employment law tend to be under-resourced. It has been noted that "most racist comments made on-line, including comments to news articles, go unpunished"³².

I would also like to highlight a different challenge faced by TCNs in relation to Malta's laws. While EU migrants in Malta benefit from the principle of "freedom of movement" which greatly facilitates the mobility of workforce from one EU country to another, TCNs are treated differently. Andrew Cauchi compellingly argues that the Maltese legal framework does not give TCNs equal treatment to Maltese nationals as a general rule, but limits equality to areas as specified by law³³. It appears that this state of affairs was developed purposefully in line with the government's aim to maintain a demand-driven immigration system that only accepts TCNs if the country requires them. In such pursuit, the Maltese "legislator was extra cautious and sought to restrict TCN's

28. The People for Change Foundation (PfC): *Assess. Integration of Vulnerable Migrant Groups. Review of existing monitoring mechanisms for the integration of migrants in Malta*, Assessing Integration Measures for Vulnerable Migrant Groups, 2014, p. 21. Accessible in: https://www.pfcmalta.org/uploads/1/2/1/7/12174934/national_report.pdf.

29. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, ob. cit., p. 2.

30. Grech, K.: "The multiple impacts of foreign workers in Malta", Bachelor's dissertation, University of Malta, 2019. Accessible in: <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/49551>.

31. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, ob. cit., p. 2.

32. European Commission against Racism and Intolerance: *ECRI Report on Malta (Fourth monitoring cycle)*, Council of Europe, Strasbourg, 2013, p. 7. Accessible in: <https://rm.coe.int/fourth-report-on-malta/16808b5929>.

33. Cauchi, A.: "Labour immigration of third-country nationals to Malta: A critical appraisal of the current regulatory framework", Master's dissertation, University of Malta, 2018. Accessible in: <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/38712>.

access to employment as much as possible³⁴. Based on a restrictive and protectionist rationale, the “Maltese labour immigration law imposes numerous obstacles and barriers to labour immigration of third-country nationals which consequently hamper and restrict both their admission and stay in Malta³⁵. For example, Maltese legislation puts TCNs at the mercy of their employers, since they face deportation if they lose their job and do not find another one within 10 days³⁶.

The challenges created by Malta’s migration law are compounded by an administrative system that has been accused of suffocating TCNs by upholding “opaque, dilatory and discretionary procedures for obtaining and renewing work permits and for recognising TCNs’ qualifications³⁷. The institutional difficulties experienced by TCNs increasingly affected employers when the migration inflow from the EU became insufficient to meet their growth needs. This prompted the Malta Employers’ Association to publish a position paper recommending the facilitation of administrative processes in the employment of TCNs³⁸.

V. ATTITUDES TOWARDS MIGRANTS

Due to its particular geographic location, Malta has historically been at the intersection of different cultures and civilizations. The complexion of the Maltese population and their culture, including their language and even their names, reflect a rich heritage of influences especially from Europe and North Africa. Despite such exposure, the Maltese have a surprisingly homogenous identity that has shown to be quite aversive to foreigners and multiculturalism. “There is a fear of invasion that plagues the Maltese historical memory³⁹. Besides, the islanders’ identification as Christian Europeans created negative stigmas towards Africans that have existed for centuries⁴⁰. Apprehension towards foreign people and cultures endures, despite the fact that the country relies heavily on tourism and many Maltese regularly interact with foreigners.

34. Ibid., p. 97.

35. Ibid., p. ii.

36. See: Bonnici, J.: “10 days or you’re out: Non-EU workers are being kicked out of Malta over slight delays in finding new work”, *Lovin Mata*, 26 June 2021. Accessible in: <https://lovinmalta.com/news/10-days-or-youre-out-non-eu-workers-are-being-kicked-out-of-malta-over-slight-delays-in-finding-new-work/>; Cauchi, A.: “Labour immigration of third-country nationals to Malta: A critical appraisal of the current regulatory framework”, cit.

37. Suban, R.; Zammit, D. E.: “Promoting the integration of third-country nationals through the labour market: combating discrimination in employment: the case of third-country nationals in Malta”, *Mediterranean Human Rights Review*, vol. 1, 2019, p. 98.

38. Malta Employers’ Association: *Facilitating the employment of foreign employees in Malta – Recommendations by MEA*, cit.

39. Holicza, P.; Stone, A. M.: “Beyond the headlines: Economic realities of migration and the labour market in Malta”, *Journal of International Studies*, vol. 9, n. 3, 2016, p. 96.

40. Van Hooren, D.: “Outsiders as invaders: On the attitudes of Maltese citizens toward irregular immigrants”, in Muller, T. (Ed.): *Contributions from European symbolic interactionists: Conflict and cooperation*, Emerald Group Publishing Limited, Bingley (UK), 2015, pp. 75-97.

A. Resistance to migrants and multiculturalism

During the first decade of this millennium, the topic of migration in Malta was mainly mentioned in national and international media in view of the high influx of asylum seekers and refugees arriving by boat from North Africa⁴¹. The numbers of such irregular immigrants were high enough to strain the country's asylum system and detention centres, and contributed to social tension between the Maltese and the migrant communities. "The public reaction to the arrival of migrants has been increasingly negative, with xenophobic discourse all too often taking the mainstream stage"⁴². This attitude was reflected in and amplified by political discourse. As recent as 2020, the Maltese Prime Minister declared that Malta was "full up" for irregular migrants⁴³. Over the past years, the government has consistently tried to stop such arrival of irregular migrants, and relocate those who arrive in Malta to other countries.

While the arrivals of irregular migrants fluctuated over the past twenty years, the number of regular migrants grew exponentially, bringing with them a variety of cultures⁴⁴. Despite the changing reality on the ground, the country's transition to a multicultural society appears to be slow and difficult. The Maltese population's negative attitudes towards migrants have been well documented. The majority of respondents (63%) in a Eurobarometer survey published in 2017 believe that immigration from outside the EU is more of a problem than an opportunity for Malta⁴⁵. If one delves deeper into such attitudes towards migrants, one realizes that they tend to be "selective and utilitarian, with most respondents viewing foreigners either as a source of investment especially in property, or as an invisible army of labour which takes those jobs which are not wanted by Maltese"⁴⁶. Thus, 84% of the Eurobarometer's survey respondents believe that migrants "help to fill jobs for which it's hard to find workers"⁴⁷. At the same time, surveys commonly find that the Maltese believe that migrants take jobs away from nationals⁴⁸. Social partners have criticized such perceptions⁴⁹. According to the

41. Grech, A. G.: "Did Malta's accession to the EU raise its potential growth? A focus on the foreign workforce", cit.

42. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit., p. 18.

43. Diacono, T.: "Watch: Robert Abela says Malta 'full up' to irregular migrants but not regular ones", Lovin Malta. 7 October 2020. Accessible in: <https://lovinmalta.com/news/news-politics/watch-robert-abela-says-malta-full-up-to-irregular-migrants-but-not-regular-ones/>.

44. Suban, R.; Zammit, D. E.: "Promoting the integration of third-country nationals through the labour market: combating discrimination in employment: the case of third-country nationals in Malta", cit.

45. European Commission: *Special Eurobarometer 469 - Integration of immigrants in the European Union - Malta*, 2017. Accessible in: <https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=65434>.

46. MediaToday: *Perceptions about third country nationals and immigration in Malta*, MediaToday, Malta, 2015, p. 6. Accessible in: <https://ec.europa.eu/migrant-integration/index.cfm?action=media.download&uiid=6A3A5754-C2AE-F658-E42268696E71D46D>.

47. European Commission: *Special Eurobarometer 469 - Integration of immigrants in the European Union - Malta*, cit., p. 2.

48. See: Ibid.; Media Today: *Perceptions about third country nationals and immigration in Malta*, ob. cit.; Hoisaeter, J.: *What do you think? A report on public perception about refugees and migrants in Malta*, United Nations High Commissioner for Refugees 2012. https://www.unhcr.org/mt/wp-content/uploads/sites/54/2018/04/5_what_do_you_think_ppr_2012_unhcr_.pdf.

49. See: Grech, K.: "The multiple impacts of foreign workers in Malta", ob. cit.; Malta Employers' Association: *Facilitating the employment of foreign employees in Malta - Recommendations by MEA*, cit.

Malta Employers' Association, "in the vast majority of cases, labour shortages abound in areas where there are no Maltese job seekers"⁵⁰. Opinions towards TCNs appear to be worse than those towards EU migrants. In line with the utilitarian perspective mentioned earlier, Maltese people distinguish "between asylum seekers and richer foreigners"⁵¹.

Surveys carried out over the last decade point out that the Maltese population hardly appreciates the cultures that foreigners bring with them. Only 28% of the respondents of a recent Eurobarometer believe that immigrants enrich Malta's cultural life⁵². In another survey carried out by the United Nations High Commissioner for Refugees, the majority (57.6%) of 400 Maltese respondents disagree that "a mixture of different lifestyles and cultures such as those brought about by refugees and migrants makes Malta a more attractive place to live"⁵³. Besides, most respondents (58%) think that "people coming to Malta should change their ways to be more like other Maltese citizens"⁵⁴.

There is a common feeling among the population that Malta is too small to accommodate and cater for migrants⁵⁵. Back in 2012, about half of a group of surveyed respondents already believed that that they were too many migrants and refugees arriving in their locality⁵⁶. The earlier-mentioned "full-up" comment by the Prime Minister echoes this sentiment. In line with this perception, many Maltese people believe that migrants burden the country's welfare system and worsen crime problems⁵⁷.

B. Social partners' changing mentality

Maltese employers traditionally tended to share the population's negative sentiments against migrants⁵⁸. In the past, employers would not employ irregular migrants, especially in jobs in contact with clients, in order not to attract bad publicity to their organisation⁵⁹. Such practices contributed to confine migrants to jobs that were dirty, dangerous and degrading, in specific industries such as construction, waste removal, and cleaning. "Lack of awareness and training in managing diversity" might have also influenced employers to "adopt practices and policies which make it more difficult for workers from diverse countries to integrate into the workforce"⁶⁰. However, a utilitarian

50. Ibid., p. 4.

51. MediaToday: Perceptions about third country nationals and immigration in Malta", cit., p. 6.

52. European Commission: *Special Eurobarometer 469 – Integration of immigrants in the European Union – Malta*, cit.

53. Hoisaeter, J.: *What do you think? A report on public perception about refugees and migrants in Malta*, cit. p. 12.

54. Ibid.

55. See: MediaToday: *Perceptions about third country nationals and immigration in Malta*, cit.; Hoisaeter, J.: *What do you think? A report on public perception about refugees and migrants in Malta*, cit.

56. Ibid.

57. European Commission: *Special Eurobarometer 469 – Integration of immigrants in the European Union – Malta*, cit.

58. Debono, M.: "Malta: The occupational promotion of migrant workers", 2009. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2009/malta-the-occupational-promotion-of-migrant-workers>.

59. Suban, 2012, in Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit.

60. Suban, R.; Zammit, D. E.: "Promoting the integration of third-country nationals through the labour market:

logic encouraged employers to start undergoing a change in mentality that is more open to accepting migrant workers, even irregular ones⁶¹. Employers' associations such as the Malta Employers' Association have been instrumental in pushing forward the idea that migrants should be considered as an "opportunity to help tackle labour shortages, rather than a social problem"⁶².

Until a few years ago, trade unions tended to be reluctant to assist in the integration of migrants. Over the last two decades, there have been some prominent instances of union leaders airing their views against migrants⁶³. Besides, for a period of time, "when speaking against racism, Maltese unions tend[ed] to be most vocal about the fact that refugees' lower wages are undercutting the Maltese worker"⁶⁴. But the general attitudes of unions appear to have developed considerably in recent years and there is now a growing push to improve the working conditions of migrants. Despite the challenges that trade unions experience to represent the interests of migrant workers, unions are focusing more on outreach initiatives to improve the integration and promote the equal treatment of such workers⁶⁵.

VI. LABOUR MARKET CONDITIONS OF MIGRANTS

After having examined the social context in which migrants work, this section discusses some research findings relating to their working conditions, highlighting a number of challenges they face in achieving decent work.

A. Barriers to accessing employment

Migrants in general encounter greater difficulties to access Malta's labour market than nationals. Migrants' access to employment is often hindered by their lack of social capital, a challenge that is magnified due to the small size of most companies in Malta "which often recruit informally without going through official channels"⁶⁶. A recent survey confirmed that the preferred manner of recruitment by employers in Malta is still by word of mouth⁶⁷.

While EU migrants might suffer from lack of social capital, at least they are not legally disadvantaged like TCNs. It has been argued that the barriers imposed by Malta's labour immigration law to block TCNs from coming to Malta when they are not

combating discrimination in employment: the case of third-country nationals in Malta", cit., p. 109.

61. Suban, 2012, in Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit.

62. Debono, M.: "Malta: The occupational promotion of migrant workers", cit.

63. Ibid.

64. Ibid.

65. Farrugia, M.: "The rise of foreign workers in Malta: Trade unions' perspectives", Bachelor's dissertation, University of Malta, 2019. <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/55845>.

66. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit., p. 21.

67. Jobsplus and the National Commission for Further and Higher Education: "National employee skills survey", cit.

needed, also makes it very difficult for them to be admitted when they are needed⁶⁸. Just to mention one barrier, for TCNs to migrate for work to Malta, they first need to have secured a job offer, something which is very difficult when they are unable to meet physically their potential employers⁶⁹. One should here note that Maltese law tends to provide highly qualified TCNs with privileged treatment⁷⁰.

Surveys among TCNs also commonly report their inability to find employment due to discrimination not only on the basis of their ethnicity and nationality, but also on the basis of other aspects such as age and religion⁷¹. Some migrants such as Sub-Saharan African females have low participation rates in the labour market due to gendered obstacles including accessible childcare support⁷². Female asylum seekers also experience other obstacles to access employment such as lack of local work experience, language barriers, lack of job interview skills, lack of local references, lack of qualifications, or problems with the recognition of their foreign qualifications⁷³.

In a survey carried out in 2012, about 80% of Maltese respondents admitted that refugees and migrants are not treated fairly when looking for jobs⁷⁴. On the other hand, a Eurobarometer survey published in 2015 reported that about half (48%) of the respondents believed that during recruitment processes in Malta, the candidates' skin colour or ethnic origin may put them at a disadvantage⁷⁵. The situation might be improving, at least with regards to public perceptions, as a lower 29% of the respondents in a 2019 Eurobarometer believed that the candidates' ethnic origin may put them at a disadvantage, while 36% believed skin colour may put candidates at a disadvantage⁷⁶.

Language barriers are regularly mentioned by employers as a major challenge when recruiting foreign workers, especially low-skilled ones⁷⁷. Insufficient communication skills may be a major reason for employers to shy away from recruiting irregular

68. Cauchi, M. G.: "The employment of low skilled foreign workers in the Maltese labour market", Master's dissertation, University of Malta, 2017. <https://www.um.edu.mt/library/oar//handle/123456789/24229>.

69. Ibid.

70. Ibid.

71. See: Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, ob. cit.; Migrant Women Association Malta: "Stepping up - An investigation of female asylum seekers and employment in Malta", 2017. Accessible in: <https://migrantwomenmalta.org/wp-content/uploads/2021/02/Res-1.pdf>.

72. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit.

73. Migrant Women Association Malta: "Stepping up - An investigation of female asylum seekers and employment in Malta", cit.

74. United Nations High Commissioner for Refugees: "What do you think? A report on public perception about refugees and migrants in Malta", cit.

75. European Commission: *Special Eurobarometer 437. Discrimination in the EU in 2015*, 2015. Accessible in: <https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=51311>.

76. European Commission: *Special Eurobarometer 493 - Discrimination in the European Union - Malta*, 2019. Accessible in: <https://europa.eu/eurobarometer/api/deliverable/download/file?deliverableId=71163>.

77. See: Abdilla, A.: "Establishing a framework for managing migrant construction workers in the Maltese islands", Master's dissertation, University of Malta, 2017. Accessible in: <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/77922>; Curmi, N.: "The impact of foreign workers on productivity: Employers' perspectives of Maltese firms", Master's dissertation, University of Malta, 2019. Accessible in: <https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/57157>.

migrants⁷⁸. Some interesting nuances were revealed in a qualitative study carried out in the health care sector. Foreign nurses' ability to speak English was sometimes insufficient to work with patients, especially elderly ones who only spoke Maltese⁷⁹. "To address this problem, hospital management tried to balance the teams of nurses on different shifts. This has created more workload for Maltese nurses and managers, resulting though in favourable outcomes"⁸⁰.

B. High qualifications, underemployment, and lack of job mobility

In general, migrants have a higher level of education than the Maltese population⁸¹. Indeed, the proportion of migrants (18-64 years old) with a tertiary level of education is nearly double that of the Maltese (42.7% and 24.6% respectively)⁸². This situation derives from both the relatively low qualification levels of the Maltese population, as well as the country's policies and laws that favour the attraction of the more highly qualified foreign workers⁸³. As among the Maltese population, female migrants have a higher level of education than their male counterparts. EU27 migrants are on their part considerably more qualified than non-EU27 migrants.

An ad-hoc module on migration and the labour market forming part of a 2014 Labour Force Survey indicated that about a fourth (25.4%) of the total employed migrants in Malta felt overqualified for their work, when compared to a considerably lower 19% of the Maltese⁸⁴. The situation might be considerably worse among TCNs. A survey among 317 Filipino workers revealed that while most of them had post-secondary or tertiary qualifications, they often had low skilled jobs⁸⁵. Besides, 40% of the Filipino respondents stated that they worked below their skill levels when compared to about 21.8% of the Maltese⁸⁶. A study among 91 female asylum seekers similarly found that they are "moderately dissatisfied with the opportunities their jobs offered to use their skills"⁸⁷. Institutional barriers in having their foreign qualification recognised are a major factor leading foreign workers to underemployment⁸⁸.

78. Cauchi, M. G.: "The employment of low skilled foreign workers in the Maltese labour market", cit.

79. Buttigieg, S. C.; Agius, K.; Pace, A.; Cassar, M.: "The integration of immigrant nurses at the workplace in Malta: a case study", *International Journal of Migration, Health and Social Care*, vol. 14, n. 3, 2018, pp. 269-289.

80. Ibid., p. 281.

81. Eurostat: "Migrant integration", 2021b. <https://ec.europa.eu/eurostat/web/migration-asylum/migrant-integration/database>.

82. Ibid.

83. Cauchi, M. G.: "The employment of low skilled foreign workers in the Maltese labour market", cit.

84. Eurostat: "Migrant integration", cit.

85. Debono, M.; Vassallo, M. T.: "An analysis of the working conditions of Filipinos in Malta", *European Scientific Journal*, vol. 15, n. 26, 2019, pp. 64-88.

86. Ibid.

87. Migrant Women Association Malta: "Stepping up - An investigation of female asylum seekers and employment in Malta", cit., p. 6.

88. See: Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit.; Debono, M.; Vassallo, M. T.: "An analysis of the working conditions of Filipinos in Malta", cit.

As has been discussed earlier, most foreign workers tend to remain in Malta for short periods of time. During such time, “very few foreign workers ever change their job or improve their employment occupation”⁸⁹. The short stay of foreigners might discourage employers from investing in their training. It has been argued that migrants at the lower levels of the labour market “often face a glass ceiling, finding it virtually impossible to move up from the ‘dirty, dangerous and degrading’ job levels despite their skills and experience”⁹⁰. There is also some indication of the difficulties of career progression among migrants in specific professions. For example, in a qualitative study carried out in the health sector, migrant nurses contended that “they have less opportunity to advance in their career” than their Maltese counterparts⁹¹.

C. Insufficient training opportunities

Adult foreigners living in Malta are less likely to take part in education and training than the Maltese population (11.2% and 17.3% respectively)⁹². Between 2011 and 2020, EU27 migrants were slightly more likely to have accessed education and training than non-EU27 migrants in Malta⁹³. Besides, as in the case of Maltese citizens, female foreigners living in Malta are more likely to take part in education and training than their male counterparts⁹⁴.

These general findings are reflected in other studies carried out with particular groups of migrants. For example, in study among 101 TCNs, 60% of the respondents did not attend any training on employment conditions over the previous five years⁹⁵. On the other hand, while Filipino workers were found to be less likely to receive on-the-job training or training paid for or provided by their employer when compared to nationals, they were more likely to have engaged in training paid for by themselves⁹⁶. The latter findings indicate that low levels of training may (at least sometimes) not depend on the migrants’ motivation but on the barriers they encounter. Indeed, other research shows that a significant number of TCNs would like to have more training opportunities⁹⁷. Most migrants are employed in the private sector which traditionally is less likely to facilitate employee training than the public sector. The small size of the majority of companies in Malta reduces their ability to afford training⁹⁸. Besides, the short stay of foreign workers in Malta also acts as a disincentive for employers to invest in their training.

89. Borg, I.: “The length of stay of foreign workers in Malta”, cit., p. 4.

90. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit., p. 23.

91. Buttigieg, S. C.; Agius, K.; Pace, A.; Cassar, M.: “The integration of immigrant nurses at the workplace in Malta: a case study”, cit., p. 284.

92. Eurostat: “Migrant integration”, cit.

93. Ibid.

94. Ibid.

95. Department of Industrial and Employment Relations: “The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work”, 2014. Accessible in: <https://dier.gov.mt/en/Pages/home.aspx>.

96. Debono, M.; Vassallo, M. T.: “An analysis of the working conditions of Filipinos in Malta”, cit.

97. Department of Industrial and Employment Relations: “The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work”, cit.

98. Grech, K.: “The multiple impacts of foreign workers in Malta”, cit.

D. Higher at-risk-of-poverty rates despite long working hours

As stated earlier, migrants in Malta are often at the extremes of the labour market. Thus, the highly qualified (often EU migrants) who work in high-tech and high value-added sectors such as iGaming, ICT, and financial services tend to earn higher than average wages. However, these are a minority when compared to the migrants at the other end of the scale who are more likely to be TCNs.

Migrant workers in Malta are much more at risk of poverty than Maltese workers (14.5% and 6% respectively)⁹⁹. Besides, while the rate of Maltese workers at risk of poverty remained largely unchanged between 2011 and 2019, this nearly doubled among foreigners over the same period. Male foreign workers are considerably more at risk of poverty than their female counterparts¹⁰⁰. This finding is related to the earlier-mentioned gender difference in qualifications. Besides, TCN are much more at risk of poverty than EU migrants¹⁰¹. In a study commissioned by the Department of Industrial and Employment Relations, about three fourths of a sample of TCNs observed that their wage is lower than that paid to their Maltese counterparts¹⁰². When asked what they would like to have more at their workplace, nearly all respondents (94.7%) said “a better wage”. At the same time, they seemed to be aware of the improbability of this, as over half of the respondents believed lower wages/leave were the main reason why Maltese employers employed TCNs¹⁰³.

While the unfairness of and dissatisfaction with wages is commonly reported among migrants in Malta¹⁰⁴, this appears not to be always the case, even among the lower paid groups of TCNs. For example, only 18.5% of surveyed Filipino workers believed that they were paid inappropriately for their work considering their efforts and achievements, a lower percentage than that among Maltese nationals¹⁰⁵. The reasons for this finding are unclear; they could be related to the respondents’ culture, to their lack of awareness of the conditions of Maltese workers, or/and to the fact that their income was still much higher than what they would have been able to earn back in their country.

Migrants are at greater risk of poverty despite often working long hours¹⁰⁶. Their extended hours of work might at times be due to their own choice, in order to make as

99. Eurostat: “Migrant integration”, cit.

100. Ibid.

101. Ibid.

102. Department of Industrial and Employment Relations: “The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work”, cit.

103. Ibid.

104. See: Buttigieg, S. C.; Agius, K.; Pace, A.; Cassar, M.: “The integration of immigrant nurses at the workplace in Malta: a case study”, cit.; Department of Industrial and Employment Relations: “The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work”, ob. cit.; Migrant Women Association Malta: “Stepping up - An investigation of female asylum seekers and employment in Malta”, cit.

105. Debono, M., Vassallo, M. T.: “An analysis of the working conditions of Filipinos in Malta”, cit.

106. See: Ibid.; Collantes, S.; Soler, A.; Klorek, N.: *Access to healthcare and living conditions of asylum seekers and undocumented migrants in Cyprus, Malta, Poland and Romania*, HUMA Network, 2011. Accessible in: https://mdmeuroblog.files.wordpress.com/2014/01/huma_report-cyprus-malta-poland-and-romania.pdf.

much money as possible during their limited stay in Malta. Indeed, in a study among TCNs, “when asked their reasons for working (other than earning money), most of the TCNs (85.3%) responded that their only reason for working was to make money”¹⁰⁷. However, migrants might also be obliged by their employer to work long hours. Only 61% of TCNs were found to utilise vacation leave, as in many cases, employers simply did not give respondents such leave¹⁰⁸. Some types of employment relations that are common among migrant workers, by their very nature, make it harder for workers to detach themselves from work and enjoy their free time. For example, in a qualitative study among Filipinas working as live-in care workers, interviewees spoke about their difficulty in separating their work from their personal life¹⁰⁹. “Psychological obligations” might make them feel guilty taking a day off and leave their client unattended¹¹⁰.

E. Greater health and safety risks, especially among those in undeclared work

According to the country's Occupational Health and Safety Authority (OHSA) CEO, “in Malta, 22% of all fatal accidents and 37% of all construction fatalities involve foreign workers”¹¹¹. A sharp increase has been observed between 2014 and 2018 in accidents involving foreigners, especially non-EU nationals¹¹². While accidents involving nationals and EU nationals mostly occur in the manufacturing and retail trade industry, accidents involving TCNs tend to be in the construction sector¹¹³. According to the OHSA CEO, “the main risks emanate from a lack of training and supervision. Foreign workers are often assigned tasks which are beyond their abilities and competences, and which are often compounded by a lack of suitable communication skills”¹¹⁴. The CEO also stated that “such workers are not aware of their rights (let alone their responsibilities) so that it is often difficult for them to approach the state agencies which are empowered to help them”¹¹⁵. In a study focusing on the living conditions and access to healthcare of asylum seekers or undocumented migrants living outside detention or open centres, “45% of the workers interviewed believed their work could adversely affect their health or put them at risk of an accident in the workplace”¹¹⁶. Similarly, in another quantitative

107. Department of Industrial and Employment Relations: “The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work”, cit.

108. Ibid.

109. Vassallo, M. T.; Debono, M.: “Labouring behind closed doors: The working and living conditions of Filipino live-in care workers in Malta”, in Ozen, E. and Grima S. (eds.): *Emerald studies in finance, insurance and risk management Vol 1 – Uncertainty and challenges in contemporary economic behaviour*, Emerald Group Publishing, Bingley, 2020, pp. 195-215.

110. Ibid.

111. “OHSA issues guidance document for migrant workers in various languages”, *The Malta Independent*, 9 November 2020. Accessible in: <https://www.independent.com.mt/articles/2020-11-09/local-news/OHSA-issues-guidance-document-for-migrant-workers-in-various-language-6736228515>.

112. Calleja, C.: “Foreign workers more likely to die on the job”, *Times of Malta*, 29 August 2019. Accessible in: <https://timesofmalta.com/articles/view/foreign-workers-more-likely-to-die-on-the-job.730735>.

113. Ibid.

114. Ibid.

115. Ibid.

116. Collantes, S.; Soler, A.; Klorek, N: *Access to healthcare and living conditions of asylum seekers and undocumented migrants in Cyprus, Malta, Poland and Romania*, cit., p. 78.

study among Filipino workers, nearly half of the respondents felt that their health or safety was at risk because of their work¹¹⁷.

A number of factors, including the cumbersome government system to employ TCNs¹¹⁸, may be forcing migrant workers into the informal economy. Such work results in higher levels of exploitation and discrimination, including greater health and safety risks, wages below the national minimum wage, and lack of other basic rights granted by law such as leave, sick leave, and notice periods¹¹⁹. Certain industries such as construction and hospitality appear to be particularly prone to attract migrants in the informal economy.

Despite the fact that the phenomenon of informal work exists among all groups of migrant workers, employment precariousness in Malta has become synonymous with irregular migrants from Sub-Saharan Africa who are over-represented in the informal economy, especially in casual employment. “Many migrants have found that the most effective way of finding work is by waiting on the side of a roundabout in the hope of being picked up for one off jobs... However, this practice creates an environment which is highly conducive to exploitation, and stories have been recounted of people being refused payment outright, or being given extremely low pay for long hours of work”¹²⁰. One should note that Jobsplus, Malta’s public employment services organisation, set up a Job Brokerage Office in 2017 with the objective of tackling this specific phenomenon. “The service facilitates short-term employment placements between employers and interested migrants”¹²¹. The service has been used by many migrants and there are success stories of migrants making use of such service who are eventually offered full-time employment¹²². But it is far off from eliminating the phenomenon of Sub-Saharan migrants in informal casual work.

F. Complex relationships with superiors, colleagues, and clients

Some evidence from quantitative surveys indicates that migrant workers in Malta might be generally satisfied with their relationship with their superiors and colleagues at work. But a minority experience difficulties. In the previously mentioned quantitative study among Filipino migrants, a third of the respondents claimed not to be treated fairly at work¹²³. Similarly, 30% received insufficient help and support from managers and/or

117. Debono, M.; Vassallo, M. T.: “An analysis of the working conditions of Filipinos in Malta”, cit.

118. Malta Employers’ Association: *Facilitating the employment of foreign employees in Malta – Recommendations by MEA*, cit.

119. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit.

120. Ibid., p. 20.

121. Jobsplus: “Annual report 2017”, 2017, p. 34. Accessible in: <https://jobsplus.gov.mt/resources/publication-statistics-mt-mt-en-gb/publications/fileprovider.aspx?fileId=2954>.

122. See: Jobsplus: “Annual report 2018”, 2018. Accessible in: <https://jobsplus.gov.mt/resources/publication-statistics-mt-mt-en-gb/publications/fileprovider.aspx?fileId=3803>; Jobsplus, “Annual report 2019”, 2019. Accessible in: <https://jobsplus.gov.mt/resources/publication-statistics-mt-mt-en-gb/publications/fileprovider.aspx?fileId=8541>.

123. Debono, M.; Vassallo, M. T.: “An analysis of the working conditions of Filipinos in Malta”, cit.

colleagues¹²⁴. On the other hand, a survey published by the EU Agency for Fundamental Rights found that 27% of the sampled African workers suffered from unfair treatment at their workplace on the basis of their ethnicity/immigrant background¹²⁵. The Department of Industrial and Employment Relations reported more positive findings among its sample of TCNs, as only 5.3% stated that they did not usually find assistance from other work colleagues, while 12.7% reported not feeling part of the team at their workplace¹²⁶. Discrimination based on skin colour may be more common than that based on ethnic origin¹²⁷. For example, a qualitative study involving nurses and nursing managers found that patients were mainly discriminatory towards non-white nurses¹²⁸.

Workplace relationships between migrants and Maltese workers are complex. Despite the above-mentioned unfairness and discrimination, sometimes even among different groups of migrants themselves¹²⁹, it also appears that “many migrant workers integrate well with their colleagues and friends. Indeed such evidence highlights employment as a key way in which migrants integrate into Maltese society”¹³⁰. The longer time they had to build relations with employers and co-workers has been offered as a reason why older Filipino workers tended to have better work outcomes including fairer treatment and less discrimination than younger ones¹³¹. The European Network Against Racism aptly described this type of situation through the words of a migrant who said that “when I started my job I felt that my Maltese workmates were quite racist and were not friendly with me. But as time passed things improved a lot and now we became friends and they treat me with respect. However, whenever a new migrant starts working with us [,] my Maltese workmates would still have a hostile attitude towards him”¹³².

G. Low unionisation

There are no representative statistics on the level of unionisation among migrant workers, though the perception is that this is very low. A study carried out among 101 TCNs found that 98.9% of the respondents were not in a trade union, and 77.4% did

124. Ibid.

125. European Union Agency for Fundamental Rights: *EU-MIDIS: European Union minorities and discrimination survey. Main results report*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010. Accessible in: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/663-fra-2011_eu_midis_en.pdf.

126. Department of Industrial and Employment Relations: “The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work”, cit.

127. European Commission: *Special Eurobarometer 493 –Discrimination in the European Union – Malta*, cit.

128. Buttigieg, S. C.; Agius, K.; Pace, A.; Cassar, M.: “The integration of immigrant nurses at the workplace in Malta: a case study”, cit.

129. Grech, K.: “The multiple impacts of foreign workers in Malta”, cit.

130. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit., p. 23.

131. Debono, M.; Vassallo, M.T.: “Predictors of employment outcomes among Filipino workers in Malta”, *Xjenza Online*, vol. 8, n. 1, 2020, pp. 16-31.

132. Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, cit., p. 23.

not have a collective agreement with recognised trade unions¹³³. While only a third (30.9%) of the same group of respondents stated that they wish to become a member in a trade union, a much larger 59.6% stated not to have a desire to do so, and another 9.6% were unsure¹³⁴.

Godfrey Baldacchino provides a pertinent summary of the main barriers that prevent migrants from becoming unionised. First of all, they tend to work in either the top or the bottom locations of the labour market hierarchy “the two labour market segments that are least disposed towards trade union consciousness and affiliation”¹³⁵. They tend to work in the private sector, which in general is much less unionised than the public sector. Workers at the higher locations of the labour market (e.g. in iGaming) tend to prefer to engage in direct bargaining with their employers, while those at the lower levels of the labour market (e.g. in construction, catering, and personal care) feel unable to refute what the employer offers due to their lack of options¹³⁶. This is especially so if their work is undeclared. As migrants often exit quickly the Maltese labour market, they may not have integrated in this society enough to appreciate the role of trade unions¹³⁷.

VII. CONCLUSION

This paper documented the increasingly popular utilitarian logic of accepting migrants for their contribution to the economy. However, it has also shown that such acceptance does not necessarily translate into providing migrant workers with decent work and integrating them respectfully in workplaces and in society. A MediaToday survey found that less than half of the Maltese respondents were clearly in favour of the government promoting “a process of dialogue to help foreign communities participate and contribute to Maltese society”¹³⁸. In view of all this, it comes as no surprise that the Maltese have developed a reputation to be resistant to integrating both EU and TCN migrants¹³⁹.

While this paper focused on the challenges faced by migrant workers, it is important to note that strides in the right direction have been made by government, social partners and civil society to improve the employment and living situation of migrants. Malta scored average on the recent Migrant Integration Policy Index (MIPEX), but the latter noted the progress made by the country and praised the major improvements in migrants’ integration between 2014 and 2019¹⁴⁰. MIPEX stated that Malta “started to

133. Department of Industrial and Employment Relations: “The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work”, cit.

134. Ibid.

135. Baldacchino, G.: “Malta and the ‘new normal’: The labour importing economy”, cit., p. 16.

136. Ibid.

137. See: Ibid.; Debono, M.; Vassallo, M.T.: “Predictors of employment outcomes among Filipino workers in Malta”, cit.

138. MediaToday: “Perceptions about third country nationals and immigration in Malta”, cit., p. 6.

139. Holicza, P.; Stone, A. M.: “Beyond the headlines: Economic realities of migration and the labour market in Malta”, cit.

140. Migrant Integration Policy Index: “Key findings – Malta, 2019”, 2020. Accessible in: <https://www.mipex.eu/malta>.

address its main weakness on equal opportunities and security for immigrants across different areas of life, from the labour market to education and political participation”¹⁴¹.

Unfortunately, the pandemic has hit hard the lives of migrant workers, especially TCNs. Robert Reich, an American politician and academic proposed the emergence of four “classes” of people during the pandemic, including “the forgotten” who were more exposed to the virus and did not get what they required to deal with the crisis due to the marginalised space they occupy in society¹⁴². Many migrants in Malta, especially TCNs fall in this category¹⁴³. As an example, one can mention the exploitative and potentially illegal working situation of hundreds of migrants in the courier industry, which grew exponentially during the pandemic. It has been reported that not only do the “couriers start their journey in considerable debt, paying up to €7,000 for the fleet agencies to get them a work permit in Malta”¹⁴⁴, but “almost all workers, are working up to 80 hours to earn just 50% of the expected monthly salary”¹⁴⁵.

Migrants, especially those working in undeclared jobs and on zero-hours contracts were the first to be made redundant during the pandemic. Those who lost their job hardly found any institutional support at all. In the first months of the pandemic, a minister notoriously stated in Parliament that foreigners who lose their jobs would risk deportation if they do not return to their home country immediately. After all, he said, “charity begins at home”¹⁴⁶. Indeed, government’s pandemic measures were biased against migrants. For example, organisations which terminated the employment of employees were barred from offering such employment to TCNs. Several thousands of migrants were assisted by government to return to their countries of origin, while many others returned on their own. Interestingly enough, despite such mass exodus, the number of foreign workers in Malta in 2020 remained roughly the same as in the previous year. Government confirmed that this was due to the fact that most of those who left the country were working illegally and did not feature in statistics¹⁴⁷.

In summary, the pandemic increased the vulnerability of migrants, especially TCNs, and reversed some of the progress that had been accomplished in recent years, in particular in terms of social attitudes. Back in 2016, it was claimed that “political

141. Ibid.

142. Reich, R.: “Covid-19 pandemic shines a light on a new kind of class divide and its inequalities”, *The Guardian*, 2020, April 26. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/25/covid-19-pandemic-shines-a-light-on-a-new-kind-of-class-divide-and-its-inequalities>.

143. Debono, M.: “Covid-19: The great disruptor of working lives”, in Debono, M. and Baldacchino, G. (eds.): *Working life and the transformation of Malta 1960-2020*, Malta University Press, Malta, 2021, pp. 311-329.

144. Bonnici, J.: “Food couriers are still losing half their salaries with agencies targeting foreign workers on the rise”, *Lovin Malta*, 17 July 2021. Accessible in: <https://lovinmalta.com/news/food-couriers-malta-salary-issues-continue/>.

145. Calleja, L.: “Ministers told of 1,200 workers in ‘illegal’ food delivery and taxi jobs”, *MaltaToday*, 16 February 2021. Accessible in: https://www.maltatoday.com.mt/news/national/107743/ministers_told_of_1200_workers_in_illegal_food_delivery_and_taxi_jobs#.YTCcl9-xW70.

146. The People for Change Foundation: *Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU - Fundamental Rights Implications*, 2020, March 23, p. 3. Accessible in: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/malta-report-covid-19-april-2020_en.pdf.

147. Farrugia, C.: “Number of foreign workers stalls for first time in over a decade”, *Times of Malta*, 1 February 2021. Accessible in: <https://timesofmalta.com/articles/view/finance-minister-admits-influx-of-foreign-workers-brought-challenges.847524>.

discourse, social tensions and the government's slow response addressing the needs of increasingly diverse constituency have proven that Malta is still an island in transition"¹⁴⁸. Such picture still remains an apt reflection of the situation in Malta in 2021.

This paper highlighted some important work-related challenges faced by groups of migrants within the particular context of Malta. It showed the complexity of their experiences, varying among others, according to their country of origin. It is hoped that the discussion within this paper informs and sensitizes policy makers and other stake holders who may influence the experiences of migrant workers in Malta and in other countries. It is also hoped that this paper encourages further research into the field of migrants and decent work.

Bibliography

- Attard, S.; Cassar, C.; Gauci, J. P.: *ENAR shadow report 2012-2103: Racism and related discriminatory practices in employment in Malta*, European Network against Racism, Brussels, 2013.
- Baldacchino, G.: "Malta and the 'new normal': the labour importing economy", in Borg, A. (ed.): *Centre of Labour Studies Biennial Report 2015-2016*, University of Malta, Malta, 2017.
- Buttigieg, S. C.; Agius, K.; Pace, A.; Cassar, M.: "The integration of immigrant nurses at the workplace in Malta: a case study", *International Journal of Migration, Health and Social Care*, vol. 14, n. 3, 2018.
- Central Bank of Malta: *Fifty-third Annual Report and Statement of Accounts 2020*, 2020.
- Collantes, S.; Soler, A.; Klorek, N: *Access to healthcare and living conditions of asylum seekers and undocumented migrants in Cyprus, Malta, Poland and Romania*, HUMA Network, 2011.
- Debono, M.: "Covid-19: The great disruptor of working lives", in Debono, M. and Baldacchino, G. (Eds.): *Working life and the transformation of Malta 1960-2020*, Malta University Press, Malta, 2021.
- Debono, M.; Vassallo, M. T.: "An analysis of the working conditions of Filipinos in Malta", *European Scientific Journal*, vol. 15, n. 26, 2019.
- Debono, M.; Vassallo, M.T.: "Predictors of employment outcomes among Filipino workers in Malta", *Xjenza Online*, vol. 8, n. 1, 2020.
- Department of Industrial and Employment Relations: "The conditions and employment and the level of integration of third country nationals at their place of work", 2014.
- Erby, W.; Smith, C.; Blustein, D.; Davila, A.: "Chapter 1 – Racism and the future of work", *Career Planning and Adult Development Journal*, vol. 36, num. 2, 2021.
- European Commission: *Special Eurobarometer 437. Discrimination in the EU in 2015*, 2015.
- European Commission: *Special Eurobarometer 469 – Integration of immigrants in the European Union – Malta*, 2017.
- European Commission: *Special Eurobarometer 493 – Discrimination in the European Union – Malta*, 2019.
- European Commission against Racism and Intolerance: *ECRI Report on Malta (Fourth monitoring cycle)*, Council of Europe, Strasbourg, 2013.
- European Union Agency for Fundamental Rights: *EU-MIDIS: European Union minorities and discrimination survey. Main results report*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.
- Grech, A. G.: "Assessing the economic impact of foreign workers in Malta", *Central Bank of Malta Quarterly Review*, n. 1, 2016.

148. Holicza, P.; Stone, A. M.: "Beyond the headlines: Economic realities of migration and the labour market in Malta", cit., p. 88.

- Grech, A. G.: "Did Malta's accession to the EU raise its potential growth? A focus on the foreign workforce", *Journal of Economic Integration*, vol. 32, n. 4.
- Holicza, P.; Stone, A. M.: "Beyond the headlines: Economic realities of migration and the labour market in Malta", *Journal of International Studies*, vol. 9, n. 3, 2016.
- International Labour Organization: *Decent work indicators: Guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators*, International Labour Office, Geneva, 2013.
- International Labour Organization: *Decent Work. Report of the Director-General at 87th Session of International Labour Conference*, International Labour Office, Geneva, 1999.
- Malta Employers' Association: *Facilitating the employment of foreign employees in Malta – Recommendations by MEA*, 2016.
- Suban, R.; Zammit, D. E.: "Promoting the integration of third-country nationals through the labour market: combating discrimination in employment: the case of third-country nationals in Malta", *Mediterranean Human Rights Review*, vol. 1, 2019.
- The People for Change Foundation (PfC): *Assess. Integration of Vulnerable Migrant Groups. Review of existing monitoring mechanisms for the integration of migrants in Malta*, Assessing Integration Measures for Vulnerable Migrant Groups, 2014.
- Van Hooren, D.: "Outsiders as invaders: On the attitudes of Maltese citizens toward irregular immigrants", in Muller, T. (Ed.): *Contributions from European symbolic interactionists: Conflict and cooperation*, Emerald Group Publishing Limited, Bingley (UK), 2015.
- Vassallo, M. T.; Debono, M.: "Labouring behind closed doors: The working and living conditions of Filipino live-in care workers in Malta", in Ozen, E. and Grima S. (eds.): *Emerald studies in finance, insurance and risk management Vol 1 – Uncertainty and challenges in contemporary economic behaviour*, Emerald Group Publishing, Bingley, 2020.



La necesaria dignificación del trabajo de los cuidadores no profesionales de personas dependientes, que no desarrollan otra actividad profesional, en el contexto del Pilar Europeo de Derechos Sociales

THE NECESSARY DIGNIFICATION OF THE WORK OF NON-PROFESSIONAL CAREGIVERS OF DEPENDENT PEOPLE, WHO DO NOT CARRY OUT ANOTHER PROFESSIONAL ACTIVITY, IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS

María José Cervilla Garzón

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

mariajose.cervilla@uca.es  0000-0001-5245-3878

Recibido: 04.11.2021. Aceptado: 22.11.2021

RESUMEN

Dado que la actividad ejercida por los cuidadores no profesionales de personas dependientes no se considera una labor profesional, con la consiguiente carencia de tutela a nivel socio-laboral, el presente estudio establece que el Pilar Europeo de Derechos Sociales puede servir como base para avanzar en la configuración de un marco jurídico que regularice su situación y la sitúe en el contexto del trabajo “digno”. Precisamente aquellos que no realizan otra actividad profesional son los que se encuentran en mayor nivel de desprotección, y los que demandan que se efectúen medidas legislativas concretas a nivel comunitario y estatal, actualmente reducida a aisladas actuaciones de las Comunidades Autónomas o la exigua cobertura de un Convenio Especial con la Seguridad Social. Por otra parte, se precisa adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las resoluciones de los Tribunales que están detectando normas con impacto discriminatorio para las mujeres que ejercen las labores de cuidado, o irregularidades que sólo redundan en la desprotección de los cuidadores como el pago de la prestación de atención a la dependencia a la persona dependiente.

ABSTRACT

Given that the activity carried out by non-professional caregivers of dependent people is not considered a professional work, with the consequent lack of protection at the socio-labor level, the study aims to establish that the European Pillar of Social Rights can serve as a basis to advance in the configuration of a legal framework that regularizes their situation and

PALABRAS CLAVE

Cuidadores no profesionales
Pilar Europeo de Derechos Sociales
Cobertura social

KEYWORDS

Non-professional carers
European Pillar of Social Rights
Social coverage

places it in the context of “decent” work. Precisely those who do not carry out any other professional activity are those who are in the highest level of vulnerability, and those who demand that specific legislative measures be carried out at the community and state level, currently reduced to isolated actions of the Autonomous Communities or the meager coverage of a Special Agreement with Social Security. On the other hand, it is necessary to adapt our legal system to the decisions of the Courts that are detecting norms with a discriminatory impact on women who perform carework, or irregularities that only result in the lack of protection of caregivers such as payment of the benefit Dependency care to the dependent person.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL DERECHO A LOS CUIDADOS DE CALIDAD (PILAR 18)
 - III. EL DERECHO A CONDICIONES JUSTAS DE TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL (PILARES 5 Y 12)
 - IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES CON INDEPENDENCIA DEL GÉNERO (PILAR 3)
 - V. LOS AVANCES A NIVEL AUTONÓMICO Y JURISPRUDENCIAL, FRENTE A LA EXIGUA PROTECCIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL
 - VI. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio¹ tiene como objetivo el establecimiento de un nexo de unión entre el Pilar Europeo de Derechos Sociales y la que consideramos necesaria protección socio-laboral de los cuidadores no profesionales de personas dependientes, que no desarrollan otra actividad profesional. En primer lugar, lógicamente, debemos realizar una distinción terminológica sobre lo que debe entenderse por cuidadores no profesionales, y justificar por qué delimitamos nuestro análisis a los que no desarrollan otra actividad profesional, dado que resulta perfectamente plausible que tales labores de cuidado se lleven a cabo por personas que ejercen algún tipo de trabajo.

Para tal precisión conceptual podemos acudir, en primer lugar, al contenido de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en virtud de la cual el cuidado no profesional consiste en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada². Por lo tanto, frente a la posible atención a las personas dependientes por cuidadores profesionales (y, por lo tanto, auténticos trabajadores

1. Se presenta como resultado de investigación de la Red Temática “Vivienda y familia en el siglo XX”, financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

2. Artículo 2. En ese mismo precepto, la dependencia se define como “estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o

autónomos o asalariados) o por servicios profesionales de asistencia personal (igualmente, de carácter netamente laboral), en esta norma queda perfectamente definida la posibilidad de que un sujeto, no directamente considerado como un “trabajador”, pueda ejercer las labores de cuidado. Es más, el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se perfilan una serie de requisitos que deben cumplirse para que sea posible su funcionamiento³:

- Podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco, cuando convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esté siendo atendido por ellos y lo hayan hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud. Se entienden como situaciones asimiladas a la relación familiar, las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento.
- Cuando la persona en situación de dependencia reconocida tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, incluida la atención mediante servicios a través de la prestación vinculada, la Administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona en situación de dependencia o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud.
- Cuando la persona tuviera reconocida la situación de dependencia en grado III o II será necesaria la convivencia con la persona de su entorno, dada la necesidad de atención permanente y apoyo indispensable y continuo que se requiere.
- Cuando la persona tuviera reconocida la situación de dependencia en grado I, el entorno al que se refiere este apartado, habrá de tener además la consideración de rural y no será necesaria la convivencia en el domicilio de la persona dependiente.
- Además de lo previsto en los anteriores apartados, se establecen las siguientes condiciones de acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y los requisitos de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia:

ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

3. Artículo 12.

- a) Que la persona beneficiaria esté siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar, con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados.
- b) Que la persona cuidadora cuente con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia.
- c) Que la persona cuidadora asuma formalmente los compromisos necesarios para la atención y cuidado de la persona en situación de dependencia.
- d) Que la persona cuidadora realice las acciones formativas que se le propongan, siempre que sean compatibles con el cuidado de las personas en situación de dependencia.
- e) Que la persona cuidadora facilite el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes, a la vivienda de la persona en situación de dependencia con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos o variación de las circunstancias, previo consentimiento de la persona beneficiaria.

Del citado concepto nos parece importante destacar tres aspectos. En primer lugar, que el cuidador no profesional ejerce una actividad que, en ningún caso, se asimila en la norma a una labor productiva o profesional, por lo que están “extramuros” del Estatuto de los Trabajadores o del Estatuto del Trabajo Autónomo. En segundo lugar, que estos cuidadores pueden ser familiares o no, es decir, no siempre esta labor queda bajo el amparo del artículo 68 del Código Civil⁴ pero, en caso de ser familiares del dependiente, tampoco esta norma obliga a que se considere una mera obligación civil, sin ningún tipo de atención o cobertura. En tercer lugar, que no resulta incompatible que el cuidador no profesional sea una persona que no tiene otra actividad profesional.

A nivel comunitario, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, también va a incorporar un concepto para el término “cuidador”, bien es cierto que sin vincularlo, directamente, al no profesional, pero que podemos deducir va a coincidir con éste atendiendo a la finalidad de dicha directiva: posibilitar la compatibilidad entre el desarrollo de actividades profesionales y el cuidado de familiares. Su considerando 7 llega a afirmar que los retos del cambio demográfico hacen que se espere un aumento de “la necesidad de cuidados no profesionales”, por lo que la conexión entre su concepto de “cuidador” y el “no profesional” lo encontramos incluido, de forma implícita. Teniendo esto en cuenta, se considera “cuidador” a quien “dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en

4. “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

el mismo hogar...y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave". Vuelve a aparecer aquí la misma posibilidad, en el sentido de poder ser cuidador un familiar o un tercero. E igualmente la labor de cuidado queda desprovista de un cariz profesional.

En cuanto a la justificación de delimitar el análisis a los que no desarrollan otra actividad profesional, es nuestra intención poner de manifiesto que la categoría de trabajo "digno" o "decente", tal y como viene exigiéndose desde la propia Organización Internacional del Trabajo⁵, debe alcanzar a la labor de los cuidadores no profesionales⁶, por ser los que están extramuros de cualquier tipo de cobertura social. Los trabajadores que desarrollan una actividad profesional y, a su vez, deben realizar labores de cuidado, obviamente también necesitan que el legislador les preste atención, pero desde una perspectiva diferente, cual es la de poder hacer compatible ambas funciones. La protección en cuanto derechos sociales (salario, descanso, Seguridad Social, prevención de riesgos...) ya le viene dada por su otra actividad profesional y, además, no podrán dedicarse a las labores de cuidado de pleno. Sin embargo, el cuidador que carece de todo tipo de derechos, es más, que ni siquiera llega a considerarse su labor como productiva, laboral o profesional, es el denominado "no profesional", como indica su propio nombre. Quedar bajo el amparo de este calificativo implica, hoy en día, realizar una tarea oculta, callada, silenciosa, pero a todas luces fundamental para el funcionamiento de nuestra sociedad. Pero además puede considerarse penosa, tanto en términos físicos como psicológicos, absorbente y no carente de riesgos para la salud de la persona que la ejerce. Y la protección prevista en nuestro ordenamiento jurídico para ella se limita a la posible suscripción por los cuidadores de un convenio especial con la Seguridad Social, previsto en la Ley de Dependencia⁷ y regulado por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, cuya cotización abona el Instituto de Mayores y Servicios Sociales y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Hechas estas puntualizaciones, la metodología elegida para efectuar este análisis va al hilo de su relación con los distintos apartados que conforman el Pilar Europeo de Derecho Sociales, pues pensamos que la extensión de la cobertura socio-laboral a estos cuidadores puede tener su fundamento en varios de ellos. Así, vamos a considerar su posible conexión con los Pilares relativos al establecimiento del derecho a cuidados de calidad, el derecho a condiciones justas de trabajo y protección social y el derecho a la igualdad de trato y oportunidades con independencia del género.

Sobre la importancia que estas labores de cuidado van adquiriendo progresivamente en nuestra sociedad, y que justifica la necesidad de valorar cómo proteger a las personas que lo ejercen y que no están integradas, por el ejercicio de otras

5. Vinculado a la "Agenda 2030 para el desarrollo sostenible" que se adopta por la asamblea general de la ONU en septiembre de 2015, con fecha de agosto de 2016 se publica el Plan de Implementación de la OIT de dicha Agenda. En su I parte se establece el "Trabajo decente para el desarrollo sostenible".

6. En su informe *El trabajo de cuidado y los trabajadores del cuidado para un futuro del trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, en su página 1 afirma que el trabajo de cuidados, tanto remunerado como no remunerado, es de vital importancia para el futuro del trabajo decente.

7. Disposición adicional cuarta.

actividades, en la cobertura del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ya es casi innecesario pronunciarse. Basta con observar los alarmantes datos de envejecimiento de la población⁸ y de solicitudes de prestaciones por dependencia o de convenios especiales para cuidadores no profesionales. Sin entrar en una abrumadora exposición de referencias estadísticas, entendemos necesario hacer alusión, en primer lugar, a los datos sobre el número de personas que han solicitado la suscripción del Convenio Especial para cuidadores no profesionales, a fecha de marzo de 2021⁹. A esta fecha, 55.028 personas disfrutaban de este convenio, de las cuales apuntamos que un 89 % son mujeres, en su mayoría menores de 50 años (38'5 %), siendo los siguientes tramos de edad de 56 a 60 años (21'9 %) y de 51 a 55 años (20'5 %). Es decir, los cuidadores no profesionales son mayoritariamente personas relativamente jóvenes, y el número de ellos no resulta, ni mucho menos, exiguo. Por otra parte, también resulta reveladora de la importancia que hay que dar a esta cuestión el número de solicitudes que en dicho mes se han producido de prestaciones relacionadas con la Ley de Dependencia por ciudadanos dependientes¹⁰, que alcanza a 1.840.083 personas, mayoritariamente mujeres (64 %) con más de 80 años¹¹.

En definitiva, la excepcionalidad prevista en la Ley de Dependencia para el recurso a los cuidados informales o no profesionales parece que no se está cumpliendo, lo cual incide, aún más, en la necesidad de trasladar el concepto de trabajo "digno" a este ámbito. También es cierto que, aun cuando fuera más excepcional, tampoco es de recibo la falta de tutela de quienes ejercen estas labores. Sobre ello ya advirtió la Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. Entre las razones que justificaron dicho Acuerdo de mejora se tuvo en cuenta¹² que la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, excepción prevista en la Ley, supone a 1 de enero de 2012 un 45'50 % de media en el conjunto de servicios y prestaciones para la atención de la dependencia, destacándose que esta prestación, por sus peculiares características, no es la que realmente genera empleo y actividad económica¹³. A su juicio, el cambio de las condiciones socioeconómicas producido en nuestro país en los últimos años, con importante desempleo en los núcleos

8. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística sobre el año 2020, el panorama es muy alarmante. Así, de una población que alcanza aproximadamente 47 millones de personas, en la franja de edad entre 65 y más de 100 años hay más de 12 millones de habitantes. Y de todos ellos, más de 5 millones tienen más de 80 años.

9. Fuente: página web del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

10. Datos extraídos de la Información estadística del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia, situación a 31 de marzo de 2021, publicado en la página web del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

11. El 53%, estando el 21'03 % en la franja de edad entre 65 y 79 años.

12. Apartado I del preámbulo.

13. Indica que las afiliaciones al Régimen General de la Seguridad Social de profesionales en el sector de los Servicios Sociales han pasado de 70.546 altas en 2007 a 8.034 bajas en 2011. Por otro lado, las Altas en el Régimen General de la Seguridad Social de cuidadores familiares no profesionales han sido, entre 2007 y 2011, de 174.133. Estas cuotas son abonadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, habiendo generado un gasto total de 1.047 millones de euros en dicho periodo. Es necesaria por ello una revisión en profundidad, conjuntamente con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, del sistema de afiliación, alta y cotización de los cuidadores en el entorno familiar.

familiares, ha contribuido a impulsar la concesión de prestaciones económicas por cuidados familiares, por lo que miembros de la unidad familiar han decidido atender a los dependientes en el domicilio, a la vez que reciben una ayuda económica por realizarla. Por ello, parece adecuada una revisión de las condiciones para la concesión de este tipo de prestaciones económicas, garantizando así el espíritu de excepcionalidad contemplado en la Ley.

Como hipótesis de partida, teniendo en cuenta la tradicional exclusión del empleo no retribuido de las relaciones laborales y del concepto de trabajador por cuenta propia, consideramos que resulta necesario reconsiderar este limitado alcance de lo que debe entenderse por una actividad profesional y, por ende, necesitada de protección y tutela. Pues se negocie o no una contraprestación entre el cuidador no profesional y el ciudadano dependiente o sus familiares, éste realiza una actividad productiva¹⁴, altamente necesaria y que le dificulta su inserción en el mercado de trabajo. Por ello, ese no debe ser el factor clave que determine el alcance de sus derechos sociales. Una vez reconsiderado el impacto del factor retribución, debería ser posible el establecimiento de un catálogo de derechos profesionales básicos que dignifiquen la labor de los cuidadores, alejándolos de la figura del trabajo benévolo u obligatorio en el contexto de las obligaciones familiares de carácter civil. Y ello parece estar produciéndose, hoy en día, por la vía de la regulación de estatutos específicos de carácter autonómico y por el contenido de determinadas resoluciones judiciales, labor loable pero a todas luces insuficiente, a tenor del contenido del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

II. EL DERECHO A LOS CUIDADOS DE CALIDAD (PILAR 18)

La primera referencia a la conexión entre la dignificación del trabajo de los cuidadores no profesionales y el Pilar Europeo de Derechos Sociales, inevitablemente debemos ubicarla en el contenido de su Pilar número 18, titulado “Cuidados de larga duración”, incluido en el Capítulo III relativo a “Protección e inclusión social” y que tiene el siguiente contenido: “Toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios”.

Para argumentar la necesaria cobertura social de la labor de los cuidadores no profesionales, un análisis inicial del contenido de este Pilar nos podría conducir a pensar que no tiene ninguna conexión con tal cuestión, y que su única finalidad es la de conectar la asistencia de personas enfermas o dependientes con la implementación de un buen sistema de atención a la dependencia, de corte profesional. Sin embargo, a nuestro juicio otros fines pueden estar implícitos, tanto en su propio contenido, como el capítulo en el cual este Pilar se integra.

14. El informe OIT: *El trabajo de cuidado y los trabajadores del cuidado para un futuro del trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 1, afirma que se considera trabajo y que es una dimensión fundamental del mundo del trabajo. Es más, considera que realiza una contribución importante a las economías de los países, así como al bienestar individual y de la sociedad (p. 3).

En primer lugar, porque la alusión que en él se hace a que los cuidados sean de “buena calidad” puede llevar implícito que la situación de la persona que efectúa los cuidados también sea de “buena calidad” o, dicho de otra forma, que se encuentre en una posición “digna” a todos los niveles. Porque si el cuidador está protegido con un elenco de derechos adecuados, parece obvio que la labor que va a ejercer va a ser de mucha mayor calidad. Y es que esa protección puede y debe incorporar la formación adecuada, la protección de su salud con las medidas pertinentes y el derecho al descanso, derechos que van a redundar en que su atención se prestará en mejores condiciones. En este sentido se manifiesta el informe OIT *El trabajo de cuidado y los trabajadores del cuidado para un futuro del trabajo decente*¹⁵, afirmando que “en exceso y extenuante puede conducir a estrategias de cuidado subóptimas, lo que tiene consecuencias negativas para los beneficiarios”.

En segundo lugar, tenemos que llamar la atención sobre el hecho de que este Pilar está previsto como medida de protección e inclusión social. Y estas son dos acciones de las que el colectivo de cuidadores debe ser necesariamente sujeto pasivo. No sólo por el nivel de desprotección del cual adolece, sino también por las dificultades que se van a plantear para que los cuidadores puedan integrarse en el mercado de trabajo. El citado informe OIT afirma que las labores de cuidado limitan la participación en la fuerza de trabajo, y que sus condiciones tienen impacto en la manera en que los cuidadores acceden al trabajo remunerado y permanecen en él¹⁶.

Bajo nuestro punto de vista, obviamente, quizás hubiese sido más oportuno ampliar el alcance de este Pilar en el propio texto, conectando el derecho a cuidados con la protección del cuidador que no proviene de un servicio profesionalizado, que se atisba como la opción prioritaria. Ello no nos obligaría a hacer interpretaciones más allá de la propia literalidad de sus palabras y hubiese sido, sin duda, un importante aliciente para impulsar la mejora de sus condiciones.

Esta situación en cuanto a falta de mención específica a los cuidadores no profesionales, como sujetos receptores de una atención socio-laboral en cuanto tales, se perpetúa en el contenido de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Pero en este caso es comprensible, puesto que su atención se limita a los ciudadanos que tengan un contrato de trabajo¹⁷, y que necesitan medidas laborales que le permitan conciliar su jornada laboral con las labores de cuidado. Es decir, no se centra en los problemas de los ciudadanos como cuidadores, sino como trabajadores que necesitan tiempo para desempeñar esa función. Por ello limita su contenido a la regulación del permiso para cuidadores, instando a los Estados Miembros a adoptar medidas para legislarlo con un alcance de cinco días laborales al año¹⁸.

15. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., p. 5.

16. *Ibidem*, p. 2.

17. Artículo 1.

18. Artículo 6.

III. EL DERECHO A CONDICIONES JUSTAS DE TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL (PILARES 5 Y 12)

En segundo lugar, los contenidos de dos Pilares nos parecen esenciales en cuanto apoyo en el tema que nos ocupa, pero que, obviamente, deben tener como punto de partida la consideración de que la labor de los cuidadores no profesionales no es de carácter altruista o benévolo, sino que tiene un componente de actividad productiva. En este sentido, quizás la denominación que recibe no ayuda a consolidar esta percepción de su actividad. Sería posible considerarlos, en lugar que cuidadores no profesionales, cuidadores que no pertenecen a una empresa o entidad especializada y que desempeñan este servicio para un único sujeto.

Partiendo de esta hipótesis, a su labor resulta extensible el contenido del Pilar 5, sobre "Empleo seguro y adaptable", incluido en el Capítulo II relativo a "Condiciones de trabajo justas", que incorpora el siguiente contenido: "Con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social y a la formación". "Deberán evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias". En relación con él, el Pilar 12 relativo a la "Protección social", establece que "con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada".

La labor ejercida por los cuidadores no profesionales de personas dependientes puede considerarse una auténtica actividad profesional, máxime cuando el sujeto que la ejerce lo hace a tiempo completo y sin estar integrado en el mercado de trabajo por ninguna otra actividad. Y ello con independencia de que, en un estadio posterior, se pueda valorar si es de naturaleza autónoma o asalariada. Lo importante es resaltar su valor como actividad productiva y necesaria, al igual que lo es el trabajo de los cuidadores profesionales. En este sentido, la propia Ley de Dependencia dota a su función de contenidos específicos y propios de una labor productiva, como son: que asuma formalmente los compromisos necesarios, que realice las acciones formativas y que facilite el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes, a la vivienda de la persona en situación de dependencia, con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos. Este último requisito implica que su labor será, incluso, objeto de control, uno de los elementos esenciales para sacar a la luz esta actividad.

También hay que tener en cuenta que la actividad de los cuidadores no es asimilable a la de los empleados de hogar, no debe identificarse con ella pues sus funciones tienen un contenido distinto. Por ello, su protección no tiene cabida en la ofrecida a este colectivo, particularmente a través de su integración en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, del cual se encuentran expresamente excluidos¹⁹. Pero lo

19. Artículo 2.1 d).

que sí nos debe hacer reflexionar es que, si las tareas domésticas del hogar sí están tuteladas y tienen consideración de actividad productiva, en igual medida este reconocimiento tendrá que llegar a las labores de cuidado de personas dependientes dentro del hogar. Y, lógicamente, el propio hecho de que se regulen las actividades de cuidado del hogar conlleva que no pueda ser excusa para mantener la desprotección de los cuidadores no profesionales el hecho de que una actividad se realice dentro de una vivienda familiar.

Sobre el carácter “profesional” de esta actividad, también resulta interesante traer a colación el contenido de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2020, pues se razona en ella sobre el reconocimiento a una cuidadora no profesional de una incapacidad permanente total para la profesión habitual. De su contenido se deduce que ello es perfectamente plausible, aludiendo como factores determinantes que “exige la realización de tareas de ayuda y atención domiciliaria a la persona dependiente a su cargo, lo que incluye la prevención de riesgos de caída, la asistencia en sus desplazamientos y en la higiene personal, lo que lleva implícita la necesidad de levantar a esa persona y por lo tanto la realización de posturas forzadas y esfuerzos de sobrecarga en la zona lumbar”. Dado que el Real Decreto 615/2007, regulador de su convenio especial, determina que su protección alcanza a los accidentes “cualquiera que sea su carácter”, y a las enfermedades “con independencia de su naturaleza”²⁰, este reconocimiento tiene total apoyo normativo. Por tanto, no sólo es una “profesión”, es que tiene riesgos para la salud del cuidador claramente asociados y debe dar lugar al derecho a prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Pero hay un elemento que, sin duda, incide en la ausencia de tutela de los cuidadores, sobre todo cuando sean familiares de la persona dependiente, cual es la frecuente ausencia de retribución de esta labor²¹. Porque éste es el factor fundamental que diferencia la naturaleza de su actividad frente a la ejercida por los empleados de hogar, generalmente sujetos ajenos al entorno familiar y retribuidos por su actividad. Sobre tal ausencia debemos hacer algunas consideraciones, la primera de ellas que, exigiendo el Pilar analizado evitar las condiciones de trabajo precarias, en la Ley de Dependencia no está prevista ningún tipo de ayuda económica para los cuidadores no profesionales. Paradójicamente, quien la percibe es la persona dependiente cuando en teoría dicha ayuda debe servir para conseguir una atención de calidad. Por lo tanto, ni tienen derecho legal a un salario, ni pueden acceder a ningún tipo de ayuda económica estatal.

En segundo lugar, debemos poner de manifiesto la inseguridad jurídica que está produciendo el contradictorio criterio de los Tribunales sobre la consideración o no como actividad profesional de la labor de los cuidadores, cuando media retribución²²,

20. Artículo 3.

21. Aunque lo que lo identifica no es el no ser retribuido, sino el no realizarse por un profesional. González Ortega, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, p. 306.

22. Así, la STSJ de Murcia de 11 de julio de 2016 afirma su naturaleza “asistencial” por no darse el requisito de la dependencia, y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de abril de 2013 considera que no se puede reclamar despido aun cuando hay retribución y ni siquiera es un familiar. Sin embargo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2015 considera cese involuntario el de un cuidador no profesional al fallecer la persona dependiente, a efectos de

incluso llegando a considerarlos empleados de hogar²³. En tal caso parecen existir pocos motivos para rechazar su naturaleza productiva, puesto que, además, las demás características de las relaciones profesionales están presentes, pero lo que resulta indiscutible es su imposible asimilación con la actividad del servicio del hogar familiar.

En tercer lugar, también queremos destacar que, no mediando retribución en dinero, sí puede ser habitual, en este ámbito, una cierta retribución “en especie”, cuando lo que se pacta es recibir alojamiento y manutención²⁴. Ello nos parece que no debe incidir en la desprotección de los cuidadores, sino, más bien al contrario, reforzar que la naturaleza de su labor no es asistencial o benévola, y que se aleja de la mera consideración como empleados de hogar²⁵.

En cualquier caso, exista o no dicha retribución “en especie”, la extensión de la protección social hacia la labor de los cuidadores no profesionales no debe quedar impedida por no cumplir con el requisito del ánimo de lucro. En este sentido, deben replantearse los requisitos exigidos a los trabajadores, tanto a nivel de trabajo asalariado como autónomo, restándole valor a éste frente a otros factores mucho más importantes, como puede ser el trabajo personal o voluntario, y que, al margen de que consideremos que se acerca más al empleo dependiente o independiente, el Derecho del Trabajo le puede acercar su cobertura, al igual que hace para el trabajo autónomo o “parasubordinado” (en el caso de los TRADE).

IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES CON INDEPENDENCIA DEL GÉNERO (PILAR 3)

304

El Pilar 3, integrado en el Capítulo I “Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo”, bajo la denominación de Igualdad de oportunidades integra el siguiente contenido: “Con independencia de su género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público”.

Su aplicación al tema que nos ocupa resulta evidente, pues la ausencia de cobertura del cuidado no retribuido tiene un efecto innegable en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de género. Dicho de otro modo, la desprotección de las cuidadoras (puesto que, generalmente, es una tarea asumida por las mujeres) tiene una dimensión discriminatoria. En los datos reflejados en epígrafes anteriores, ya

pedir jubilación anticipada. Sobre el particular, *vid.* Martín Vales, P.: “La fina línea entre el cuidador no profesional y el cuidador profesional de las personas en situación de dependencia antes y después del covid-19”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm. 11, 2021, pp. 637-653.

23. SJS núm. 2 de Zaragoza de 10 de enero de 2019, que incluye en tal relación laboral especial a un cuidador por no ser familiar del dependiente y percibir retribución.

24. Selma Penalva, A.: “La (des) protección social de los cuidadores no profesionales”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019, p. 13.

25. Están expresamente excluida de la relación laboral especial del servicio de hogar familiar los cuidados familiares, cuando tengan carácter marginal y se hagan a cambio de comidas, alojamientos o compensaciones de gastos (art. 2.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre).

pusimos de manifiesto que el 89% de los solicitantes del convenio especial para cuidadores no profesionales son mujeres, en su mayoría menores de 50 años.

Sobre el impacto de género que tiene el cuidado no remunerado, el informe OIT *El trabajo de cuidado y los trabajadores del cuidado para un futuro del trabajo decente* introduce varios datos, y también ha sido puesto de manifiesto, en reiteradas ocasiones, por la doctrina. Destacando las cuestiones más significativas, aporta como datos llamativos que las tres cuartas partes del trabajo de cuidados no remunerados es realizado por mujeres, representando un total de 201 días de trabajo (sobre una base de 8 horas diarias)²⁶. En el cuidado a tiempo completo constituyen el 41.6%, frente al 5.8% de varones inactivos²⁷. También pone el acento en el obstáculo que supone para su participación en el mercado de trabajo, afirmando que constituye su principal obstáculo para integrarse en él²⁸, y uno de los más importantes para conseguir empleos de calidad²⁹.

Abundando en el impacto de género de las labores de cuidado, el estudio del Instituto Nacional de Estadística “Mujeres y hombres en España 2020” revela que el cuidado de personas dependientes se lleva a cabo por un 20,3% de mujeres de entre 45 a 64 años, y en un 14 % por mujeres de edad superior, frente a un 12’4 % y un 13’6 %, respectivamente, de varones. Además, las mujeres dedican 20 o más horas a la semana en el 54’7 % de los casos, en el primer tramo, y en el 70% de los casos en el segundo. Los varones, en el 41’9 % de los casos, en el primer tramo. En el informe correspondiente al año 2019 sobre personas inactivas según razones de inactividad, el 6’9 % de mujeres es por causa de ejercicio de labores de cuidado frente al 0’7 % de los hombres.

Los datos, por lo tanto, apuntan que la situación actual produce un impacto negativo en las mujeres en un doble sentido: por las dificultades que las labores de cuidado plantean para permitirles el acceso al mercado de trabajo, y por la precaria situación en la que se encuentran mientras las están desempeñando, sin un adecuado nivel de protección social ni laboral.

V. LOS AVANCES A NIVEL AUTONÓMICO Y JURISPRUDENCIAL, FRENTE A LA EXIGUA PROTECCIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL

La protección otorgada a los cuidadores no profesionales a través de la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social resulta a todas luces insuficiente, no ya desde la genérica perspectiva de que es necesario integrarlos en la categoría de trabajo digno o decente, sino incluso en relación a su propio alcance. Si su finalidad ha sido la de otorgarles una cierta protección social, desde luego limitarlo a la incapacidad y

26. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., pp. 4 y 5. Destaca, también, que entre los años 1997 y 2012 la brecha de género sólo ha disminuido en 7 minutos.

27. *Ibidem*, p. 6.

28. También lo afirma la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en su considerando 10.

29. OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, ob. cit., pp. 6 y 8.

la muerte y supervivencia sigue perpetuando la precariedad de su situación³⁰. Claro que esta limitación en muy buena medida viene dada por la circunstancia que debe resolverse, cual es el no tener una consideración profesional. Por ello, las bajas por incapacidad temporal no están cubiertas, a pesar de que tiene cabida en ellos el reconocimiento de la incapacidad permanente total para la profesión habitual, ni cualquier otro riesgo protegido que esté vinculado al alta previa en el sistema. Sin embargo, están ya muy claramente definidas, a nivel científico, situaciones como el denominado "síndrome del cuidador quemado"³¹, que demanda se articulen medidas protectoras, como las bajas temporales, y también preventivas, como los derechos al descanso o "respiro" del cuidador.

En otros países ya se están regulando cuestiones como la posible contratación de familiares para el ejercicio de estas labores, que debería abordar el derecho español tomando como referente la Ley francesa 2015-1776, de 28 de diciembre de 2015, relativa a la adaptación de la sociedad al envejecimiento, que lo permite se perciba o no el subsidio para la autonomía (APA)³².

Si la norma estatal no avanza hacia la dignificación del trabajo de los cuidadores, hay que resaltar que, a nivel de determinadas Comunidades Autónomas, se han adoptado medidas muy significativas. Lo más destacable es el Decreto Foral de la Comunidad de Bizkaia 192/2018, de 26 de diciembre, por el que se regula el estatuto de las personas cuidadoras, el cual sin duda constituye un referente en el reconocimiento de derechos sociales a los cuidadores sobre el que debería ir dando pasos el legislador estatal. En su exposición de motivos incluye objetivos muy significativos, enunciados en los términos siguientes: "siendo conscientes del valor de esas redes de cuidado para hacer viable la permanencia en el entorno habitual de la persona en situación de dependencia, resulta necesario el avance de la responsabilidad pública, no tanto para sustituir, sino para contribuir en el refuerzo, apoyo y fortalecimiento de esas redes de confianza y cuidado, que hagan viable el mismo y los proyectos de vida de las personas cuidadoras". "[...] harán más compatible el desarrollo del proyecto vital de las personas cuidadoras y el desarrollo de las labores de cuidado a la persona en situación de dependencia".

A tales efectos, el núcleo del estatuto del cuidador lo componen cinco derechos básicos³³:

1. Derecho al descanso: mediante estancias temporales en residencias, u otros servicios que cumplan funciones de respiro, en los términos y con los requi-

30. Destacando sus limitaciones en cuanto desprotección de la maternidad, los riesgos y el desempleo, vid. Rodríguez Rodríguez, E.: "La crianza de los hijos y la atención a dependientes: su repercusión en las carreras de cotización tras el Pacto de Toledo", *Aranzadi Social*, vol. 4, núm. 8, 2011, pp. 219-236.

31. Existe muy numerosa bibliografía identificando este síndrome. Por todos, Marrodán Mazo, C.: "El síndrome del cuidador quemado", en Álvarez Vélez, M. I. y Montalvo Jääskeläinen, F. (coords.): *La familia ante la enfermedad*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010, pp. 139-148.

32. Sobre el particular, vid. Martín, P. y Molero Marañón, M. L.: "El sistema de protección social de las personas dependientes en Francia", *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 8, 2017, pp. 65-89.

33. Artículo 8.

- sitos exigibles, en su caso, por la normativa de desarrollo que se dicte por la Diputación Foral de Bizkaia.
2. Derecho a la previsión social: mediante la suscripción de un plan de previsión social voluntaria, condicionado permanentemente al estado de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar en los términos y con los requisitos exigibles, en su caso, por la normativa de desarrollo que se dicte por la Diputación Foral de Bizkaia.
 3. Derecho a la formación: mediante formación accesible y suficiente que le provea las aptitudes necesarias para el cuidado de la persona en situación de dependencia y, en su caso, de la supervisión de otras personas cuidadoras, así como el uso de esas competencias en trabajos futuros.
 4. Derecho a la información: facilitada por una persona de referencia en la administración foral que le ofrezca una intervención integradora, así como la información necesaria que posibilite una atención adecuada y adaptada a las necesidades de la persona en situación de dependencia.
 5. Derecho a la ergonomía: mediante la participación en planes de detección y prevención de los efectos que produce el cuidado continuado de una persona en situación de dependencia, y beneficiándose de ayudas técnicas.

Todos ellos nos parecen absolutamente esenciales para cumplir el objetivo de dignificar la labor del cuidador, pero esencialmente hay que atender a dos aspectos sobre los que no existe ninguna previsión normativa: el derecho al descanso de los cuidadores y el derecho al establecimiento de medidas de prevención de riesgos (que tiene equivalencia con el derecho a la ergonomía). El también denominado derecho al “respiro” se encuentra reconocido, de forma dispersa, a través de distintos servicios que se ofrece por algunas Comunidades Autónomas³⁴, ofreciéndose la posibilidad de apoyo residencial o de ocio a la persona dependiente. Pero este derecho, esencial para la protección de la salud de los cuidadores, requiere de un referente legal más específico y extenso, en el que queden concretadas las posibilidades de sustitución del cuidador cuando esté enfermo y no pueda asumir sus funciones, así como la posibilidad de desconectar determinados días al mes y al año.

Pero si el ordenamiento jurídico no avanza en esta materia, en la doctrina judicial estamos encontrando medidas de apoyo al cuidador que, incluso, conducen a la realización de ciertos cambios normativos. Parece, así, que los Tribunales están siendo mucho más sensibles a la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en este ámbito, incluso con una marcada atención a la perspectiva de género. Nos referimos, en primer lugar, a la doctrina de la jurisdicción civil que considera obligatorio el pago de la prestación regulada por la Ley de Dependencia, no al cuidador, sino a la persona dependiente, que parece estar abriéndose paso para solventar la ausencia de retribución y cuya consolidación provocaría una modificación normativa. En segundo lugar, a la significativa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, de 17 de

34. Cataluña, por ejemplo.

febrero de 2021, que reclama la aplicación de la doctrina del paréntesis al tiempo durante el cual las mujeres se dedican a los cuidados de familiares dependientes, para el cómputo del periodo de carencia exigido por la pensión de jubilación.

Inicialmente la jurisdicción civil tenía en cuenta lo previsto en la Ley de Dependencia en cuanto al obligatorio pago de la prestación de atención a la dependencia a la persona dependiente, y no a su cuidador no profesional³⁵. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 30 de diciembre de 2011, resolviendo la reclamación del percibo de dicha prestación por el familiar cuidador, alegando enriquecimiento injusto de los tutores de la persona dependiente, la desestima en base a que no tiene ningún derecho sobre la misma. Por lo tanto, siendo necesario que quien ejerza la acción acredite un empobrecimiento, por detrimento patrimonial o frustración de una ganancia, ello no podría en ningún caso producirse al no tener ninguna expectativa de derecho. Ciertamente, esta doctrina resulta jurídicamente intachable, pues aplica en su literalidad el contenido del artículo 14.4 de la Ley de Dependencia, si bien es cierto que, como ya apuntamos, resulta ilógico el contenido de la norma pues el sentido de la prestación es el de retribuir, de alguna manera, la labor del cuidador no profesional, como se deduce de la norma: el dependiente puede “recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales”.

Pero esta doctrina ha cambiado, por completo, en resoluciones posteriores. De hecho, hasta tres sentencias de Audiencias Provinciales determinan el derecho del cuidador no profesional a percibir la prestación, y no la persona dependiente. En primer lugar, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 7 de abril de 2014, establece que es la cuidadora la destinataria última de la prestación económica, como contraprestación a sus servicios. Como base legal determina que, al no existir relación contractual, la única vía para el resarcimiento puede venir de la mano de la interdicción del enriquecimiento injusto. En segundo lugar, la Audiencia Provincial de Cáceres, en sentencia de 26 de febrero de 2014, llega a idéntica conclusión afirmando que el cuidador no profesional tiene legitimación activa para reclamar el reintegro de la prestación, puesto que el destino de la ayuda “no es otro que el abono de su importe a la persona, no profesional”. Ni siquiera se hace alusión en ella a un posible enriquecimiento injusto de la otra parte. Por último, la Audiencia Provincial de Alicante, en sentencia de 15 de enero de 2019, afirma igualmente que la finalidad de la prestación es “apoyar económicamente la labor del cuidador no profesional”.

Resulta evidente que el tenor de esta doctrina tiene como efecto la inaplicación de la literalidad de la norma, aun cuando, a nuestro juicio, el criterio expresado por los Tribunales tiene toda la lógica. Para evitar que se sigan produciendo estas interpretaciones, que sin duda van más allá del texto de la Ley, se impone un cambio normativo en el sentido de vincular la prestación a la retribución de la labor del cuidador no profesional.

El segundo criterio jurisprudencial, llamativo en cuanto supone un avance en la protección de las cuidadoras no profesionales, se integra en la citada sentencia del

35. Artículo 8.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de 17 de febrero de 2021, más en concreto en su voto particular, suscrito por la Magistrada Gloria Poyatos Matas. En realidad, el cuerpo de la sentencia no tiene relación con el cuidado no profesional, sino con la delimitación de las situaciones que pueden dar lugar a que se aplique la “doctrina del paréntesis” al calcular el periodo de carencia acreditado por los solicitantes de pensiones de jubilación, en relación al tiempo durante el cual se está inscrito como demandante de empleo. Como precisa la sentencia, la jurisprudencia tiene establecido que, en determinados supuestos en los cuales exista un periodo de tiempo durante el que el interesado no pudo cotizar por causa ajena a su voluntad, se aplica esta doctrina creando una ficción consistente en no tener en cuenta en el cómputo del periodo dentro del cual han de tenerse las cotizaciones necesarias para cumplir con la carencia exigida tal lapso temporal. Como principales criterios jurisprudenciales para aplicar dicha doctrina, se citan los siguientes, a los efectos que nos interesan:

- No cabe reducir los periodos de carencia determinados legalmente.
- Los intervalos excluidos del cómputo coinciden con periodos anteriores al hecho causante que no se pudieron cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como el desempleo.

El voto particular introduce la consideración de que debió plantearse cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que en el caso sentenciado no se tuvo en consideración el tiempo durante el cual la demandante permaneció apartada del mercado laboral por dedicarse al cuidado de sus hijos y sus descendientes. Así, manifiesta que no se incluye entre los supuestos legales que permiten aplicar el paréntesis el tiempo dedicado a los cuidados de familiares dependientes, y ello “tiene un impacto de género desproporcionado y puede ser discriminatorio indirectamente por razón de sexo, al impedir o dificultar a quien cuida, mayoritariamente mujeres, acceder a la pensión de jubilación”.

El tenor del voto particular nos parece particularmente importante, pues manifiesta cómo los Tribunales quieren virar hacia resoluciones que incorporen la perspectiva de género, aun cuando en este caso únicamente una magistrada suscribe esta tendencia. Como anteriormente pusimos de manifiesto, la precaria situación socio-laboral de los cuidadores no profesionales tiene un claro impacto en la aplicación del principio de no discriminación, pues está absolutamente acreditada la prevalencia de mujeres en el desempeño de estas tareas, y las dificultades que conlleva para el ingreso o permanencia en el mercado de trabajo. En materia de protección social ello tiene un efecto perverso que es el que pone de manifiesto la magistrada: la pérdida de opciones para poder ser beneficiarias de pensiones de jubilación, al no poder acreditarse la cotización mínima en los 15 años anteriores al hecho causante. En ello incide, además, la edad que reflejamos anteriormente como prevalente entre las cuidadoras: menores de 60 años.

Tal y como se manifiesta en el voto particular, a nivel de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han declarado determinadas normas de Seguridad

Social contrarias a las Directivas 2006/54, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por constituir discriminaciones indirectas por razón de género. Señaladamente se refiere a la normativa española que exigía a las personas trabajadoras a tiempo parcial, que son mayoritariamente mujeres, un periodo de cotización proporcionalmente mayor³⁶. Y coincidimos con el tenor del voto particular por cuanto considera equivalente la situación que se está produciendo con las cuidadoras no profesionales, en relación al acceso a la pensión de jubilación.

Por todo ello, en él se declara que la exigencia del artículo 205.1 b) LGSS de un periodo de carencia específico para el acceso a la pensión de jubilación, y el hecho de que la doctrina del paréntesis no se extienda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la interrupción de las carreras profesionales por el desempeño de cuidados a familiares dependientes³⁷, no tienen en cuenta su impacto de género adverso. Como demanda la magistrada, sería necesaria una regulación legal expresa en la que se reconozca, a efectos de aplicación de la teoría del paréntesis en el cálculo de la carencia específica, aquellas situaciones vinculadas a los cuidados de hijos o personas dependientes. A su juicio hubiese sido deseable plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interrogando sobre si el citado precepto se opone a las Directivas antes indicadas, por vulnerar la prohibición de discriminación por razón de sexo.

La citada doctrina sin duda constituye un paso más de los que deben darse en el camino de conseguir que el trabajo de los cuidadores no profesionales sea digno y conforme al Pilar Europeo de Derechos Sociales, que implica, conforme a las tendencias jurisprudenciales analizadas, no sólo regular nuevas normas, sino también modificar aspectos de las actualmente existentes.

VI. CONCLUSIONES

Los avances en la cobertura social de los cuidadores no profesionales se encuentran amparados, sin duda, por el Pilar Europeo de Derechos Sociales, pues repercute en la calidad de las tareas de cuidado, el establecimiento de condiciones justas y dignas de trabajo y protección social y la aplicación del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Para ello resulta imprescindible desligar la consideración como “trabajo” únicamente a aquellas labores que son retribuidas, y que se establezca en la norma jurídica un elenco de derechos sociales vinculados a la actividad de los cuidadores no

36. Sentencia de 22 de noviembre de 2012.

37. Según sentencia de 30 de octubre de 2018, abarca el desempleo involuntario no subsidiado, la invalidez provisional, la percepción de prestación no contributiva de invalidez, el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario si no se trabaja, la existencia comprobada de grave enfermedad y un “interregno” de breve duración en la situación de demandante de empleo.

profesionales. En ellos deben integrarse aspectos tan fundamentales como la prevención de riesgos, el derecho al descanso o a la formación, incluso la ampliación de sus derechos en materia de Seguridad Social, con la cobertura de las contingencias profesionales, siguiendo la senda del Estatuto del cuidador que se está implantando en determinadas Comunidades Autónomas.

Por otra parte, es de todo punto necesario reformar determinadas leyes, como la propia Ley de Dependencia o la Ley General de Seguridad Social, para incorporar el criterio de los Tribunales en relación a ciertos aspectos atinentes a la dignificación del trabajo de cuidados. En este sentido, debe reflejarse el criterio de la jurisdicción civil de permitir el percibo de la prestación de atención a la dependencia directamente por los cuidadores, pues su sentido es el de retribuir, de alguna manera, su función. Y también debe atenderse a la opinión manifestada por el voto particular de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 17 de febrero de 2021, sobre la actual discriminación indirecta por razón de sexo que supone el hecho de que el ejercicio de las labores de cuidado no permita la aplicación de la teoría del paréntesis a efectos del cómputo de la carencia específica que exige la pensión de jubilación. Por ello, es necesario plantear una posible reforma del artículo 205 LGSS, o hacer extensiva esta doctrina al tiempo durante el cual el cuidador no profesional está atendiendo a la persona dependiente, como vía para no dificultar su acceso a la pensión de jubilación.

Bibliografía

- González Ortega, S.: "El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006", *Temas Laborales*, núm. 89, 2007.
- Marrodán Mazo, C.: "El síndrome del cuidador quemado", en Álvarez Vélez, M. I. y Montalvo Jääskeläinen, F. (coords.): *La familia ante la enfermedad*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010.
- Martin, P. y Molero Marañón, M. L.: "El sistema de protección social de las personas dependientes en Francia", *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 8, 2017.
- Martín Vales, P.: "La fina línea entre el cuidador no profesional y el cuidador profesional de las personas en situación de dependencia antes y después del covid-19", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm. 11, 2021.
- OIT: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- Rodríguez Rodríguez, E.: "La crianza de los hijos y la atención a dependientes: su repercusión en las carreras de cotización tras el Pacto de Toledo", *Aranzadi Social*, vol. 4, núm. 8, 2011.
- Selma Penalva, A.: "La (des) protección social de los cuidadores no profesionales", *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019.



Novas tecnologias e saúde do trabalhador: riscos psicossociais e o direito à desconexão digital

NEW TECHNOLOGIES AND OCCUPATIONAL HEALTH: PSYCHOSOCIAL RISKS AND THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION

Talita Corrêa Gomes Cardim

Doutoranda em Direito do Trabalho

Universidad de Valencia (España)

talita.cardim.adv@gmail.com  0000-0002-4924-7704

Recibido: 04.11.2021. Aceptado: 20.11.2021

RESUMO

As novas tecnologias da informação e comunicação alteraram significativamente os conceitos tradicionais de trabalho e tempos de trabalho e descanso, surgindo assim inúmeros reflexos a saúde do trabalhador e questões jurídicas a serem respondidas pelo direito do trabalho. O principal objetivo deste artigo é analisar o impacto quanto aos novos riscos psicossociais e a necessidade da desconexão digital do trabalhador. Dentre as problemáticas encontradas, o objeto de estudo centra-se na questão da hiperconectividade do trabalhador, a eliminação da barreira entre o tempo de trabalho e descanso e os riscos psicossociais, abordando a telepressão e tecnostress, escravidão digital, novas doenças laborais, bem como o direito à desconexão digital. Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizada a metodologia sistêmica, bem como a pesquisa descritiva e bibliográfica.

ABSTRACT

The new information and communication technologies have significantly altered the traditional concepts of work and working time and rest time, thus giving rise to numerous reflections on worker health and legal questions to be answered by labour law. The main objective of this article is to analyze the impact on new psychosocial risks and the need for the worker's digital disconnection. Among the problems encountered, the object of study focuses on the issue of hyperconnectivity of the worker, the elimination of the barrier between working time and rest and psychosocial risks, addressing telepressure and technostress, digital slavery, new labour diseases, as well as the right to digital disconnection. For the development of the work was used the systemic methodology, as well as the descriptive and bibliographic research.

PALAVRAS-CHAVE

Tempo de trabalho e tempo de descanso
Saúde e segurança no trabalho
Direito à desconexão
Riscos psicossociais
Doenças modernas do trabalho

KEYWORDS

Working time and rest time
Health and safety at work
Right to disconnection
Psychosocial risks
Modern occupational diseases

SUMARIO

- I. INTRODUÇÃO
- II. HIPERCONNECTIVIDADE E ELIMINAÇÃO DA BARREIRA ENTRE TEMPO DE TRABALHO E VIDA PRIVADA
- III. NOVOS RISCOS PSICOSSOCIAIS A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR
 - A. Telepressão e tecnostress
 - B. Escravidão digital
 - C. Doenças “modernas” do trabalho. Síndrome de burnout
- IV. DO DIREITO À DESCONEXÃO DIGITAL
 - A. Espanha
 - B. Brasil
 - C. Um direito já existente?
 - D. Regulação ineficaz. Implementação e fiscalização do direito à desconexão digital
- V. CONSIDERAÇÕES FINAIS
Bibliografia

I. INTRODUÇÃO

A partir da quarta Revolução Industrial¹ houve o surgimento da sociedade digital da era do conhecimento e um dos maiores desenvolvimentos no mundo atual do trabalho foi o aparecimento das plataformas digitais de trabalho, que operam em quase todos os setores, permitindo o labor de forma remota e em qualquer lugar que se encontre o trabalhador², havendo uma disruptura na sociedade com a introdução das novas tecnologias que alteraram completamente os conceitos existentes até então nas relações de trabalho.³

Pela primeira vez na história o crescimento econômico e uma revolução industrial são impulsionados pela era da informação, não se tratando mais de uma ideia de um futuro distante, mas uma realidade com inúmeros efeitos que não passam despercebidos e “perante esta realidade, os operadores do direito defrontam, constantemente, novas questões, para as quais os ordenamentos positivos, sobretudo os de matriz legislativa, nem sempre dispõe de resposta sensível e imediata”⁴.

As novas formas de trabalho requerem níveis de labor mais intensos e aumentam a probabilidade de conflitos entre trabalho-descanso-vida privada. Ora, se por um lado estes novos empregos permitem que os trabalhadores gozem de horários de trabalho mais flexíveis, por outro, a ausência de uma regulamentação efetiva traz

1. Para uma melhor compreensão do contexto histórico das revoluções industriais anteriores, recomenda-se a leitura do capítulo 1, p. 9 e seguintes: Schwab, K.: *A quarta revolução industrial*, Levoir, 2019.

2. A transição entre o final do século XX e o início do século XXI trouxe importantes transformações e impactos para o mundo trabalho, podendo a globalização e o uso de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) ser consideradas como uma das principais, tendo um grande alcance em sua dimensão, uma profunda complexidade e rapidez. Almeida, J. P.: *Variações sobre o trabalho moderno*, Mundos Sociais, Lisboa, 2012, p. 13.

3. Schwab, K.: *Moldando a quarta revolução industrial*, Levoir, 2019, p. 13.

4. Redinha, M. R.: “Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho - Algumas Questões”, in Moreira, A. (coord.): *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 115.

importantes preocupações relativamente ao baixo nível de proteção, deixando o trabalhador de se beneficiar da segurança e saúde no trabalho.

A sociedade atual se encontra hiperconectada.

Existe assim uma “crise do Direito do trabalho”, com inúmeras novas questões jurídicas e riscos psicossociais, que “sendo este uma metodologia do relacionamento humano, custa a ser valorizada, porque não é uma resposta direta virada ao culto da tecnologia”.⁵

É relevante que a legislação ao reconhecer as novas formas de trabalho, garanta também que os trabalhadores não irão realizar suas obrigações laborais durante seu tempo de descanso e vida privada. Com isso, o que se pretende é que eles não sejam diluídos as margens do dia de trabalho e que os direitos da coletividade de trabalhadores não sejam absorvidos por reflexos negativos da era tecnológica desenfreada.

Se a tecnologia é capaz de gerar novas formas de trabalho na organização das empresas, é necessário se perguntar e estudar quais serão impactos. Como fica a Previdência se esta não reconhece um novo nexo causal de doenças e acidentes de trabalho?

II. HIPERCONNECTIVIDADE E A ELIMINAÇÃO DA BARREIRA ENTRE TEMPO DE TRABALHO E DESCANSO

A era tecnológica permite que se possa trabalhar a qualquer hora e lugar e, portanto, os limites clássicos do tempo e do local de trabalho são facilmente quebrados.

Como bem explica Rodríguez Fernández, a tecnologia pode facilitar a combinação de momentos de trabalho e vida privada, mas o que mais acaba acontecendo como impacto na vida do trabalhador é que ao se possibilitar o trabalho a todo e qualquer momento, sem limites, extingue-se qualquer tempo para vida privada e descanso⁶.

Houve globalmente impactos importantes nas relações laborais, com a significativa alteração dos meios de trabalho em razão do desenvolvimento da quarta revolução industrial, através da introdução de meios de tecnologia digitais, que certamente jamais permanecerão as mesmas.

Atualmente, tem-se como normal assumir o dia “7/24”, ou seja, o trabalhador estar disponível 24 horas por dia, sete dias por semana e não há dúvida de que o tempo trabalho condiciona o resto dos tempos de qualquer indivíduo. Neste sentido, tem-se utilizado muito a expressão “trabalho *anytime, anywhere*”.⁷

5. “De se pontuar que esta nova “crise” é de facto muito profunda. As novas tecnologias estão a alterar profundamente a forma de trabalhar”. Cabral, F. A.: “O direito do trabalho e as novas tecnologias”, in Moreira, A. (coord.): // *Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 121.

6. Rodríguez Fernández, M. L.; Pérez del Prado, D.: *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo*, Fundación para el diálogo social, Madrid, 2017, p. 21.

7. Neste sentido, faz uso da expressão Liberal Fernandes em “Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação”, *Questões Laborais*, núm. 50, 2018, p. 9.

E aqui não se levanta a categorização simplista entre o tempo de trabalho efetivo e o tempo de descanso, mas com a crescente demanda por flexibilidade, deve ser abordada a regulamentação da proteção ao tempo de não trabalho neste novo modelo de organização e os impactos psicossociais ao trabalhador desta falta de regulamentação.

Teresa Coelho Moreira introduz o grande questionamento: qual é o tempo de trabalho de um trabalhador digital? E qual o seu período de repouso?⁸

Diante da revolução digital, a cada dia surgem novos problemas quanto a limitação dos tempos de trabalho e que estão diretamente relacionados com as novas tecnologias e com as novas formas de labor e neste “novo mundo” do trabalho, o tempo de prestação de serviços torna-se cada vez mais flexível.

Se por um lado vislumbra-se a possibilidade de melhor conciliação dos tempos de trabalho e de vida privada, ao mesmo tempo surgem novos problemas com a sua limitação, na medida em que os trabalhadores passaram a ser avaliados pelos resultados e não pelo trabalho que realizam, culminando na intensificação dos tempos de trabalho.

Constata-se assim uma preocupante diminuição progressiva da barreira entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso, em que cada vez mais a subordinação deste trabalhador se estende a sua vida privada, predominantemente através da utilização de instrumentos e recursos tecnológicos que não permitem que o “trabalho fique no trabalho”⁹.

Com o uso das TIC (tecnologias da informação e comunicação), a sociedade atual está em estado de constante “astreinte”¹⁰, permanecendo à disposição de eventuais chamadas, sendo que da “telesubordinação”, passamos rapidamente a “teledisponibilidade”¹¹.

O que ocorre é que com a conexão extrema e um número cada vez maior de tecnologias de informação e de comunicação, o espaço de trabalho e o tempo deixam de ser relevantes, culminando em uma cultura laboral cada vez mais permissiva.

Neste sentido, a Eurofound e a OIT produziram no ano de 2017 um relatório¹² no qual concluíram que a introdução de novas tecnologias acarreta efetivamente uma extensão do horário de trabalho, sem estabelecer quaisquer limites sobre importante de repouso durante as noites, nos fins de semana e feriados. Este relatório é muito importante, eis que uma nova forma de trabalho nunca poderá refletir em diminuição ou eliminação dos direitos trabalhistas já adquiridos.

8. Moreira, T. C.: “O direito à desconexão dos trabalhadores”, *Questões Laborais*, num. 49, 2017, pp. 7-10.

9. Alves, M. L. T.: “As fronteiras do tempo de trabalho”, in Monteiro Fernandes, A. (org.): *Estudos de direito do trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 250.

10. Período durante o qual o trabalhador está à disposição permanente e imediata do empregador.

11. “Neste tempo de astreinte, o trabalhador não é inteiramente dono do seu tempo e da sua pessoa”. Baptista, A. M.: “Tempos de trabalho e de não trabalho”, in Moreira, A.; Coelho Moreira, T. (coords.): *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 185.

12. Eurofound and the International Labour Office: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Geneva, 2017, pp. 22-23, disponível em <http://eurofound.link/ef1658> (acesso em 22/05/2021).

Ainda, na Espanha, 64 % dos trabalhadores confirmam que desenvolvem seu desempenho profissional mesmo durante suas horas livres e 68 % confirmam que recebem e-mails e telefonemas relativos fora do horário de trabalho¹³.

Na esteira do que destaca Leal Amado, “são de todas conhecidas as impressionantes mudanças registadas na nossa forma de viver, de comunicar e de trabalhar, resultantes da informatização, da internet, do e-mail, das redes sociais, dos smartphones, dos computadores (...). E um dos principais efeitos destes fenômenos consiste, sem dúvida, na diluição das tradicionais fronteiras entre a vida profissional e vida pessoal, entre o público e o privado, sobretudo no âmbito das atividades de cariz intelectual. Agora, em muitos casos, o trabalho (e, por conta disso, o empregador) pode facilmente acompanhar o trabalhador, seja quando for e onde quer que este se encontre”¹⁴.

Estes problemas da hiperconectividade que são inúmeros e complexos, obviamente não são fáceis de eliminar, contudo, o direito do trabalho neste novo cenário digital, deverá ser o mesmo de sua origem, qual seja, de limitar o tempo de trabalho, salvaguardar a saúde do trabalhador e garantir a autodisponibilidade¹⁵.

As novas tecnologias possibilitam uma maior flexibilidade de espaço e tempo de trabalho, contudo, permitem ao mesmo tempo a adoção de horários irregulares, incluindo a prestação de trabalho para além do período normal de labor, cujas implicações a nível da concorrência não podem ser desprezadas, como veremos a seguir¹⁶.

III. NOVOS RISCOS PSICOSSOCIAIS A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR

316

O tipo de trabalho realizado pode favorecer ou piorar a saúde mental dos trabalhadores, o que foi acelerado com a introdução das novas tecnologias e é preciso reconhecer a existência de novos riscos psicossociais diante das novas formas de trabalho.

Como elucida Zenha Martins, “a tecnologia digital abre novas possibilidades de monitorização do tempo de trabalho e a dispersão de locais de trabalho é progressiva, aumentando as prestações de trabalho marcadamente intelectuais, realizáveis a partir de qualquer lugar. As vantagens oferecidas por novas formas de emprego como o trabalho por carteira e o trabalho móvel com recurso a tecnologias no que respeita às aspirações de uma organização do trabalho mais flexível são contrapesadas por riscos efetivos de aumento do tempo de trabalho, comprometendo-se, com isso, a saúde e a segurança dos trabalhadores”¹⁷.

13. *Ibid.*, pp. 21-25.

14. Amado, J. L.: “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Roxo, M. M. (coord.): *Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 119.

15. Amado, J. L.: “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, cit., p. 126.

16. O uso das novas tecnologias pelo trabalhador e a eliminação da fronteira entre tempo de trabalho e de descanso, é um tema importante e atual, discutido por grandes juristas, tais como Fernandes, F. L.: “Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação”, cit., p. 13.

17. Martins, J. Z.: “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”, in Palma Ra-

Os tempos atuais de trabalho se tornaram “flexíveis”, contudo, apenas com relação a prolongação da jornada, incidindo na fadiga digital, na qual há uma menor incidência de acidentes físicos, contudo, maior índice de enfermidades psicológicas.

Estamos diante de novos riscos psicossociais, como o sentimento de ter de estar disponível a qualquer momento e lugar, bem como um maior desequilíbrio entre a vida pessoal e a vida profissional do trabalhador, com maior pressão para realizar menos intervalos, trabalhar por mais horas e correr riscos contra a saúde e segurança no trabalho¹⁸.

Os avanços tecnológicos mudaram a forma como transferimos a informação e mantemos relações com outros em nosso trabalho, resultando na realização das atividades laborais utilizando predominantemente tecnologias de informação e comunicação. Desta forma, os benefícios do uso das TIC podem ser diminuídos pelos custos de saúde mental e física dos trabalhadores a médio e longo prazo se não for bem regulamentado.

A diferença entre os riscos é que os psicossociais são subjetivos e não podem ser delimitados. O rol de fatores psicossociais é muito amplo e não pode ser taxativo.

Conforme dispõe a “Nota Técnica de Prevenção nº 1123 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo”¹⁹ da Espanha, as TIC incidem em fatores de risco psicosocial associados as novas formas de organização de trabalho e foi incluído como demanda psicológica a diminuição do tempo de descanso mental e físico necessários para a recuperação do trabalhador devido a prolongação do tempo de trabalho e da necessidade de estar sempre disponível proporcionada pelo uso das tecnologias e da conectividade permanente.

A partir da identificação da existência de novos riscos psicossociais, surge a urgente necessidade de reexaminar uma política nacional coerente relacionada com o meio ambiente de trabalho sadio. Essa política deve ter por objeto prevenir os novos tipos de acidentes e doenças de trabalho, bem como nexos de causalidade, com a intenção de reduzir ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao novo meio ambiente de trabalho.

É necessário um novo sistema de controle para minimizar os riscos, exigindo dos empregadores que estes garantam que o ambiente de trabalho seja saudável, eis que são direitos laborais básicos e devem-se focar sempre sob a perspectiva dos direitos humanos sem distinção entre tipos de trabalho.

É preciso implementar uma cultura preventiva de riscos psicossociais na medida em que não se pode pensar mais apenas em riscos físicos, atualmente os riscos se

malho, M. R; Coelho Moreira, T. (coords.): *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 26.

18. Os riscos atuais e futuros do uso desenfreado da tecnologia no meio ambiente de trabalho foi amplo objeto de estudo e discussão pela OIT no ano de 2019, considerando ainda que “no futuro, há cada vez mais a probabilidade de as pessoas trabalharem remotamente ou fora dos locais tradicionais de trabalho, podendo colocá-los sujeitos a novos riscos”. OIT: *Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho: tirando partido de 100 anos de experiência, 1919-2019*, Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2019.

19. Disponível em <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf> (acesso em 01.11.2021).

tornaram muito mais psicológicos. Está diretamente relacionada com a saúde e riscos psicológicos também e prevenção de riscos, que geram situações de incapacidades temporárias e permanentes decorrentes da falta de descanso.

Para Supiot, a capacidade de trabalho acha-se subordinada a uma capacidade física, e todos os acontecimentos que afetem esta, afetarão aquela: a fadiga, a doença, a juventude ou a velhice. O trabalho “intelectual” conhece, de resto, as suas patologias específicas e a fadiga nervosa está e, vias de se tornar, nas nossas sociedades, a forma mais frequente e mais visível da usura física dos trabalhadores.²⁰

Os avanços tecnológicos mudaram a forma como transferimos a informação e mantemos relações com outros em nosso trabalho, resultando na realização das atividades laborais utilizando predominantemente tecnologias de informação e comunicação. Desta forma, os benefícios do uso das TIC podem ser diminuídos pelos custos de saúde mental e física dos trabalhadores a médio e longo prazo.

Veja mostrês dos principais riscos identificados acerca dos reflexos do uso desenfreado e não regulamentado das tecnologias no trabalho para a saúde do trabalhador.

A. Telepressão e tecnostress

Embora a acessibilidade forneça às pessoas a flexibilidade para gerenciar relacionamentos e tarefas a partir de um único dispositivo, também pode levar a expectativas maiores de conectividade social e respostas imediatas, mesmo fora do tempo de trabalho²¹. Atualmente, tudo é urgente.

A extrema conexão com o trabalho não permite mais que os trabalhadores usufruam do período de repouso e vida privada entre uma jornada e outra de labor.

A telepressão no local de trabalho é descrita como um estado psicológico que incentiva os trabalhadores a se manterem conectados por meio de dispositivos de informação e comunicação²².

Assim, mesmo quando não estão trabalhando efetivamente, os trabalhadores tendem cada vez mais a sentir pressão para responder a mensagens relacionadas ao trabalho que chegam em seus dispositivos, denominando de “telepressão”²³.

Se experimentar altos níveis de telepressão, o trabalhador sentirá obrigatoriedade para responder imediatamente a uma comunicação assíncrona, semelhante ao

20. Supiot, A.: *Crítica do direito do trabalho*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2016, pp. 73-74.

21. Afinal, tem-se comum a cultura de que se o trabalhador está com o telemóvel da empresa ou laborando em teletrabalho em domicílio, deve estar contactável a qualquer tempo e local, o trabalhador deve estar inibido de desligar o aparelho fora do horário de trabalho ou de aguardar o dia seguinte para responder a uma mensagem não urgente.

22. Neste trabalho, destaca-se a importância de discutir a telepressão no local de trabalho de uma perspectiva de saúde ocupacional do trabalhador, não entrando em outros méritos.

23. O termo “telepressão” foi criado pelas pesquisadoras do departamento de psicologia da Universidade do Norte de Illinois, Estados Unidos, Larissa Barber e Alecia Santuzzi, que realizaram um profundo estudo médico científico, publicado com o título, ora traduzido livremente do inglês, “Responda o mais rápido possível: Telepressão no local de trabalho e recuperação de funcionários”, sobre a relação entre a obrigação de responder *e-mails* de trabalho a toda hora e o prejuízo na saúde do trabalhador. Barber, L. K.; Santuzzi, A. M.: “Please respond ASAP: Workplace telepressure and employee recovery”, *Journal of Occupational Health Psychology*, vol. 20, num. 2, 2015, pp. 172-189.

esperado em uma solicitação síncrona e presencial. Isso pode levar os trabalhadores a priorizar as comunicações de TIC durante todo o dia de trabalho e não usufruir períodos de recuperação entre tarefas. Além do tempo de trabalho designado, essa mudança de foco pode transformar o uso assíncrono de TIC longe de uma percepção de “acesso flexível ao trabalho” para “trabalho inescapável”²⁴.

Em resumo, trata-se da pressão exercida sobre o trabalhador para a urgência em responder *e-mails* e mensagens que poderiam ser respondidas na jornada de trabalho seguinte, sob a ideia de estarem sob pressão e vigilância do empregador, culminando na total ausência de desconexão do trabalho nos períodos de vida privada.

Ressalta-se que frequentemente se confunde ou de maneira mal-intencionada justifica-se, que os empregados respondem voluntariamente a demandas de trabalho após o horário em razão de engajamento, contudo, a telepressão e um indivíduo workaholic²⁵ diferem na orientação motivacional. A telepressão no local de trabalho é amplamente focada na manutenção das relações sociais e das impressões no trabalho por meio da comunicação mediada por um instrumento TIC. Como tal, o foco é responder a mensagens relacionadas ao trabalho em vez de realmente executar tarefas de trabalho.

Também há estudos reconhecidos que confirmam a vinculação entre a hiperconexão, o stress laboral e a saúde do trabalhador, decorrente da economia das 24 horas, aumentando do tempo de trabalho após o trabalho com o uso das TICs. O tecnostress é descrito como uma enfermidade de adaptação causada pela falta de habilidade com o uso das novas tecnologias no ambiente de trabalho de forma saudável. Neste caso, o trabalhador se vê obrigado a estar em contato com dispositivos eletrônicos recebendo instruções de trabalho a qualquer momento em seu tempo de vida privada.

Destaca-se que desde o ano de 1999 o stress ocupacional é reconhecido pela Organização Internacional do Trabalho das Nações Unidas, como uma “epidemia global”²⁶.

O estudo apontou fortes indícios de que o fato de estar constantemente conectado com o trabalho fora do horário de labor diminui a produtividade e aumenta as chances de desenvolvimento de problemas de saúde. Isso porque, estar sempre conectado impede que o trabalhador se recupere das atividades profissionais do dia a dia.

Em períodos curtos ou moderados de tempo, a telepressão no local de trabalho pode não afetar negativamente os resultados de saúde. Contudo, a exposição de médio e longo prazo pode ter efeitos cumulativos na saúde devido à falta de desligamento contínuo do trabalho.

Concluiu-se ainda que o aumento da telepressão e tecnostress associam-se ao desenvolvimento da síndrome de burnout e tantos outros reflexos negativos de saúde

24. Barber, L. K.; Santuzzi, A. M.: “Please respond ASAP: Workplace telepressure and employee recovery”, cit., p. 173.

25. Indivíduo viciado em trabalho.

26. Para melhor compreensão do stress laboral e do Burnout do ponto de vista da medicina, recomenda-se a leitura completa da obra: Saraiva, D. M. R. F.; Pinto, A. S. S.: *Stress ocupacional e Burnout*, Euedito, Vila Nova de Gaia, 2014.

dos trabalhadores. A conexão em tempo integral através de e-mails, mensagens sempre sob o título de urgentes e relatórios inadiáveis, configura ainda um verdadeiro assédio moral, bem como uma situação de servidão digital, como será exposto a seguir.²⁷

B. Escravidão digital

Neste “Admirável Mundo Novo do Trabalho”²⁸, a discussão da limitação dos tempos de trabalho é de extrema importância, na medida em que “parece poder permitir quase um novo tipo de escravatura” que em que pese ser diferente do conceito de escravidão que estamos acostumados até então, coloca em pauta um dos mais antigos direitos dos trabalhadores, qual seja, o direito ao tempo de descanso e vida privada entre as jornadas de trabalho.

Houve o surgimento de uma tendência na sociedade que é o de permanecer conectado as ferramentas de trabalho 24 horas por dia, 7 dias por semana, em qualquer lugar que se encontre, com constante pressão, vigilância e cobrança de que o empregado esteja conectado e disponível a qualquer tempo.

As horas de trabalho oficiais perdem o significado quando o trabalho pode ser levado para a casa do trabalhador e continuar a ser realizado sem qualquer controle de limite temporal e ainda mais quando o trabalho é realizado a todo o tempo em domicílio, como no teletrabalho.

Exige-se que os trabalhadores estejam cada vez mais disponíveis fora do horário de trabalho e tem-se uma maior intensificação de controle digital, embora o trabalhador pareça mais livre. Isso é um risco em concreto e não deve ser desconsiderado ou deixado de lado pelo direito do trabalho.

Estamos diante do fenômeno ao qual se tem classificado como “escravidão digital”. Esclarece-se que não se trata do conceito de escravidão que conhecemos e que é objeto de penalidades no Código Penal. O atual conceito de trabalho escravo não mais se restringe à privação local de liberdade e de propriedade de um ser humano, como anteriormente²⁹.

Atualmente é preciso estar permanentemente conectado e disponível para poder trabalhar, e tal fato repercute no aumento potencial de sofrer acidentes de trabalho. Pergunta-se, quem é o responsável frente a estes danos? Cada nova forma de trabalho tem suas características e riscos físicos e psicossociais associados.

A tecnologia permite maior controle com GPS e algoritmos, e as consequências são prejudiciais aos trabalhadores que se sentem constantemente controlados e julgados, prejudicando a sua saúde, com o aumento do tecnostress, depressão, enfermidades,

27. Amado, J. L.: “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, cit., p. 124.

28. Expressão muito utilizada por Teresa Coelho Moreira em suas diversas obras sobre o tema do direito à desconexão. Neste sentido, Moreira, T. C.: “O direito à desconexão dos trabalhadores”, cit., p. 10.

29. “A liberdade de trabalho parece hoje não ter qualquer papel positivo face à questão do desemprego. Essa liberdade é redutora, reduzida à qualidade de valor de troca pelo contrato de trabalho.” Supiot, A.: *Crítica do direito do trabalho*, cit., pp. 338 e 339.

angustia, cansaço, inclusive os trabalhadores e repartidores tem que estar sempre disponíveis, se não, não trabalham.

São forçados a estar sempre disponíveis. Não é uma disponibilidade voluntária como se tenta convencer.

Teresa Coelho Moreira³⁰ e João Leal Amado³¹ também refletem a respeito de estarmos vivendo um novo tipo de escravatura, reflexão esta compartilhada pela autora deste trabalho³².

De fato, qual é o trabalhador que atualmente trabalha só no local de trabalho? E nesta nova realidade, na qual muitas vezes o local de trabalho é o próprio domicílio do trabalhador, eliminando a barreira entre local de trabalho e vida privada?

O trabalhador moderno encontra-se em uma situação limite de “exaustão, mas incapaz de desconectar”³³.

As exigências expressas e veladas no novo mundo do trabalho impõem uma verdadeira “escravidão”, através da obrigação de acessibilidade e disponibilidade do trabalhador sem quaisquer balizas ou muito para além dos limites da razoabilidade³⁴.

O avanço da tecnologia a utilização das ferramentas de comunicação no labor deve servir para a melhoria das relações de trabalho e otimização das atividades, jamais para escravizar o trabalhador e invadir o tempo de vida privada, implicando em graves violações a direitos fundamentais e sociais do trabalhador como a dignidade da pessoa humana, o direito ao lazer, à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio.

Há atualmente a proteção e regulamentação de atividades que não existem mais, que eram uma realidade da época na qual as legislações foram regulamentadas, sendo que não era possível prever em tal época a era digital. A realidade comprova que é

30. “De facto, qual é o trabalhador que atualmente trabalha só no local de trabalho? Quantos não trabalham também noutros locais, nomeadamente em casa, quando estão em férias, limitando-se a reagir apenas em tempo real, já que na atual cultura da urgência, do just in time, tudo é urgente, embora nem tudo seja importante? Não estaremos perante um novo tipo de escravatura: a escravatura dos tempos modernos? (...) Será que estas novas tecnologias, em vez de conduzir a uma liberdade reforçada, não acarretam antes uma servidão voluntária? Não originam antes um novo tipo de escravatura, dita moderna, ou, para utilizar uma terminologia mais adequada às NTIC, uma escravatura de última geração, ou escravatura do homo connectus?”. Moreira, T. C.: “O direito à desconexão dos trabalhadores”, cit., pp. 114 e 115.

31. “Agora, o modelo é o de um trabalhador conectado e disponível 24 sobre 24 horas, pois a tecnologia permite a conexão por tempo integral (hiperconexão), potenciando situações de quase escravização do trabalhador – a escravatura, diz-se, do homo connectus, visto, amiúde, como “colaborador” de quem não se espera outra coisa senão dedicação permanente e limitada.”. Amado, J. L.: “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, cit., p. 119.

32. Fala-se em “servidão voluntária”, contudo, que nada tem de voluntária, ao contrário, trata-se de um medo disseminado pela própria cultura da empresa de que o emprego é garantido pela disponibilidade total do trabalhador a qualquer tempo, seja de trabalho ou de descanso, pela maior produtividade, sendo que em muitos casos para se dar conta do aumento de tarefas que em razão do volume não permitem a execução completa dentro do horário normal de trabalho, devem ser levadas para casa através do trabalho remoto, para que este não seja demitido. Deste modo, o próprio trabalhador não mais se permite desconectar em razão da cultura de que se o mesmo permanecer desconectado, estará se recusando a prestar serviço e será substituído rapidamente, ou seja, a “telepressão” o submete ainda a “escravidão digital”.

33. Tradução livre da expressão “exhausted but unable to disconnect”, título de um trabalho de investigação da autoria dos norte-americanos Liuba Belkin, William Becker e Samantha Conroy, de 2016. Fernandes, F. L.: “Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação”, cit., p. 7.

34. Alves, M. L. T.: “As fronteiras do tempo de trabalho”, cit., p. 250.

preciso a modernização da legislação, para que as novas tecnologias venham auxiliar e não limitar a liberdade do trabalhador, sendo inadmissível que alguns dos direitos que foram objeto de tantas lutas no passado, aos poucos estão sendo deixados de lado de forma consciente.

C. Doenças “modernas” do trabalho. Síndrome de burnout

lyon previu no ano de 1992 que diante do surgimento das tecnologias da informação, em 25 anos só seria necessário 10% da força atual de trabalho, com o aparecimento de uma “indústria da felicidade”, onde se incluíam os tempos livres, atividades do domínio da saúde e bem-estar^{35 36}.

A previsão de Lyon não se concretizou, havendo na verdade a diminuição do tempo livre e a tal indústria da felicidade transformou-se em uma forma de servidão digital. Acompanhando Pedro Morgado, “apesar da ilusão de que a automatização dos processos produtivos poderia conduzir à redução das necessidades de trabalho humano com conseqüente aumento dos tempos de lazer e fruição, a verdade é que o trabalho continua a ser um elemento central da vida humana no século XXI³⁷, ainda mais diante das formas remotas de trabalho e extrema pressão imposta ao trabalhador, conforme já exposto.

A alteração das tipologias de trabalho e o constante crescimento da pressão sobre os trabalhadores culminou na mudança dos impactos do trabalho na saúde, que era tradicionalmente centrado nas conseqüências físicas e passando a aumentar o impacto na saúde mental. Deste modo, observa-se como um dos impactos do uso desenfreado e sem regulamentação específica para os novos riscos no ambiente de trabalho, a alteração dos reflexos que antes eram físicos, para o reflexo mental.

São fatores psicossociais de risco, o aumento da intensidade do trabalho e tempos de trabalho, tais como ultrapassar o horário normal de trabalho, a disponibilidade permanente do trabalhador a qualquer hora, a obrigação velada ou expressa de levar trabalho para casa, para além do horário normal e dificuldades de conciliação entre o trabalho e a vida fora do trabalho³⁸.

O aumento de horário de labor no teletrabalho e extrema conexão afetam a estabilidade da vida laboral dos trabalhadores e conseqüentemente, a sua segurança e saúde. Atualmente, cerca de um terço da força de trabalho mundial (36,1%) cumpre

35. Madruga, R. M. S.: *As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho*, [Tese mestrado], Univ. Técnica de Lisboa. Lisboa, 1998, p. 64.

36. Neste sentido, “numa visão ilídica, tende-se mesmo a descrever um mundo em que os teletrabalhadores se encontrariam nas praias com os seus computadores portáteis, realizando a sua prestação entre dois mergulhos”, o que se comprovou pela realidade ser apenas um mito esta visão. Gomes, J.: *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, vol. I, p. 737.

37. Morgado, P.: “Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI”, in Roxo, M. M. (Coord.): *Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 138.

38. Barros, C.: “Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje”, in Roxo, M. M. (coord.): *Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 143.

horários de trabalho excessivos – ou seja, trabalha regularmente mais de 48 horas por semana³⁹.

A relação entre reconhecimento de riscos à saúde mental e o trabalho é complexa. Os riscos psicossociais no ambiente laboral não são recentes, mas com a aceleração da revolução tecnológica e extrema conectividade do trabalhador, ganhou maior destaque nos últimos anos.

Os indicadores de saúde mental dos trabalhadores correlacionam-se com a produtividade geral das empresas, com as taxas de doença, o nível de absenteísmo, os acidentes de trabalho e a estabilidade do corpo produtivo, sendo que a duração e a organização do trabalho são fatores diretamente relacionados com a qualidade dos indicadores mentais dos trabalhadores, não podendo ser deixado de lado ainda a duração da jornada de trabalho diária⁴⁰.

São fatores psicossociais de risco, o aumento da intensidade do trabalho e tempos de trabalho, tais como ultrapassar o horário normal de trabalho, a disponibilidade permanente do trabalhador a qualquer hora, a obrigação velada ou expressa de levar trabalho para casa, para além do horário normal e dificuldades de conciliação entre o trabalho e a vida fora do trabalho⁴¹.

Estes horários de trabalho excessivos estão associados à fadiga crônica, que pode resultar em doenças cardiovasculares, distúrbios gastrointestinais ou no declínio da saúde mental, como será exposto neste capítulo. Dentre as denominadas “doenças modernas do trabalho”, tem-se o stress laboral e a síndrome de burnout.

A síndrome de burnout é considerada um dos danos laborais de caráter psicossocial mais grave da atualidade, sendo conceituada como um prolongamento do stress ocupacional, muito frequentemente decorrente da sobrecarga de trabalho, horário extenso de labor e pressão para cumprimento de prazos e hiperconexão.

A telepressão e o meio digital agravaram significativamente o aumento de casos de profissionais diagnosticados com a síndrome de burnout. Resta claro a importância do tempo de trabalho e descanso no “novo normal” das relações de trabalho com o uso das TIC.

A extrema conectividade acarreta inúmeros problemas de saúde ao trabalhador e pesquisas em diversos países comprovam o crescimento do número de acidentes de trabalho reflexos da ausência de desconexão digital.

A síndrome de burnout é um distúrbio psíquico de caráter depressivo, precedido de um esgotamento físico e mental intenso, cuja causa está intimamente ligada à vida profissional⁴².

39. OIT: *Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho: tirando partido de 100 anos de experiência, 1919-2019*, cit., p. 49.

40. Morgado, P. “Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI”, cit., pp.134 e 135.

41. Barros, C. “Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje”, cit., p. 143.

42. Herbert Freudenberger, psiquiatra psicanalista norteamericano que nos anos 70 definiu a Síndrome pela primeira vez como um conjunto de sintomas médicos, biológicos e psicossociais inespecíficos, resultantes de uma exigência excessiva de energia no trabalho, sendo que Cristina Maslach, psicóloga social desenvolveu e aprofundou este conceito nos anos 80 com a criação de um instrumento de avaliação, o Inventário de Burnout de Maslach. Maslach, R. M. S. *As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho*, cit., p. 39.

A Organização Mundial da Saúde, incluiu recentemente a síndrome de burnout na 11ª revisão da Classificação Internacional de Doenças –CID-11, com o código QD85– como um fenômeno ocupacional.⁴³ Cumpre esclarecer a Síndrome já estava incluída na CID-10, na mesma categoria que na CID-11, mas a definição está agora mais detalhada, qual seja, “Síndrome conceituada como resultante do estresse crônico no local de trabalho que não foi gerenciado com sucesso”. A OMS reconhece expressamente a relação entre o *Burnout* e o trabalho⁴⁴.

Destaca-se que a Síndrome do esgotamento profissional não exige notificação ao Ministério da Saúde no Brasil, motivo pelo qual o órgão não tem dados suficientes para informar a real quantidade de trabalhadores que foram diagnosticados com a doença até o momento. Positivamente, com o reconhecimento da OMS sobre os critérios para burnout, poderemos passar a ter estatísticas mais precisas sobre o problema no país.

Como bem pontua Carla Barros, a desvalorização dos riscos psicossociais dificulta uma tomada de consciência da sua importância e impede a implementação de políticas e práticas dirigidas à intervenção as condições de trabalho⁴⁵. Importante ressaltar que a avaliação e a intervenção nos riscos psicossociais são da responsabilidade dos empregadores, devendo estes avaliar e gerir os diferentes tipos de risco de uma forma preventiva e estabelecer medidas e sistemas de implementação⁴⁶.

O relatório de 2019 da Comissão Mundial da OIT sobre o futuro do trabalho declara que: a limitação dos horários de trabalho excessivos reduzirá o número de acidentes de trabalho e os riscos psicossociais associados (OIT, 2019a).⁴⁷

Ainda há um longo caminho a percorrer para a garantia da tutela plena do direito dos trabalhadores à segurança e saúde no trabalho com relação aos riscos psicossociais.

IV. DO DIREITO À DESCONEXÃO DIGITAL

A tecnologia pode facilitar a combinação de momentos de trabalho e vida privada, mas ao se possibilitar o trabalho a todo momento, sem limites, extingue-se qualquer tempo para vida privada e descanso⁴⁸.

Há algumas décadas não era possível imaginar que a tecnologia iria romper determinadas barreiras de tempo e espaço de trabalho na forma como ocorre atualmente.

43. Disponível em <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2f129180281> (acesso em 02.11.2021).

44. Já reconhecida também no Brasil como de cunho ocupacional, sendo registrada no grupo V, do código internacional de doenças do trabalho no CID 10. Z73.0. Recomenda-se a leitura completa da obra para melhor compreensão do tema. Valio, M. R. B.: *Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador*, LTr, São Paulo, 2018.

45. Barros, C. “Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje”, cit., p. 154

46. Tal como estipulado na Diretiva-Quadro 89/391/CEE relativa à segurança e saúde dos trabalhadores.

47. Relatório Inicial para a Comissão Mundial sobre O Futuro do Trabalho. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_682688.pdf (acesso em 15.10.2021).

48. Rodríguez Fernández, M. L.; Pérez del Prado, D.: *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo*, cit., p. 21.

Não obstante, o uso indiscriminado de correios eletrônicos e reuniões virtuais com o uso de plataformas digitais próprias, causa uma sobrecarga nos trabalhadores e tem piorado a sua produtividade e a saúde do trabalhador. As formas de trabalho mais flexíveis e com maior uso de tecnologia necessitam de uma regulação eficaz para proteger os trabalhadores do uso excessivo dos meios tecnológicos no ambiente laboral.

Diante disso, necessário se faz discutir a regulamentação do direito à desconexão digital do trabalhador.

Conforme doutrina especializada, “o uso sistemático, no contexto das relações de trabalho, das várias formas de comunicação eletrônica, todas disponíveis por instrumentos portáteis, se, por um lado, contribuiu para uma crescente “desmaterialização” da comunicação no interior das organizações de trabalho (ex. abandono arquivos de papel), por outro passou a permitir, com uma amplitude ilimitada, a interação das hierarquias e dos subordinados, tendendo a eliminar a necessidade da presença física e do contato pessoal. Esta evolução abre espaço a formas invasivas de relacionamento profissional, caracterizadas pela ideia de que as pessoas devem estar sempre “contatáveis” e “disponíveis”, para além dos limites dos “tempos de trabalho”, sem que os empregadores estejam condicionados por qualquer forma nem tenham que suportar com isso qualquer agravamento de encargos salariais”⁴⁹.

A expressão desconexão digital era vista até pouco tempo atrás como uma barreira ao progresso, eis que o futuro do trabalho irá utilizar os meios digitais. Contudo, esta desconexão tem grande impacto na relação laboral, saúde e segurança do trabalho e cada vez mais este tema se torna atual em razão da consolidação do uso das TICs no ambiente de trabalho como o “novo normal”⁵⁰.

Como já visto, a hiperconectividade constante pode levar ao aparecimento de patologias ocupacionais. Os riscos psicossociais no trabalho à distância são diferentes dos riscos decorrentes do trabalho presencial, como já exposto em item próprio.

Diante dos riscos e inúmeras violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com os abusos no uso indiscriminado e sem qualquer regulamentação protetiva na utilização dos novos meios tecnológicos, é preciso que o direito do trabalho estabeleça limites a conexão laboral e ao nível de fadiga digital, com a garantia da sua vida privada, salvaguardando o seu período de autodisponibilidade⁵¹, sendo extremamente necessário discutir o direito à desconexão do trabalhador.

“O grande problema para a maioria dos trabalhadores é como exercer, realmente, esse “direito à desconexão”, num tempo de concorrência global e desenfreada. Ora, como ousar desligar e desconectar-se, como premir o botão *off*, numa época marcada pelo excesso de trabalho de alguns, mas também pelo desemprego de muitos?”⁵².

49. Fernandes, A. M.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 541 e 542.

50. Há estatísticas que mostram que as pessoas desbloqueiam seus telefones móveis cerca de 150 vezes ao dia. “Qué es la “economía de la atención” y por qué tu smartphone te hace parte de ella”, *BBC News Mundo*, 13 septiembre 2018. Disponível em <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45509092> (acesso em 14.05.2021).

51. Amado, J. L.: “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, cit., p. 117

52. “Vivemos numa era virtual, digital, marcada por múltiplas contradições: preocupamo-nos com o não-trabalho, com o descanso, com o lazer, com o ócio, num mundo marcado pelo desemprego; preocupamo-nos com o desemprego causado pelo avanço tecnológico, num mundo em que a tecnologia não tem deixado de escravizar o homem

O direito à desconexão do trabalho envolve o direito de trabalhar, uma garantia social do ser humano que deve ser respeitada, mas também o direito de se desconectar do trabalho ao encerrar sua jornada⁵³. É preciso atualizar a legislação laboral, para que as novas tecnologias venham sempre para auxiliar o meio ambiente de trabalho e não para limitar a liberdade do trabalhador.

Importante destacar que não há em nenhuma legislação até o momento uma definição robusta e exata que descreva o conceito de “direito à desconexão”.

Como tão brilhantemente elucida Monteiro Fernandes:

“o direito à desconexão diz respeito aos períodos em que o trabalhador não tem qualquer obrigação contratual de disponibilidade e visa garantir que o descanso e lazer sejam integralmente respeitados. Significa que o empregador e companheiros de trabalho não podem estabelecer com o trabalhador contatos sobre matéria profissional- e, sobretudo, significa que o trabalhador pode obstar e não atender esses contatos, sem que sejam admissíveis consequências negativas”⁵⁴.

Acompanhando a doutrina brasileira:

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fato determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução tecnológica⁵⁵.

O direito a desconexão do trabalho envolve o direito de trabalhar, uma garantia social do ser humano que deve ser respeitada, mas também o direito de se desconectar do trabalho ao encerrar sua jornada⁵⁶.

No direito à desconexão, o trabalhador deixa de estar - e importante, deve deixar de se “sentir” obrigado a permanecer ligado ou disponível durante os seus períodos de descanso para responder às ordens ou solicitações de serviço que lhe são enviadas através dos meios eletrônicos.

O direito à desconexão existe como suporte nas normas sobre limites da duração do trabalho, horários de trabalho e direito ao repouso. O que está em causa não é o

ao trabalho; preocupamo-nos com a dignificação do homem através do trabalho, num mundo em que a tecnologia pode roubar dignidade ao homem que trabalha, devassando a sua intimidade e perturbando a vida privada.”. Amado, J. L.: “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, cit., pp. 120 e 121.

53. Almeida, A. E.; Severo; V. S.: *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*, LTr, São Paulo, 2016, p. 10.

54. Fernandes, A. M. *Direito do Trabalho*, cit., pp. 541 e 542.

55. Importante realizar a leitura completa do artigo para que se entenda os paradoxos das novas tecnologias x vida privada. Souto Maior, J. L. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, pp. 296-313, jul./dez. 2003, disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf (acesso em 03.10.2021).

56. Almeida, A. E.; Severo; V. S. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*, cit., p. 10.

tempo de trabalho, mas sim o que acontece após o horário de trabalho, o que se faz dele. Um enorme progresso como os meios tecnológicos deverá vir acompanhado de medidas protetivas aos trabalhadores.

Não se pretende repor a eficácia plena das garantias ligadas ao horário de trabalho e ao período de trabalho contratado, mas antes restringir o uso abusivo das novas tecnologias por parte das empresas⁵⁷.

A. Espanha

Desde o final do ano de 2018, a Espanha prevê o direito à desconexão, ainda que em legislação escassa.

Através da Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais e Garantia de Direitos Digitais nº 3/2018⁵⁸ sobre a proteção de dados pessoais e garantia de direitos digitais, incluiu o direito à desconexão digital no âmbito laboral em seu artigo 88, sendo um avanço, ainda que tímido e fora de uma lei trabalhista. Este artigo é responsável apenas por um reconhecimento básico do direito, transferindo a responsabilidade pela sua configuração para a autorregulação coletiva. Este único dispositivo estabelece um dever para as empresas de realizar uma busca diária de horas de trabalho dos trabalhadores na empresa, na qual deverá constar o cronograma de início e de conclusão do trabalho de cada empregado.

Os artigos nº 88⁵⁹ e 90 da LO 3/2018, regulamentaram pela primeira vez no país o direito à desconexão no local de trabalho e o direito à privacidade na utilização de sistemas de geolocalização e visa potencializar a conciliação da vida laboral e da vida pessoal privada, estando sujeitas ao que for estabelecido em negociação coletiva, ou na sua falta, o acordado entre a empresa e os representantes dos trabalhadores.

Após dois anos, o artigo nº 18 do Decreto-Lei Real 28/2020 garantiu que as pessoas que trabalham remotamente, particularmente no teletrabalho, tenham direito à desconexão digital fora de suas horas de trabalho, nos termos estabelecidos no artigo 88 da Lei Orgânica 3/2018 e é dever empresarial garantir a desconexão.

Este dispositivo estabelece um dever para as empresas de realizar uma busca diária de horas de trabalho dos trabalhadores na empresa, em que conste o cronograma de o início e conclusão do trabalho de cada um deles, sem prejuízo da flexibilidade de tempo que está estabelecida neste artigo.

57. Fernandes, F. L.: "Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação", cit., p. 11.

58. Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3> (acesso em 23.05.2021).

59. "Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tienen derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. (...)

3. (...) En particular, se reservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con multas laborales de herramientas tecnológicas".

A jurisprudência ainda estabelece que o tempo de trabalho no domicílio do trabalhador terá o tempo de trabalho igual ao realizado no local da prestação de serviços. Nestes termos, com base no direito à segurança eficaz e proteção, o artigo 14.1 da Lei nº 31/1995 que sobre Prevenção de Riscos Ocupacionais⁶⁰, dispõe que o empregador deverá respeitar os limites do dia de trabalho e descanso, mesmo se o trabalhador prestar o serviço em sua casa.

Portanto, há um reconhecimento no sistema jurídico trabalhista espanhol do direito à desconexão digital. Esse novo direito garante três aspectos fundamentais da vida de cada trabalhador, quais sejam, o direito de conciliação entre a vida laboral e privada, o tempo de trabalho e não trabalho e a prevenção de riscos ocupacionais.

Acrescento que um dos problemas jurídicos identificados é que a lei espanhola, assim com a pioneira lei francesa, não prevê penalidades a serem impostas contra a violação do direito à desconexão, o que não inibe de forma alguma o empregador de descumprir este direito, tampouco tem força suficiente para que o mesmo estipule um regulamento interno de prevenção, mas é importante que se tenha dado este primeiro passo, para que assim a legislação de outros países possam seguir o exemplo e incentivar o debate acerca da matéria.

Para o futuro próximo, surge a necessidade de alteração do Estatuto do Trabalhador para a inclusão do direito a desconexão na Lei do Trabalho e seria o momento ideal para a Espanha suprir as omissões e lacunas legais, com a inclusão de mais artigos sobre o tema, prevendo conceitos específicos, penalidades, meios de aplicação e hipóteses de exceção, entre outros. Deve-se aproveitar o momento de grande discussão acadêmica e legislativa sobre a matéria para a salvaguarda da saúde do trabalhador.

B. Brasil

No Brasil houve somente dois Projetos de Lei efetivamente apresentados para a garantia do direito à desconexão, sendo o primeiro o Projeto de lei n.º 6.038, de 2016 ⁶¹, não tendo sido aprovado e o segundo, mais recente –quatro anos após a apresentação do primeiro– o Projeto de lei n.º 4.044 de 2020⁶².

Neste último Projeto apresentado, verifica-se que o tratamento dado ao tema é de que a desconexão seria uma obrigação do empregador para com o trabalhador, como será visto mais adiante. Contudo, o que nos preocupa é que se inicia a garantia citando expressamente que se aplica aos casos de teletrabalho, o que deixa desde o início margem para discussões no sentido de que não se aplicaria aos empregados presenciais.

60. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292> (acesso em 08/06/2021).

61. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ABD82A2FF00A-D36D8C5EB537CBA80C1B.proposicoesWebExterno1?codteor=1488226&filename=Avulso+-PL+6038/2016 (acesso em 18/05/2021).

62. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1598305429608&disposition=inline> (acesso em 18/05/2021).

O Projeto também prevê que exceções serão previstas por meio de acordo coletivo e que em período de férias, os programas de mensagens instantâneas de trabalho e programa de acesso a e-mails serão excluídos dos instrumentos utilizados pelo trabalhador.

Após anos do primeiro projeto apresentado, este segundo texto também é ineficiente, contendo apenas três artigos para a garantia do direito, de forma ampla, sem maiores detalhamentos ou previsão de sanções em casos de descumprimentos, sendo que não há mais espaço atualmente para que um novo direito já nasça com inúmeras lacunas e ineficiência.

No Brasil, a discussão sobre o direito à desconexão encontra-se atrasado, havendo, contudo, decisões judiciais que apliquem sanções ao empregador quando do descumprimento do período de descanso e vida privada. Neste sentido, temos a decisão no AIRR nº 2058-43.2012.5.02.0464⁶³, na qual um analista de suporte foi indenizado por ofensa ao direito à desconexão. O empregado sustentou na reclamação trabalhista que o sistema de sobreaviso imposto pela empresa o privou do direito ao descanso e ao lazer e à desconexão ao trabalho. O relator do agravo, o Ministro Cláudio Brandão, reconheceu que a evolução da tecnologia refletiu diretamente nas relações de trabalho, mas pontuou que é essencial que o trabalhador se desconecte a fim de preservar sua integridade física e mental.

É preciso que o Brasil acompanhe as demais legislações, com melhorias para garantir efetivamente a obrigação de cumprimento deste direito.

C. Um direito já existente?

Outra questão jurídica que tem atrasado a regulamentação do direito no Brasil é o debate no sentido de que não seria necessário regulamentar um direito à desconexão, já que se trataria apenas de uma repetição da garantia de um intervalo já legislado, como o intervalo entre uma jornada e outra de trabalho, que seria “regular o que já se encontra regulado” e por isso não haveria de se falar em direito à desconexão.

O direito ao desligamento digital, é tido como uma salvaguarda do clássico direito ao descanso, contudo, na era digital, é preciso uma regulação para um reflexo da era digital, que é diverso do intervalo para descanso clássico já previsto na maior parte das legislações laborais.

Novos tempos e novas formas de labor com o uso das NTIC (novas tecnologias da informação e comunicação) exigem novas regulações, uma regulamentação própria para esta nova situação.

Ora, o direito clássico e tradicional ao descanso consagrado nas regulamentações trabalhistas não significa que não haja outra base normativa existente que a proteja. O direito clássico já protege o trabalhador fora do horário de trabalho, como limite

63. TST, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 18/10/2017, 7ª Turma. Data de Publicação: DEJT 27/10/2017. Disponível em <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/921ba76557c-4686812d59ac984d9b0ed> (acesso em 22/11/2021).

a jornada de trabalho, descanso, férias, entre outros, que por óbvio impede que os empregados respondam mensagens neste período, contudo, nesta nova era laboral, na qual ainda é preciso regular um novo conceito de tempo de trabalho para o trabalhador digital como já visto, entre outras questões, aqui o que se pretende evitar é que os trabalhadores sofram uma sobrecarga na utilização das TIC.

Parte da doutrina em Espanha como Vallecillo Gámez⁶⁴ e Molina Navarrete⁶⁵, adota a corrente de que se trata de um antigo direito ao descanso ou um direito simbólico. Contudo, para outra parte da corrente doutrinária em Espanha, é um direito relacionado com a jornada de trabalho e intervalos obrigatórios, contudo, um direito próprio.

Os direitos protegidos pela desconexão digital são a saúde, intimidade, privacidade. Segundo Oriol Cremades Chueca, são protegidos também a liberdade, justiça, dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, igualdade e produtividade.

O direito à desconexão, além de andar em conjunto com o direito fundamental ao descanso, vem acompanhado de no mínimo outros quatro direitos fundamentais, quais sejam “o direito a saúde, a vida e a integridade física e moral, o direito a intimidade pessoal e o direito a conciliação entre a vida laboral, familiar e pessoal”.⁶⁶

Assim, os bens protegidos pela desconexão são mais amplos do que inicialmente se pensa.

Antes não havia a hiperconexão, eis que os trabalhadores em sua grande maioria laboravam apenas presencialmente e não tinham celular da empresa, notebook, entre outros. Ao encerrar a jornada de trabalho, o empregado ia para sua casa e somente tinha meios de se conectar ao trabalho no dia seguinte, presencialmente.

O uso crescente desenfreado das novas tecnologias nas relações de trabalho, o crescimento dos riscos psicossociais e a necessidade de desconexão digital estão intimamente relacionados.

A desconexão deve ser real e não apenas uma aparência.

Acompanhando a reflexão realizada por Trujillo Pons:

“es indudable la necesidad de regulación más amplia del derecho a la desconexión digital en el trabajo; es un reto que marca-la la sociedad y que el legislador há de tomarlo como tal; um derecho incipiente (apenas no llega a dos años de su existencia em el ordenamento jurídico español) que está llamado, en um futuro cercano, a ocupar una posición nuclear em las relaciones laborales. Es um derecho importante en el presente siglo y que tiene uma afectación muy grande para la sociedad: afecta

64. Vallecillo Gámez, M. R.: “El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 408, 2017, pp. 167-178.

65. Molina Navarrete, C.: “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo “Derecho humano a la desconexión” de los trabajadores fuera de la jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 269, 2017, pp. 891-920.

66. Requena Montes, O.: “La desconexión digital en España: propuesta de regulación desde la prevención del estrés”, in Ludovico, G.; Fita Ortega, F.; Nahas, T. C. (coord.): *Novas tecnologias, plataformas digitais e direito do trabalho: uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020, p. 237.

a todos los trabajadores, ya sean desde um âmbito privado como público. Y no solo a la población activa, también entorno de las personas trabajadores que trabajan incluso desde casa y que han de lidiar a la vez, con la conciliación de la vida personal y familiar; el hecho de no poder desconectar del trabajo no permite a los empleados ni um descanso de calidad ni relaciones familiares de calidad”⁶⁷.

Após estudo do debate em tela, considero que não se trata de uma repetição de um direito já existente e, portanto, urgente e necessário se faz a sua regulamentação de forma eficiente. A desconexão pode se aproximar do direito ao intervalo para descanso, contudo, não se trata da mesma garantia. Deve ser considerado como um novo direito decorrente das novas relações de trabalho e uso das NTIC, um direito “digital”, como o classificou a Espanha, ao inserir o direito na Lei de Proteção de Dados Digitais.

D. Regulação ineficaz. Implementação e fiscalização do direito à desconexão digital

As regulamentações pioneiras no direito europeu não esgotam o tema e ainda necessitam de aprimoramento, já que não dispõem sequer sobre eventuais penalidades em caso de descumprimento, mas é extremamente importante que alguns países comecem a caminhar no sentido da regulamentação deste direito, e assim, as legislações de outros países possam seguir o exemplo e aprofundar o debate acerca da matéria.

Mesmos nos países que já garantem este direito, há inúmeras questões por resolver, como por exemplo, não atribuir responsabilidade ao empregador pela fiscalização dos tempos de trabalho e nem estabelecer qualquer penalidade para comportamentos que atentem contra este direito à desconexão. Ou seja, a grande problemática é que este direito à desconexão com o tempo irá tornar-se ineficaz.

Para uma melhor eficácia no cumprimento seria necessário o reforço legal no aspecto da obrigação do empregador, em oposição ao direito do trabalhador, ser considerado falta grave a ausência de uma política de desconexão.

Não podemos ainda desconsiderar a pressão exercida pelo cliente, a pressão interna do empregador, o receio de má reputação junto aos colegas, que levam o trabalhador a não se desconectar.

Deste modo, ainda que o direito seja previsto em legislação, temos o seguinte ponto a responder: como garantir efetivamente o cumprimento deste direito à desconexão digital na medida em que não há previsão de penalidades em caso de descumprimento?

Em primeiro lugar, a fiscalização neste primeiro momento, dificilmente será eficaz, eis que o número de órgãos fiscalizadores não possui um contingente de profissionais

67. Trujillo Pons, F.; Valero Moldes, F.: “La positivización del derecho laboral”, en Toscani Giménez, D.; Trujillo Pons, F. (dirs.): *La desconexión digital en el trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 83.

necessários ao trabalho, havendo um número de estabelecimentos empresariais superior a capacidade de serem fiscalizados.

Expressamente o legislador remete para as convenções coletivas ou acordos de empresas as modalidades de exercício deste direito à desconexão digital e atribui a responsabilidade ao empregador que, mediante consulta prévia dos representantes dos trabalhadores, deverá estabelecer uma política para a formação e sensibilização dos trabalhadores para o uso das ferramentas tecnológicas.

Do ponto de vista procedimental, a Espanha aproxima-se do estabelecido pelo legislador francês. Isso porque, a lei espanhola prevê este direito laboral conferindo ao direito coletivo a sua regulamentação e adaptação aos contextos próprios de cada tipo de empresa.

A grande questão é que será muito difícil controlar as horas de trabalho e desconexão no teletrabalho por exemplo. Por essa razão, as matérias estão interligadas, ou seja, é necessário discutir a regulação do tempo de trabalho do trabalhador digital, restringir o uso abusivo das TIC e legislar sobre como poderá ser feito controle de jornada no ambiente digital, sem invasão da privacidade ou incorrer em atos ilegais, entre outros, para que a empresa também possa efetivamente prevenir e assegurar que os empregados estão cumprindo as normas de desconexão.

A desconexão não é apenas um direito do trabalhador, mas um dever empresarial de não contatar o trabalhador fora dos períodos de trabalho.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos maiores impactos das NTIC nas relações de trabalho foi sobre justamente no tempo de labor e tempo de vida privada – ou ainda sobre a ausência da barreira que separava ambos até então. Não é exagero concluir que os trabalhadores têm se tornado escravos do tempo de trabalho, que aumenta a cada dia que passa em razão da invasão do tempo de descanso, seja através de um chamado por telefone, seja por uma mensagem classificada como despretensiosa em um grupo de mensagens no smartphone.

O trabalho na era digital só pode ser verdadeiramente um sucesso se estiver em sintonia com as necessidades dos trabalhadores e em conformidade com o conceito de trabalho decente. Pondero que a solução para as problemáticas expostas deverá partir sempre da observância à dignidade dos trabalhadores e de direitos fundamentais que tão duramente foram conquistados, sob pena de nos encaminharmos para um futuro de incertezas no direito do trabalho.

A extrema conexão e a ausência de regulamentação específica têm reflexos diretos no estado psicológico do trabalhador com a telepressão, tecnostress, Síndrome de Burnout, entre outros. E a conclusão que se chega é que em que pese a cada dia que passa haver mais afastamentos do trabalho associados as novas doenças psíquicas, este tema ainda não é tratado com a devida atenção, não apenas do legislador, mas pela própria sociedade.

O estudo do direito à desconexão, é um aliado para a proteção e prevenção das questões aqui expostas.

É preciso estar atento as rápidas mudanças, para a entrega do direito de forma antecipada. E por essa razão, deve-se vislumbrar um cenário mais expansivo do conteúdo regulatório da legislação trabalhista, que deve acompanhar as novas formas de trabalho.

É inconcebível existir um trabalho do futuro com a regulamentação do trabalho do passado e as novas relações laborais não se adaptarem às singularidades dos novos tempos advindos da era tecnológica da quarta revolução industrial.

O direito ao trabalho e o direito processual como o conhecemos até o início de 2020 mudou. O papel de todos os operadores do direito do trabalho deve acompanhar a nova realidade.

Ora, se o direito do trabalho não acompanhar as novas formas de trabalho, qual é a sua função? Não estaria sendo cumprida e por isso é necessária ampla discussão para que se leve a novas regulamentações⁶⁸.

É assim que chegamos ao futuro, no qual a legislação trabalhista deverá se adaptar. O direito do trabalho terá de lidar com situações ocorridas no passado e as novas situações que surgirão.

A atual incorporação das novas tecnologias nas relações laborais constitui, sem dúvida, um desafio de primeira ordem para o direito do trabalho do futuro, cabendo aos juslaboralistas encontrar um equilíbrio entre os benefícios do uso das novas tecnologias e os direitos fundamentais do trabalhador.

Bibliografia

- Almeida, A. E.; Severo, V. S.: *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*, LTr, São Paulo, 2016.
- Almeida, J. P.: *Variações sobre o trabalho moderno*, Mundos Sociais, Lisboa, 2012.
- Alves, M. L. T.: "As fronteiras do tempo de trabalho", in Monteiro Fernandes, A. (Org.): *Estudos de direito do trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Amado, J. L.: "Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional", in Roxo, M. M. (coord.): *Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Baptista, A. M.: "Tempos de trabalho e de não trabalho", in Moreira, A.; Coelho Moreira, T. (coords.): *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias*, Almedina, Coimbra, 2003.
- Barber, L. K.; Santuzzi, A. M.: "Please respond ASAP: Workplace telepressure and employee recovery", *Journal of Occupational Health Psychology*, vol. 20, num. 2, 2015.
- Barros, C.: "Fatores psicossociais de risco no trabalho de hoje", in Roxo, M. M. (Coord.): *Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Cabral, F. A.: "O direito do trabalho e as novas tecnologias", in Moreira, A. (coord.): *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: memórias*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Cardim, T. C. G.: "Direito à desconexão: um novo direito fundamental do trabalhador", en AA.VV.: *Direitos fundamentais e inovações no Direito*, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Madrid, 2020.

68. Cardim, T. C. G.: "Direito à desconexão: um novo direito fundamental do trabalhador", en AA.VV.: *Direitos fundamentais e inovações no Direito*, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Madrid, 2020, pp. 143-150.


- Eurofound and the International Labour Office: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Geneva, 2017.
- Fernandes, A. M.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019.
- Fernandes, F. L.: "Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação", *Questões Laborais*, num. 50, 2018.
- Gomes, J.: *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, , 2007.
- Madruga, R. M. S.: *As tecnologias da informação e a flexibilidade do trabalho: o teletrabalho*, [Tese mestrado], Univ. Técnica de Lisboa. Lisboa, 1998.
- Martins, J. Z.: "Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos", in Palma Ramalho, M. R; Coelho Moreira, T. (coords.): *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.
- Molina Navarrete, C.: "El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo "Derecho humano a la desconexión" de los trabajadores fuera de la jornada?", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm, 269, 2017.
- Moreira, T. C.: "O direito à desconexão dos trabalhadores", *Questões Laborais*, num. 49, 2017.
- Morgado, P.: "Impacto do Trabalho na Saúde Mental, uma perspectiva do século XXI", in Roxo, M. M. (coord.): *Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação*, Almedina, Coimbra, 2017.
- OIT: *Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho: tirando partido de 100 anos de experiência, 1919-2019*, Organização Internacional do Trabalho, Genebra, 2019.
- Redinha, M. R.: "Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho - Algumas Questões", in Moreira, A. (coord.): *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2002.
- Requena Montes, O.: "La desconexión digital en España: propuesta de regulación desde la prevención del estrés", in Ludovico, G.; Fita Ortega, F.; Nahas, T. C. (coord.): *Novas tecnologias, plataformas digitais e direito do trabalho: uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020.
- Rodríguez Fernández, M. L.; Pérez del Prado, D.: *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo*, Fundación para el diálogo social, Madrid, 2017.
- Saraiva, D. M. R. F.; Pinto, A. S. S.: *Stress ocupacional e Burnout*, Euedito, Vila Nova de Gaia, 2014.
- Schwab, K.: *A quarta revolução industrial*, Levoir, 2019.
- Schwab, K.: *Moldando a quarta revolução industrial*, Levoir, 2019.
- Supiot, A.: *Crítica do direito do trabalho*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2016.
- Trujillo Pons, F.; Valero Moldes, F.: "La positivización del derecho laboral", en Toscani Giménez, D.; Trujillo Pons, F. (dirs.): *La desconexión digital en el trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- Vallecillo Gámez, M. R.: "El derecho a la desconexión: ¿"Novedad digital" o esnobismo del "viejo" derecho al descanso?", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 408, 2017.
- Valio, M. R. B.: *Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador*, LTr, São Paulo, 2018.



Contrato de trabalho intermitente e repercussões previdenciárias

INTERMITTENT LABOR CONTRACT AND SOCIAL SECURITY IMPLICATIONS

Paula Pereira Pires

Mestra em Direito do trabalho e Relações Sociais
Universidade do Distrito Federal (UDF) - Brasília (Brasil)
paulapires@eaap.com.br  0000-0003-3613-1523

Marcelo Borsio

Professor Titular de Direito da Seguridade Social e Previdenciário
Universidade do Distrito Federal (UDF) - Brasília (Brasil)
marceloborsio@yahoo.com.br  0000-0002-3126-395X

Recibido: 04.11.2021. Aceptado: 23.11.2021

RESUMEN

Entre as alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista esta o contrato de trabalho intermitente, contrato esse que se apresenta como um dos instrumentos de precarização das condições do trabalho. O trabalho intermitente fere princípios constitucionais e desnatura conceitos históricos do Direito do Trabalho a exemplo da habitualidade na prestação de serviços, porque nele se trabalha de forma eventual e da remuneração porque o trabalhador recebe pelo seu trabalho somente quando presta o serviço. Nesse contrato o trabalhador assume junto com o empregador os riscos do empreendimento. Da forma como se apresenta o contrato de trabalho intermitente traz graves prejuízos para os trabalhadores, mesmo tendo sido apresentado com a solução para o problema do desemprego e da informalidade. Por outro lado o contrato de trabalho não só retira direitos dos trabalhadores na área trabalhista, mas também na área previdenciária, deixando-os sem a possibilidade de terem assegurado um futuro digno.

ABSTRACT

Among the changes introduced by the Labor Reform is the intermittent employment contract, a contract that presents itself as one of the instruments of precariousness of working conditions. Intermittent work violates constitutional principles and denatures historical concepts of Labor Law, such as the customary provision of services, because there is occasional work and remuneration because the worker receives for his work only when providing the service. In this contract, the worker assumes the risks of the enterprise together with the employer. The way in which the intermittent

PALABRAS CLAVE

Contrato intermitente
Desproteção
Flexibilização
Previdência

KEYWORDS

Intermittent contract
Lack of protection
Flexibility
Social security.

employment contract is presented, it brings serious harm to workers, even though it was presented with the solution to the problem of unemployment and informality. On the other hand, the employment contract not only removes workers' rights in the labor area, but also in the social security area, leaving them without the possibility of having ensured a decent future

SUMARIO

- I. INTRODUÇÃO
 - II. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL
 - III. CONCEITOS, REQUISITOS E FORMALIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL
 - IV. PRECARIEDAD PREVIDENCIÁRIA DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE BRASILEIRO
 - V. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO TRABALHADOR INTERMITENTE NO BRASIL
 - VI. O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL E AS CONSEQUÊNCIAS NA SEARA PREVIDENCIÁRIA
 - VII. CONCLUSÃO
- Bibliografia

I. INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho intermitente foi uma das diversas inovações que a Lei nº 13.467/2017, também conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe para o mundo jurídico brasileiro. Esse contrato veio, para o universo trabalhista, com a justificativa de que, através de um vínculo de emprego, com jornadas e os salários variáveis, haveria a diminuição do desemprego e trabalhadores seriam retirados da informalidade, em razão de possibilidade de sua utilização pelos empregadores de forma indeterminada. Veio como uma grande promessa.

O que realmente está acontecendo, é a existência de contratação precária onde as conquistas sociais foram alteradas para dar lugar a um contrato que fere princípios fundamentais previstos na Constituição Brasileira e com isso retira direito dos trabalhadores.

Com este estudo buscamos analisar os reflexos do contrato de trabalho intermitente na legislação trabalhista e previdenciária, os impactos causados pela precarização dos seus efeitos e a desproteção social que ele gera, além das lacunas na legislação quando o assunto é Previdência Social.

Isso porque a flexibilização das normas trabalhistas que resultou na retirada de direitos conquistados há muitos anos pelos empregados, levaram a insegurança jurídica e a desproteção para eles na forma do contrato de trabalho intermitente.

II. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A Lei nº 13.467/2017, Reforma Trabalhista, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro novas formas de contratação, a exemplo do contrato de trabalho intermitente, conferindo nova redação ao artigo 443, inserindo um § 3º e introduzindo o 452-A na CLT. O conceito de contrato intermitente encontra-se no § 3º do artigo 443¹.

Trata-se de um contrato atípico, uma modalidade contratual adotada para implementar o projeto neoliberal de flexibilização dos direitos trabalhistas no país, atendendo aos interesses empresariais de redução de custos e de riscos de capital, fragmentação de classe e otimização do modo de produção capitalista por intermédio de acumulação flexível².

Esse novo contrato inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho³.

O contrato de trabalho intermitente não tem as características que tem um vínculo empregatício tradicional, porque coloca o trabalhador em situação de insegurança, uma vez que o trabalho desenvolve-se de forma descontínua, alternando períodos de atividade e de inatividade. Não há garantia mínima de salário ou até mesmo de horas trabalhadas, ou seja, é um contrato altamente precarizado.

Difícilmente o trabalhador conseguirá organizar a sua vida porque não sabe ao certo quando irá trabalhar, se irá trabalhar, quanto receberá durante o mês ou se receberá algum valor mensal de salário, transformando-se em uma mão de obra barata e precarizada.

337

III. CONCEITOS, REQUISITOS E FORMALIDADES DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

O trabalho intermitente é aquele que ocorre com interrupções, que cessa e recomeça, alternando-se entre períodos de prestação de serviços e de inatividade. De modo geral, ele é uma exceção ao trabalho ordinário de jornada fixa integral de 8 horas diárias e 44 semanais, pois tem uma particularidade: a eventualidade. Isso porque não há previsão de jornada fixa e nem de quantidade de horas a serem trabalhadas⁴.

O conceito do contrato de trabalho intermitente encontra-se no artigo 443, 3º da CLT: trata-se de uma relação subordinada, não contínua, em que há alternância

1. Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

2. Lemos, M. C. de A. M.: *O dano existencial nas relações de trabalho intermitente*, LTr, São Paulo, 2020, p. 133.

3. Delgado, M. G.: *Curso de direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2019, p. 672.

4. Reis, C. dos S.; Meireles, E.: *O trabalho intermitente e seus reflexos nas relações trabalhistas em Reforma Trabalhista e Crise do Direito do Trabalho no Brasil – apontamentos críticos*, Appris, Curitiba, 2020, p. 124.

de períodos de trabalho e de não trabalho, sendo que esta alternância pode ser estabelecida em horas, dias ou meses.

Essa nova modalidade contratual rompe paradigmas no Direito do Trabalho. É um contrato com subordinação, pessoalidade e onerosidade, mas sem continuidade.

O artigo 3º da CLT traz a não eventualidade (continuidade) como um dos requisitos essenciais para a composição do contrato de trabalho típico. Com isso, o contrato de trabalho intermitente rompe com o quanto previsto na Constituição Federal de 1988, art. 7º, XIII⁵.

E não fica só assim. Ao romper com a continuidade e a ideia fundamental de tempo à disposição do empregador como tempo a ser remunerado, a lei admite uma forma de trabalho sem nenhuma garantia mínima de remuneração, pois a renda do trabalhador intermitente ficará completamente dependente da vontade dos seus empregadores, numa relação contratual em que a cláusula leonina decorre do próprio modelo legal, sendo aceitável nele que alguém seja empregado sem receber nada por semanas ou meses a fio, frustrando a principal finalidade que leva alguém ao mercado de trabalho – a subsistência da pessoa ou de sua família⁶–.

O salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, uma vez que ele terá o seu pagamento devido na estrita medida desse trabalho ocasional⁷.

Assim, o contrato de trabalho intermitente tem como característica marcante a descontinuidade na prestação de serviço. Além disso, é um contrato de emprego (porque requer celebração de contrato escrito e registro na CTPS) por tempo indeterminado.

Diversos são os requisitos e as formalidades do contrato de trabalho intermitente, os quais estão elencados no artigo 452-A da CLT.

Segundo o artigo 452-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/17, o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e conter especificamente o valor da hora de trabalho, não podendo esta ser inferior ao valor hora do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não⁸.

O trabalhador intermitente no Brasil pode ser convocado para trabalhar, por qualquer meio de comunicação eficaz, desde que respeitada a antecedência mínima de três dias corridos (§1º do art. 452-A, CLT), devendo na convocação ser informada qual a jornada de trabalho que será desempenhada pelo trabalhador.

A lei não especifica quais os meios entendidos como de comunicação eficaz, mas, compreende-se que possa o trabalhador ser comunicado por telefones fixos e por

5. “Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (grifo nosso).

6. Souza Júnior, A. U. de; Souza, F. C. de; Maranhão, N.; Azevedo Neto, P. T. de.: *Reforma trabalhista. Análise comparativa e crítica da Lei n.º 13.467/2017 e da Med. Prov. n.º 808/2017*, Rideel, São Paulo, 2019, p. 188.

7. Delgado, M. G.; Delgado, G. N.: *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à lei 13.467/2017*, LTr, São Paulo, 2018, p. 163.

8. Souto Maior, J. L.: *Trabalhador intermitente, desempregado permanente*, LTr, São Paulo, 2017, p. 112.

celulares, e-mails, WhatsApp, Telegram, Facebook, Instagram, LinkedIn, entre outras. É recomendável que a comunicação seja feita por meio através do qual se consiga mostrar a sua efetivação.

Em contrapartida, o empregado tem o prazo de um dia útil para responder se aceita ou não o trabalho que lhe foi oferecido, não sendo exigida fundamentação, e o seu silêncio tem a presunção de recusa ao convite que foi feito (§2º do art. 452-A, CLT). A recusa do empregado não descaracteriza a subordinação, nem configura infração (§3º do art. 452-A, CLT).

Aceita a oferta e iniciada a prestação de serviços, o trabalhador deverá obedecer as ordens legítimas que o empregador lhe solicitar, sob pena de não o fazendo ensejar a sua dispensa motivada como previsto no artigo 482 da CLT.

Se, no entanto, for aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, e a parte a descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50 % (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitindo a compensação em igual prazo⁹ (§4º do art. 452-A, CLT). Esse dispositivo é polêmico porque viola o princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, inc. VI, da CF/1988) e vulnera a garantia constitucional ao salário mínimo (art. 7º, IV, da CF/1988). A multa determina redução direta do salário.

Ao empregado intermitente é garantido que o seu salário não poderá ser baseado em valores inferiores ao valor horário ou diário do salário mínimo.

É garantida também a isonomia salarial em relação aos empregados contínuos que desempenham as mesmas funções, e é assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno¹⁰.

Com relação à jornada de trabalho, embora não seja estabelecida uma jornada mínima para o trabalho intermitente, são estendidos aos trabalhadores intermitentes os limites máximos de jornada garantidos pela Constituição Federal de 44 horas semanais e 220 horas mensais.

Uma das críticas mais comuns acerca do trabalho intermitente é que, apesar de garantir a proporcionalidade salarial em relação aos demais empregados que não estão submetidos a esse tipo de contrato, este não prevê um número mínimo de horas a serem trabalhadas. Nesse sentido, observa-se que a legislação é omissa, não estabelecendo qualquer exigência quanto à jornada mínima e, conseqüentemente, não trazendo nenhuma garantia de que ao final do mês o empregado terá trabalhado uma quantidade de horas suficiente para alcançar o salário mínimo. Tanto é assim que há a previsão de que o trabalhador deve complementar o recolhimento à Previdência Social, caso o valor do seu salário não alcance o teto inicial da Previdência, que é o salário mínimo¹¹.

9. Dornelas, J. E. C.: *A reforma trabalhista e seus reflexos nos contratos de trabalho – observações objetivas sobre os custos incidentes nas relações empregador/empregado*, Servanda Editora, São Paulo, 2018, p. 230.

10. Martinez, L.: *Reforma trabalhista –entenda o que mudou– CLT comparada e comentada*, Saraiva, São Paulo, 2018. p. 99.

11. França, F. C. T.: “Novidades do contrato de trabalho na reforma trabalhista”, in Monteiro, C. A.; Granconato, M. (org.): *Reforma trabalhista*, Foco, São Paulo, 2017, p. 74.

Ora, a CF/88 estabelece que o trabalhador deve receber um salário mínimo, fixado em lei, e ainda “[...] capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Sob esta perspectiva, a falta de previsão de um número mínimo de horas de trabalho que garantam o atendimento a essas necessidades não estaria indo de encontro à Constituição? Como se pode observar, o rol de garantias asseguradas ao trabalhador intermitente é pífio. É um contrato que protege muito mais o empregador do que o empregado¹².

O período de inatividade não é considerado tempo à disposição do empregador, podendo o empregado prestar serviços a outros empregadores (art. 443, §3º, e art. 452-A, §5º da CLT).

Deve ser verificado que o artigo 443, §3º da CLT permite a contratação sob a forma de trabalho intermitente “independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador”, ou seja, a utilização do contrato de trabalho intermitente está aberta a todos os tipos de atividades empresariais, independentemente de sua intermitência, alternância temporal ou provisoriedade¹³, salvo aeronautas, sendo esse a única exceção legal.

Ao término de cada período de prestação de serviços, o empregado recebe o pagamento imediato das seguintes verbas: remuneração; férias proporcionais com acréscimo de um terço; décimo terceiro salário proporcional; repouso semanal remunerado; adicionais legais (§6º do art. 452-A, CLT), e o recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos, especificando as parcelas, isso tudo em decorrência do quanto disposto na Súmula 91 do TST¹⁴ e do dever de informação.

O empregado adquire, a cada doze meses, o direito de usufruir um mês de férias, e, nesse período, não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador, vide artigo 452-A, §9º da CLT, não recebendo, na oportunidade, qualquer remuneração porque, já recebeu quando prestou serviços a fração correspondente as férias proporcionais acrescidas de 1/3. Essa previsão vai de encontro ao quanto previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição Federal e ao artigo 3º, apartado 1, da Convenção 132 da OIT, porque em ambos se estabelece a remuneração das férias anuais.

O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal, e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações (§8º do art. 452-A, CLT).

A Lei 13.467/2017 nada fala sobre a rescisão do contrato de trabalho intermitente porém, entende-se que o aviso prévio deve ser pago de forma indenizada no contrato de trabalho intermitente, porque nesse tipo de contrato não existe uma jornada de

12. Furtado, E. T.: “Reforma trabalhista e o trabalho intermitente - o tiro de misericórdia na classe trabalhadora”, in Braghini, M. (org.): *Reforma trabalhista. Flexibilização das normas sociais do trabalho*, LTr, São Paulo, 2017, pp. 107-116.

13. Gomes, A. C. N.: “Contrato de trabalho intermitente: possibilidades interpretativas em desfavor do seu uso na modalidade vale-tudo”, in *Contratos Flexíveis na Reforma Trabalhista*, Editora RTM, Belo Horizonte, 2019, p. 236.

14. “91. Salário complessivo. Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador”.

trabalho a ser cumprida e os períodos de inatividade não são regulares. É devida a indenização dos 40% do FGTS computado sobre todos os depósitos que foram efetuados na conta vinculada do trabalhador e poderá haver pagamento de 13º salário e férias acrescidas de 1/3 desde que existam diferenças a serem pagas em razão do número de meses que o trabalhador prestou serviços.

Ainda quanto à cessação do contrato de trabalho, resta observar que a legislação nada menciona quanto a situações geradoras de estabilidade para o empregado, embora este possa fruir desta proteção, em casos como a dispensa no período após o gozo de auxílio-doença acidentário, garantia de emprego a gestante, membro da CIPA, entre outros. Dessa forma, será necessário que seja ressalvado diante das situações jurídicas que impeçam a dispensa do empregado, em especial as situações de estabilidade, que os que gozarem desse benefício devem ter assegurado o prosseguimento na execução do contrato de trabalho firmado, com as mesmas condições previamente ajustadas, devendo ser respeitada pelo empregador a carga horária mínima fixada e devendo ser mantidos os convites para o labor¹⁵.

Devido a sua característica de não eventualidade, observa-se nesse tipo de contrato a quebra da continuidade do contrato de trabalho intermitente, sendo, portanto, uma afronta direta ao Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. Este princípio estabelece que é do interesse do Direito do Trabalho a permanência contínua do vínculo empregatício, que somente acontece por meio da integração do trabalhador na estrutura e dinâmica outorgadas pelo empresariado, de tal forma que somente mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir o objetivo de fomentar melhores condições de trabalho em uma sociedade¹⁶.

O princípio supracitado encontra respaldo na Constituição Federal de 1988. Em seu art. 7º, que trata especificamente dos direitos sociais dos trabalhadores, já no seu inciso I, estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a “[...] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Corroborando também a ideia de continuidade que está o inciso XXI do mesmo artigo, que concede ao trabalhador o direito do “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

A intenção do legislador constituinte claramente foi a preservação da relação de trabalho, independentemente da complexidade da atividade a ser executada pelo obreiro. Até o surgimento do regime de contratação intermitente, eram exceptivos os contratos a termo, os quais somente poderiam ser pactuados em hipóteses específicas da lei¹⁷.

15. França, F. C. T.: “Novidades do contrato de trabalho na reforma trabalhista”, cit., p. 115.

16. Delgado, M. G.: *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 675.

17. *Ibid.*, p. 674.

Com a chegada da modalidade de contratação intermitente, a continuidade deixa de ser uma exceção para tornar-se algo opcional às partes, mas que de certa forma torna precária a condição de subsistência do trabalhador fixado a esse regime¹⁸.

Insta ressaltar que a definição legal que envolve essa figura jurídica é debilitada, pois a Reforma Trabalhista apenas traz a possibilidade de alternância entre os períodos de atividade e inatividade, mas não diz qual seria a dimensão desses intervalos, muito menos fixa um lapso temporal minimamente aceitável que não se confunda com a percepção de um trabalho eventual, ou ainda qual o grupo de trabalhadores estaria resguardado por um regime dessa natureza¹⁹.

Como já mencionado anteriormente, é importante que a legislação seja complementada e determine qual o lapso temporal necessário para que o trabalho intermitente não venha a ser caracterizado como eventual. Tal indagação faz-se necessária, uma vez que é possível fazer a rescisão indireta do contrato de trabalho intermitente por redução sensível ou inexistência de serviços repassados a esses empregados precários (art. 483, d e g da CLT)²⁰. A rescisão indireta irá depender de requerimento do trabalhador intermitente, porque se ele não se manifestar sobre isso o contrato seguirá vigendo.

Por conseguinte, caso subsista uma situação nestes termos, estaremos à frente de um conceito jurídico indeterminado, que deverá recorrer à atividade integradora da doutrina, jurisprudência ou até mesmo direito comparado (art. 8º, caput CLT) para buscar a existência de parâmetros mínimos que possam fornecer ao empregado alguma perspectiva de previsibilidade que o descaracterize como eventual, conforme ensina os enunciados do art. 452-A da CLT (que regula o contrato de trabalho intermitente)²¹.

Além dos tantos pontos polêmicos que envolvem a Reforma Trabalhista, a deficiência dos dispositivos da Lei nº 13.467 é algo latente e assustador. Sabia-se que as intenções à época do projeto eram as melhores, mas o resultado é uma lei inócua, oca, que traz uma nova proposta de regulamentação das relações de trabalho, mas não oferece nenhuma garantia aos trabalhadores e, pior, cria uma aversão envolvendo institutos já consolidados no ordenamento trabalhista nacional, como o lapso temporal que envolve o trabalho eventual e agora o trabalho intermitente²².

A formalização de um contrato de trabalho dessa natureza insurge na possibilidade de um verdadeiro “contrato leonino”, que passa a admitir que um empregado passe dias ou até mesmo meses sem receber quaisquer valores, o que conseqüentemente frustra alguém que se insere no mercado de trabalho na busca por uma oportunidade de transformar sua vida. Mais uma vez, a quebra da continuidade vai de encontro

18. *Ibid.*, p. 674.

19. *Ibid.*

20. Souza Júnior, A. U.; Souza, F. C.; Maranhão, N.; Azevedo Neto, P. T.: *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*, Rideel, São Paulo, 2017, p. 103.

21. Souza Júnior, A. U.; Souza, F. C.; Maranhão, N.; Azevedo Neto, P. T.: *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*, cit., p. 109.

22. *Ibid.*

a outro princípio basilar e devidamente outorgado pelo Direito Trabalhista, só que agora sob o preceito da Intangibilidade Salarial²³.

O princípio determina que o salário seja devidamente resguardado por tratar-se da principal contraprestação concedida pelo tomador. “Essa qualidade deriva do fato de se considerar ter o salário caráter eminentemente alimentar, atendendo, pois, as necessidades mais básicas do ser humano.”²⁴

A noção de natureza alimentar é simbólica. Ela parte do suposto de que a pessoa física que vive fundamentalmente de seu trabalho empregatício, e que apenas por meio deste, proverá suas necessidades básicas de indivíduo, e dos membros de uma comunidade familiar com moradia, alimentação, educação, saúde, transporte, etc. A essencialidade dos bens a que se destinam a remuneração do empregado, por suposto, é que induz à criação de garantias fortes e diversificadas em torno da figura econômico-jurídica acerca da representatividade do salário²⁵.

É importante que se diga também que a força deste princípio não encontra acolhida apenas no Direito do Trabalho, mas também sob um fundamento basilar da República Federativa do Brasil, com sede eminentemente constitucional, que é o princípio da dignidade da pessoa humana²⁶.

Importante é destacar que os valores da dignidade da humana são transcendentais, isto é, eles extrapolam para além do campo jurídico e referem-se à afirmação do ser humano em todas as suas concepções (espiritual, moral e material), sendo o salário um dos mecanismos de que o sujeito se vale para conquistar o ideal de realização pessoal. Resta por óbvio, também, que o reconhecimento social pelo trabalho não se resume exclusivamente ao salário, já que envolve dimensões muito mais amplas, ligadas à ética, à cultura, às múltiplas faces do poder, ao prestígio comunitário, etc., mas é o salário, sem dúvida, a contrapartida mais importante pelo trabalho empregatício. É nesse cenário que o salário atinge um patamar de importância supra, de modo que privilegiar suas premissas é harmonizar o Direito do Trabalho a própria realização da dignidade da dignidade da pessoa humana²⁷.

Outro ponto que deve ser observado é que o contrato de trabalho intermitente fragiliza a capacidade reivindicadora dos trabalhadores, afastando-os cada vez mais dos seus sindicatos, porque esse contrato, além de enfraquecer os trabalhadores individualmente frente ao empregador, os distancia uns dos outros, desmobilizando-os, fazendo cair por terra a identificação e a solidariedade que tiveram na base do fortalecimento sindical do século XX²⁸.

Por fim, resta claro que a liberdade de adoção de inúmeros módulos temporais para prestação de serviços, seja em horas, dias ou até mesmo meses, passa a permitir,

23. Delgado, M. G.: *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 208.

24. *Ibid.*, p. 209.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*, p. 211.

27. *Ibid.*, p. 212.

28. Schneider, N.: *O contrato de trabalho intermitente no direito português e a introdução dessa modalidade contratual no direito brasileiro através da lei 13.467/2017*, [Tese de Mestrado], Universidade de Lisboa, Lisboa. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37332/1/ulfd136401_tese.pdf.

em tese, a convocação do trabalhador intermitente para atuar por uma ou duas horas a cada mês, bimestre ou até mesmo num semestre, o que evidencia a sua condição de precarização frente aos interesses do empregador²⁹.

IV. PRECARIIDADE PREVIDENCIÁRIA DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE BRASILEIRO

Os problemas do contrato intermitente não se restringem, contudo, à esfera trabalhista. Eles se projetam para o âmbito previdenciário, já que o trabalhador que não tem assegurado um salário mínimo por mês, por exemplo, também não terá garantias de recolhimentos previdenciários. E, por isso, é que Portarias e Instruções Normativas vêm sendo editadas no afã de suprir uma lacuna legislativa, sem, contudo, resguardar os direitos mínimos dos trabalhadores.

Para a previdência social, quando se analisa o contexto de universalidade³⁰, tem-se em mente o conceito de proteção, porém, proteção esta que se dá apenas aos contribuintes e de forma mitigada, ou seja, direcionada para os riscos sociais predeterminados. Nesse sentido: “[...] por universalidade de cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar a todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite”³¹.

Desse modo, o empregado é reconhecido como o ente da relação jurídica de emprego que demanda cuidado especial, frente a sua menor capacidade econômica, o que também pode ser analisado como um risco social perante a Previdência. O Direito do Trabalho, como ramo autônomo –desvinculado da economia–, foi constituído para que o trabalhador deixasse de ser visto como mercadoria e fosse protegido pelas normas trabalhistas, equalizando a relação de trabalho³².

Assim, a posição de vulnerabilidade, tanto social quanto econômica do trabalhador perante o empregador, é compensada com uma proteção jurídica. Permite-se ainda pontuar que essa ideia de tutela em relação ao empregado é tida como a base norteadora e inspiradora de todos os outros princípios, normas e institutos desse ramo jurídico.

Diante desses fatores, percebe-se também na Previdência essa preocupação, dentro de um universo orçamentário limitado, em se pretende que se atinja o maior número de pessoas –ideia de igualdade formal–, mas que é necessário que sejam selecionados certos grupos de pessoas ou contingências para a proteção social, que seria a igualdade material –distinção segundo as peculiaridades do grupo selecionado para atender às suas diferenças– resultante da opção do legislador.

29. Souza Júnior, A. U.; Souza, F. C.; Maranhão, N.; Azevedo Neto, P. T.: *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*, cit., p. 105.

30. A universalidade da cobertura refere-se às contingências, ou seja, todos os acontecimentos sociais que colocam os cidadãos em estado de necessidade.

31. Castro, C. A. P.; Lazzari, J. B.: *Manual de direito previdenciário*, Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 114.

32. Nelson, R. A. R. R.: *“Da flexibilização das relações de trabalho e a consequente violação do mínimo existencial do trabalhador”*. *Revista Espaço Acadêmico*, vol. 17, num. 200, 2018, pp. 26-36.

V. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO TRABALHADOR INTERMITENTE NO BRASIL

Para se enquadrar como segurado obrigatório, portanto, o indivíduo deve exercer uma função remunerada como empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual ou segurado especial. A forma de contribuição, antes da EC 103/2019 para os empregados, domésticos e trabalhadores avulsos era calculada mediante a aplicação das correspondentes alíquotas (8%, 9% ou 11%, conforme o valor da remuneração) sobre o seu salário-de-contribuição mensal, presentes no artigo 20 da Lei 8.212/91, as quais eram recolhidas pelo empregador e repassada à União. Após a reforma previdenciária, as alíquotas dos empregados, segurados domésticos e avulsos, sofreram modificação nos seus percentuais e passaram a incidir sobre cada faixa de remuneração, tudo descrito no artigo 28 da EC 103/2019.

O conceito de salário de contribuição, por sua vez, encontra sua definição no art. 28 da Lei nº 8.212 de 1991, segundo o qual:

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

A base de cálculo para o custeio da Previdência Social, advinda dos empregados, é calculada mediante a sua remuneração mensal, conforme o texto normativo acima. A remuneração, por sua vez, é “[...] todo o ganho decorrente do trabalho, englobando salário, gorjetas e complementos salariais”³³. Ou seja, o financiamento feito pelo empregado à Previdência social tem como base a remuneração auferida em razão de seu vínculo de emprego. Assim, estabelece-se importante premissa que envolve o salário, no que tange à Previdência social: o custeio e, portanto, a participação no plano de seguros do Governo Federal.

A importância da remuneração do empregado não reside somente no fato de que ela é o substrato da base de cálculo das contribuições previdenciárias. Mais do que isso, “[...] para se ter o direito a usufruir de alguns benefícios previdenciários é necessário um determinado número de contribuições mensais”³⁴, e a isto a lei denomina de período de carência³⁵.

33. Kertzman, I.: *Curso prático de direito previdenciário*, JusPodivm, Salvador, 2015, p. 135.

34. Kertzman, I.: *Curso prático de direito previdenciário*, cit., p. 338.

35. Art. 24 da Lei 8.213/91.

O § 8º do art. 452-A, incluído pela Lei nº 13.467/2017, estabelece que o empregador deve efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal, devendo fornecer ao empregado o comprovante do cumprimento dessas obrigações. No entanto, sobre os meses sem pagamento, não há qualquer previsão referente a um recolhimento mínimo, comprometendo, assim, o financiamento da Previdência e as contribuições do empregado.

Em 28 de janeiro de 2019 a Receita Federal editou a Instrução Normativa 1.867/2019, que inseriu na IN 971/2009 os procedimentos para a arrecadação de contribuições previdenciárias para os trabalhadores em contrato intermitente. Essa instrução normativa estabelece que o trabalhador desse tipo de contrato é segurado obrigatório da Previdência mas:

“Contudo, para que o tempo de trabalho seja computado no cálculo da aposentadoria, é preciso que o empregado pague a contribuição previdenciária equivalente a um salário mínimo.

Assim, se o funcionário contratado sob regime de trabalho intermitente receber valores inferiores a um salário mínimo, ele pode fazer a complementação da diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, para que aquele período trabalhado conte como tempo de serviço”³⁶.

É de bom alvitre informar que deve ser observado o equilíbrio financeiro, para que feita a arrecadação e efetuadas as despesas não resulte saldo negativo na Previdência de modo a inviabilizar o sistema; bem como deve ser observado também o equilíbrio atuarial, que prevê os gastos futuros com na Previdência, possibilitando uma melhor gestão de arrecadação e pagamentos, ambos previstos no “caput” do art. 201 e no § 2º do mesmo artigo.

Fala-se nisso porque os trabalhadores intermitentes muitas vezes não conseguirão complementar a diferença entre o que recebem para o que tem que pagar, o que pode gerar um desequilíbrio nas contas da previdência. Pergunta-se: porque não se admitir recolhimentos proporcionais ao salário mínimo para os trabalhadores em contrato de trabalho intermitente, já que possuem jornadas de trabalho reduzidas?

Isso precariza ainda mais esse tipo de contrato fazendo com que boa parte dos segurados vai enfrentar a ausência da proteção social.

No dizer do Professor Fabio Zambitte Ibrahim³⁷:

“Excluir pessoas da cobertura previdenciária é sempre a estratégia mais simples e efetiva de reduzir os dispêndios estatais do modelo protetivo. Mas, enfim, para que

36. Silveira, K. C. da: “Contrato de trabalho intermitente: receita federal regulamenta à contribuição a previdência”, *Migalhas*, 19 de março de 2019, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/298202/contrato-de-trabalho-intermitente--receita-federal- regulamenta-a-contribuicao-a-previdencia> (acesso em: 19 maio 2021).

37. Ibrahim, F. Z.: “Reforma da previdência social e a exclusão social”, *Migalhas*, 26 de novembro de 2019, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/previdencialhas/315902/reforma-da-previdencia-social-e-a-exclusao-social>.

previdência social? Se o sistema somente funcionará para trabalhadores mais bem remunerados e com educação superior, os quais conseguirão melhores salários e postos de trabalho, melhor nos prepararmos, pois o Chile é aqui”.

VI. O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL E AS CONSEQUÊNCIAS NA SEARA PREVIDENCIÁRIA

O objetivo da Previdência Social é proteger os segurados e seus dependentes contra as mazelas sociais que porventura limitem a capacidade de prover seu próprio sustento e de sua família. Seu único requisito é a contribuição. Para os trabalhadores, o art. 195, II da Constituição Federal prevê a contribuição sobre o total da sua remuneração, sem exigência de base mínima de cálculo vinculada ao salário mínimo, não sendo válido extrair do texto constitucional que haja correlação entre a prestação mínima ofertada e a contribuição mínima³⁸.

O contrato intermitente nasceu com o objetivo de superar a crise econômica, através da geração de empregos, e reduzir a informalidade de contrato de trabalho tido como “bico”, trazendo para a formalidade aqueles trabalhadores³⁹.

Nessa conjectura, o empregado pode prestar serviços a outros contratantes e deve auferir, depois de cada período de prestação de serviços e mediante recibo, a remuneração acrescida de férias mais 1/3, 13º salário, repouso semanal remunerado e adicionais. Impõe-se o recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS e a entrega da documentação ao empregado, além da garantia de um mês de férias⁴⁰.

Desta forma, é crucial delimitar a abrangência legal dos reflexos previdenciários na modalidade contratual intermitente. Nesse contexto, faz-se necessário a compreensão dos reflexos previdenciários referentes ao contrato de trabalho intermitente de forma cautelosa, objetivando o melhor entendimento possível, destacando-se dois aspectos a serem vislumbrados, a saber: os trabalhadores que alcancem o valor equivalente ao salário mínimo e os trabalhadores que percebam quantia menor.

O primeiro ponto a ser visualizado corresponde aos trabalhadores que alcancem quantia equivalente ao salário mínimo, asseverando-se que estão cobertos pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS), sendo assegurados a estes os benefícios referentes a este regime, cujo recolhimento não encontra qualquer óbice, haja vista ter por base o salário mínimo como norteador para fins previdenciários⁴¹.

O segundo ponto a ser analisado diz respeito ao trabalhador intermitente que aufera quantia inferior ao salário mínimo, cuja problemática reside na falta de legislação que

38. Secchi, L.: *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*, Cengage Learning, São Paulo, 2016, p. 1.

39. Oliveira, T. F.; Hoogerheide, C. H.; Pereira, E. M.: *Os reflexos previdenciários do contrato de trabalho intermitente inserido pela reforma trabalhista*, Unibalsas, 2018. p. 2.

40. Cassar, V. B.; Borges, L. D.: *Comentários à reforma trabalhista*, Método, São Paulo, 2017, p. 74.

41. Sales, C. M.; Brito, M. P. de; Azevedo Neto, P. T. de; Fonseca, R. D. da: *Reforma trabalhista comentada: Lei nº 13.467/2017: análise de todos os artigos*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 102.

o ampare frente aos seus direitos previdenciários, uma vez que ocorre instabilidade quando da sua comprovação de segurado no RGPS⁴².

Tomando por base a informação precedente, aduz-se que os trabalhadores que não percebam salário correspondente ao mínimo vigente, estarão desprotegidos frente à Previdência Social, uma vez que não serão considerados segurados do RGPS.

Isso porque, com a alteração da última reforma da previdência social pela Emenda Constitucional nº 103 de 2019, todo valor percebido mensalmente pelo trabalhador que não seja, no mínimo, em um salário mínimo, não pode ser base para a incidência de cotizações, e, por consequência, não há sobre eles a contagem de tempo de contribuição, nem mesmo de carência (número mínimo de contribuições mensais sem atraso).

Isso traz reflexos impactantes, pois a EC nº 103 de 2019 permite que o trabalhador demande o INSS para agrupar contribuições de meses incidentes em valores menor que um salário mínimo, ou mesmo complementar a base de cálculo para o pagamento no mínimo constitucionalmente previsto. E, não havendo agrupamento ou complemento, o trabalhador resta desprotegido de previdência social. Alguns benefícios previdenciários demandam prova de carência, por exemplo, o por incapacidade temporária, a aposentadoria por idade, a por tempo de contribuição, a por idade mais tempo de contribuição, a especial por exposição a agentes nocivos etc.

Sem prova de contribuições mensais sucessivas e disciplinadas sem atraso, este trabalhador intermitente não completa os critérios de elegibilidade para o benefício.

Destarte, a autarquia pública federal, Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), responsável pela concessão dos benefícios previdenciários, quando em análise de situações de empregados intermitentes sem repasse correspondente ao salário mínimo, tem se posicionado no sentido de suspender o pedido de quaisquer benefícios previdenciários, em virtude de não haver uma regra tratando da mencionada questão, acarretando prejuízo a quem precisa de amparo previdenciário⁴³.

Acrescenta-se que esta instabilidade jurídica com relação à Previdência social poderá refletir em pontos negativos, uma vez que, com a falta da qualidade de segurado para os empregados intermitentes que recebam valor menor que o mínimo estabelecido, ficará a sorte da espera de norma regulamentadora para verem-se protegidos no âmbito jurídico, o que poderá ocasionar o aumento da informalidade nessas relações de trabalho⁴⁴.

É perceptível que a falta de normatização das questões previdenciárias causa prejuízo tanto aos trabalhadores, que não são protegidos pelo RGPS, quanto aos empregadores, que não sabem como conduzir relações de trabalho que não possuem normas expressas quanto às questões previdenciárias⁴⁵.

42. Silva, H. B. M. da: *Comentários à reforma trabalhista*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 58.

43. Alegretti, L.: "Governo deixa Previdência do intermitente no limbo", *Folha de S. Paulo*, 28 de setembro de 2018, disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/09/governo-deixa-previdencia-do-intermitente-no-limbo.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2021.

44. *Ibid.*

45. Castro, C. A. P.; Lazzari, J. B.: *Manual de direito previdenciário*, cit., p. 63.

No nosso dizer outrora⁴⁶: “Trata-se de verdadeira expropriação dos direitos previdenciários conquistados pelos trabalhadores, por décadas, com real desmonte do ideário de Seguridade social um dia posto na Constituição Federal de 1988.”

De acordo com a Lei nº 13.467/2017, no contrato de trabalho intermitente, os indivíduos são contratados para prestar serviços de forma descontínua, em períodos alternados de trabalho e inatividade, que podem ser determinados por horas, dias ou meses. Nesse sentido:

“A manutenção do contrato intermitente para qualquer atividade (empresarial ou não – eis que a lei não fez distinção entre elas) pode ter o efeito benéfico de regularizar todo e qualquer trabalho, no qual a ausência de trabalho subordinado venha a ser definida pela eventualidade ou não continuidade da prestação laborativa. No entanto, um modelo com tal amplitude arrisca tornar-se substituto dos contratos de trabalho standards, e, com isso, tornar regra a precarização típica deste tipo de contratação, seja para empregados, seja para empregadores”⁴⁷.

O valor pago mensalmente referente à Previdência não se refere apenas à aposentadoria, mas a dezenas de benefícios (art. 201 da CF/888) que são disponíveis em caso de uma emergência, que visam garantir seu bem-estar e de toda a sua família, já que basta que se encaixe nos requisitos trazidos pela legislação para ter o direito a recebê-lo⁴⁸.

As políticas públicas de cunho previdenciário precisam dar concretude à dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios fundamentais da República (previsto expressamente no inciso III do art. 1º da Constituição Federal), e serve de parâmetro para a aplicação e interpretação de todo o sistema de normas, atuando como uma proteção mínima. Nessa linha, a dignidade da pessoa humana correlaciona-se diretamente ao conceito de mínimo existencial, significando que certos bens, oportunidades ou direitos devem ser minimamente garantidos, uma vez que sua privação é intolerável⁴⁹.

Nesse passo, o mínimo existencial guarda total relação com a política social do salário mínimo. Como direito social garantido no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal, ele caracteriza-se como imposição ao legislador para que, na sua fixação, as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família sejam satisfeitas⁵⁰.

Desde a Medida Provisória nº 672, de 24 de março de 2015, convertida na Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015, essa política pública foi estabelecida, e sua diretriz

46. Borsio, M. F.: *O avesso de uma ponderada e técnica reforma previdenciária*, in Giorgi, Fernanda, et al. (Orgs.): O golpe de 2016 e a reforma da previdência: Narrativas de resistência, CLACSO, Buenos Aires, 2017, pp. 287-301, disponível em <https://www.jstor.org/stable/pdf/j.ctvtwx288.49.pdf> (acesso 26 maio 2021).

47. Nogueira, E. dos S. A.: “O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, num. 51, 2017, p. 146.

48. Silva, H. B. M. da: *Comentários à reforma trabalhista*, ob. cit., p. 59.

49. O mínimo existencial concretiza os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, na medida em que estão umbilicalmente ligados aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. O mínimo existencial seria “[...] formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica” (Barcellos, A. P. de: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 255).

50. *Ibid.*

é a fixação de salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família, com reajustes periódicos, para que lhe seja preservado o poder aquisitivo⁵¹.

Essa é a política pública que está sendo levada a efeito com as disposições relativas ao trabalho intermitente. Uma política pública que fomenta a possibilidade de o trabalhador perceber menos do que o salário mínimo mensal não pode ser tolerada. Deve, ao revés, ser rechaçada, na medida em que fere o texto constitucional e não resolve o problema do desemprego, configurando uma verdadeira política pública sem sentido, pois não há a intenção de implantar meios efetivos de combate a esse problema⁵².

Não é, portanto, constitucional a exigência de que o trabalhador deva efetuar esse complemento. Isso sem falar na injustiça ínsita à norma. Aquele que percebe menos de um salário mínimo mensal deve ser o alvo da proteção estatal, pois esse fato já demonstra que ele não possui recursos suficientes para prover suas necessidades básicas. É de bom alvitre lembrar que a utilização do salário mínimo já foi reconhecida como critério de aferição do nível de pobreza pelo Supremo Tribunal Federal-STF⁵³. Ora, se o trabalhador está a perceber menos do que o salário mínimo, o mínimo existencial consagrado constitucionalmente não está sendo respeitado.

VII. CONCLUSÃO

Esta pesquisa analisou o contrato de trabalho intermitente e as repercussões previdenciárias. Chegou-se a verificar que a Lei nº 13.467/2017, que introduziu o contrato de trabalho intermitente no meio jurídico nacional, dando azo ao surgimento de uma nova modalidade contratual, o fez no intuito de baratear os custos da mão de obra trabalhadora e aumentar o lucro da classe empresarial, no sentido de fazer valer o projeto neoliberal de flexibilização dos direitos trabalhistas, visto que a rigidez da legislação laboral já não era a forma mais adequada para a resolução dos problemas advindos das relações de trabalho.

Esse contrato veio desestruturar o princípio da continuidade no emprego e o princípio da proteção da parte mais frágil na relação jurídica, que é o trabalhador.

Isso porque, no contrato de trabalho intermitente, a continuidade do vínculo empregatício não dá ao trabalhador a certeza de que ele vai ser chamado para trabalhar e nem ao menos de que ele vá receber um salário.

Na legislação brasileira não existe a necessidade de ter fixado, nesse tipo de contrato, um número mínimo de horas para trabalhar, um número mínimo de dias ou até de meses para o labor, e da mesma forma não há qualquer certeza acerca do valor a ser auferido para o sustento do trabalhador. Ademais, se o trabalhador não

51. *Ibid.*

52. Secchi, L.: *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed., Cengage Learning, São Paulo, 2016. p. 30.

53. ADI 2.672, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 22-6-2006, P, DJ de 10-11-2006. Cf. em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>.

for convocado, não há remuneração para ele pelo período de inatividade, até mesmo porque o §5º do artigo 452-A da CLT é taxativo ao dizer que esse período não se trata de tempo à disposição do empregador.

Tal contrato desfaz por completo a dinâmica do contrato de trabalho tradicional, porque não há como o tratar como sendo um contrato de trabalho subordinado, visto não estarem presentes os requisitos do art. 3º da CLT, quais sejam: subordinação, onerosidade, habitualidade e não eventualidade.

Não existe habitualidade na prestação de trabalho, visto que ela é imprevisível; não existe subordinação, uma vez que o trabalhador pode negar laborar ao chamado pelo empregador e não terá consequência por esta negativa e nem terá que dar explicações do porquê não quis trabalhar, e não existe a onerosidade porque o empregador não tem obrigação de pagar ao trabalhador se ele não o chamar e se ele não quiser trabalhar quando chamado.

Sob esse viés, o que legislador pretendeu com o contrato de trabalho intermitente foi diminuir os riscos da atividade empresarial e aumentar os seus lucros, mas o que conseguiu foi precarizar a relação de trabalho em prejuízo não só perante os princípios do direito do trabalho, como o princípio protetor, mas também indo de encontro aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 170, *caput*), da valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, *caput* e VIII), da justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, *caput*), da subordinação da propriedade à sua função social (art. 170, III), sem observar a proibição do retrocesso em matéria trabalhista e a melhoria da condição social. Esses dois últimos com previsão no artigo 7º da Constituição Federal.

A Constituição de 1988 zela pela garantia da dignidade do trabalho através de um trabalho digno, decente, no qual o trabalhador possa, através do seu labor, dar a subsistência de sua família e a sua própria, receber uma remuneração que satisfaça as suas necessidades e da sua família, que tenha direito à Previdência social.

O contrato de trabalho intermitente está bem longe disso. Longe de ser um trabalho decente, pois a pessoa é tratada como mercadoria. Longe de ser um contrato que gere segurança porque nem ao menos se sabe se receberá salário, se trabalhará, visto que a relação empregatícia está nas mãos do empregador, que diz o que quer, como quer, quando quer e o quanto irá ter de trabalho, para ter uma remuneração.

Esse contrato coloca o empregado para assumir os riscos da atividade do empregador, gerando uma situação de precariedade sem igual, porque pode não ser chamado e não receber nada, sem que tenha previsão de quando irá acontecer o chamado.

Aliado a isso, dificilmente os trabalhadores em contrato intermitente conseguirão reivindicar os seus direitos através dos sindicatos porque não conseguem se agrupar, se juntar para que isso aconteça, em razão da intermitência do contrato. É bem verdade que os sindicatos, após a reforma trabalhista e a retirada da contribuição sindical, tiveram a sua força mitigada, enfraquecida mas, isso não teria efeitos se os intermitentes conseguissem juntos buscar direitos que lhes favorecessem, o que dificilmente acontecerá.

Terão custos altos quanto à saúde e segurança do trabalho, pois tais trabalhadores não têm jornada fixa; podem ou não receber salário; não tem um espaço de trabalho limitado.

Algumas inconstitucionalidades do contrato de trabalho intermitente foram apontadas neste estudo (por exemplo, a ausência de regulamentação de uma jornada de trabalho mínima para o empregado intermitente, o que faz com que ele possa ser convocado para uma jornada diminuta e não consiga receber uma renda digna), e existe ainda a possibilidade de reconhecimento pelo Poder Judiciário quando o STF julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que foram apresentadas contra a Lei da Reforma Trabalhista, de ser um contrato inconstitucional.

O trabalhador fica nas mãos do empregador, porque terá de se sujeitar inteiramente à sua vontade, o que avilta a dignidade da pessoa humana. Não tem o trabalhador nenhuma segurança, nenhuma previsão quanto ao sustento próprio e da família, faltando capacidade para que ele faça planos para o futuro, ter um projeto de vida. Gerando cada vez mais desigualdades sociais e um desequilíbrio entre empregado e empregador cada vez maior, porque a balança nesse caso pendeu para o empregador.

Além de tudo o que já mencionado, foram retirados do trabalhador com esse contrato de trabalho, benefícios previdenciários que causarão um prejuízo enorme para ele. Dificilmente o trabalhador conseguirá gozar os benefícios previdenciários que poderiam advir do contrato de trabalho intermitente porque o trabalhador intermitente não conseguirá pagar a contribuição previdenciária, se não receber o salário mínimo, para que tenha acesso a todos os benefícios da previdência. E da forma como está formatada a Previdência social, ela só garante direitos ao trabalhador que está empregado, o que é autônomo e contribui mensalmente como tal e o segurado especial. Assim, verifica-se que o trabalhador deverá contribuir mensalmente e o seu benefício será proporcional ao quanto ele contribui.

Será que o trabalhador em contrato de trabalho intermitente terá direito aos benefícios previdenciários se, muitas vezes, não consegue contribuir mensalmente e não consegue contribuir com base no salário mínimo? Acredita-se que não. Da forma como está disposto o contrato de trabalho intermitente, esses trabalhadores estão longe do mercado formal de trabalho e mais longe ainda da garantia dos direitos da Previdência social, que requerem contribuição mensal e contribuição com base no salário mínimo.

Ess tipo de contrato reafirma a desigualdade social, retirando e diminuindo direitos dos trabalhadores.

Certamente, o trabalhador intermitente terá direito aos benefícios que não tenham carência, ficando descoberto quanto aos que a exigam.

O contrato de trabalho intermitente diante de tudo o que aqui foi estudado não tem espaço para permanecer no ordenamento brasileiro que preza pela dignidade da pessoa humana, pelo trabalho decente, devendo ser adequado para obedecer os limites previstos na Constituição Federal, entendemos que a adaptação para tornar viável a sua continuação é um caminho muito tortuoso pela necessidade de reformular as leis trabalhistas e previdenciárias, no sentido de suprir as lacunas para a aplicação de direitos.

Bibliografia

- Barcellos, A. P. de: *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.
- Borsio, M. F.: *O avesso de uma ponderada e técnica reforma previdenciária*, in Giorgi, Fernanda, et al. (orgs.): *O golpe de 2016 e a reforma da previdência: Narrativas de resistência*, CLACSO, Buenos Aires, 2017.
- Cassar, V. B.; Borges, L. D.: *Comentários à reforma trabalhista*, Método, São Paulo, 2017.
- Castro, C. A. P.; Lazzari, J. B.: *Manual de direito previdenciário*, Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- Delgado, M. G.: *Curso de direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2019.
- Delgado, M. G.; Delgado, G. N.: *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à lei 13.467/2017*, LTr, São Paulo, 2018.
- Dornelas, J. E. C.: *A reforma trabalhista e seus reflexos nos contratos de trabalho - observações objetivas sobre os custos incidentes nas relações empregador/empregado*, Servanda Editora, São Paulo, 2018.
- França, F. C. T.: "Novidades do contrato de trabalho na reforma trabalhista", in Monteiro, C. A.; Granconato, M. (org.): *Reforma trabalhista*, Foco, São Paulo, 2017.
- Furtado, E. T.: "Reforma trabalhista e o trabalho intermitente – o tiro de misericórdia na classe trabalhadora", in Braghini, M. (org.): *Reforma trabalhista. Flexibilização das normas sociais do trabalho*, LTr, São Paulo, 2017.
- Gomes, A. C. N.: "Contrato de trabalho intermitente: possibilidades interpretativas em desfavor do seu uso na modalidade vale-tudo", in *Contratos Flexíveis na Reforma Trabalhista*, Editora RTM, Belo Horizonte, 2019.
- Kertzman, I.: *Curso prático de direito previdenciário*, JusPodivm, Salvador, 2015.
- Lemos, M. C. de A. M.: *O dano existencial nas relações de trabalho intermitente*, LTr, São Paulo, 2020.
- Martinez, L.: *Reforma trabalhista –entenda o que mudou– CLT comparada e comentada*, Saraiva, São Paulo, 2018.
- Nelson, R. A. R. R.: "Da flexibilização das relações de trabalho e a conseqüente violação do mínimo existencial do trabalhador". *Revista Espaço Acadêmico*, vol. 17, num. 200, 2018.
- Nogueira, E. dos S. A.: "O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano", *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, num. 51, 2017.
- Oliveira, T. F.; Hoogerheide, C. H.; Pereira, E. M.: *Os reflexos previdenciários do contrato de trabalho intermitente inserido pela reforma trabalhista*, Unibalsas, 2018.
- Reis, C. dos S.; Meireles, E.: *O trabalho intermitente e seus reflexos nas relações trabalhistas em Reforma Trabalhista e Crise do Direito do Trabalho no Brasil – apontamentos críticos*, Appris, Curitiba, 2020.
- Sales, C. M.; Brito, M. P. de; Azevedo Neto, P. T. de; Fonseca, R. D. da: *Reforma trabalhista comentada: Lei nº 13.467/2017: análise de todos os artigos*, Empório do Direito, Florianópolis, 2017.
- Schneider, N.: *O contrato de trabalho intermitente no direito português e a introdução dessa modalidade contratual no direito brasileiro através da lei 13.467/2017*, [Tese de Mestrado], Universidade de Lisboa, Lisboa.
- Secchi, L.: *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*, Cengage Learning, São Paulo, 2016.
- Secchi, L.: *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed., Cengage Learning, São Paulo, 2016.
- Silva, H. B. M. da: *Comentários à reforma trabalhista*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- Souto Maior, J. L.: *Trabalhador intermitente, desempregado permanente*, LTr, São Paulo, 2017.
- Souza Júnior, A. U.; Souza, F. C.; Maranhão, N.; Azevedo Neto, P. T.: *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*, Rideel, São Paulo, 2017.
- Souza Júnior, A. U. de; Souza, F. C. de; Maranhão, N.; Azevedo Neto, P. T. de.: *Reforma trabalhista. Análise comparativa e crítica da Lei n.º 13.467/2017 e da Med. Prov. n.º 808/2017*, Rideel, São Paulo, 2019.



Da crise à reinvenção dos sindicatos na era digital: a teoria do reconhecimento como proposta de proteção social

FROM THE CRISIS TO THE REINVENTION OF TRADE UNIONS IN THE DIGITAL ERA: THE THEORY OF RECOGNITION AS A PROPOSAL FOR SOCIAL PROTECTION

Marcos Paulo da Silva Oliveira

Doctorando en Derecho Laboral, con beca de investigación internacional de la Coordinación de A
perfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Brasil

Profesor de Derecho

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (Brasil)

marcosmtd.adv@gmail.com  0000-0002-0214-1064

Recibido: 04.11.2021. Aceptado: 20.11.2021

RESUMO

O presente artigo analisa o movimento sindical brasileiro a partir da crise do Direito do Trabalho ocasionada pelas novas tecnologias. A pesquisa é teórica, tendo como pano de fundo a noção de uma era do software, na qual as tecnologias da informação e comunicação são instrumentalizadas para precarizar o trabalho humano, culminando no agravamento da crise dos sindicatos obreiros e do próprio Direito do Trabalho. Desse diagnóstico objetiva-se, na presente pesquisa, por meio de um método jurídico-prospectivo, apontar tendências futuras para o sindicalismo obreiro, na tentativa de indicar caminhos para a superação do atual cenário de enfraquecimento dos movimentos sindicais no Brasil. Para tal formulação, propõe-se uma investigação interdisciplinar tendo como importante marco teórico a teoria do reconhecimento recíproco de Axel Honneth em diálogo com as abordagens sobre redistribuição de renda e os novos movimentos sociais. Nesse contexto, aponta-se a importância de que os sindicatos se articulem em redes e engajem-se politicamente para além das pautas econômicas, utilizando-se das novas tecnologias da informação e da comunicação como instrumentos de reaproximação com as bases, reconstruindo os laços de solidariedade tão caros para as lutas sociais empreendidas no mundo do trabalho.

ABSTRACT

This article analyzes the Brazilian trade union movement from the Labor Law crisis caused by new technologies. The research is theoretical, having as a background the notion of a software era, in which information and communication technologies are used to make human work more

PALAVRAS CHAVE

Sindicatos em rede
Software
Teoria do reconhecimento
Tecnologia
Direito do Trabalho

KEYWORDS

Networked trade unions
Software
Recognition theory
Technology. Labor Law

precarious, culminating in the worsening of the crisis of workers unions and of the Labor Law itself. The objective of this diagnosis is, in this research, by means of a juridical-prospective method, to point out future trends for worker unionism, in an attempt to indicate ways to overcome the current weakening scenario of union movements in Brazil. For such a formulation, an interdisciplinary investigation is proposed, having as an important theoretical framework Axel Honneth's theory of reciprocal recognition in dialogue with approaches to income redistribution and new social movements. In this context, it is important for unions to articulate themselves in networks and engage politically beyond the economic agendas, using new information and communication technologies as instruments of rapprochement with the bases, rebuilding the ties of solidarity so dear to the social struggles undertaken in the world of work.

SUMÁRIO

- I. A SOCIEDADE DIGITAL E A CRISE DOS SINDICATOS DOS TRABALHADORES
 - II. A TEORIA DO RECONHECIMENTO EM ÂMBITO SINDICAL
 - III. O MERCADO CAPITALISTA NA PERSPECTIVA DA INTEGRAÇÃO SOCIAL
 - IV. INTERSUBJETIVIDADE E IDENTITARISMO NO SINDICALISMO: COMO PERTENCER NO COLETIVO NA ERA DA INFORMAÇÃO?
 - V. CONCLUSÕES
- Bibliografia

I. A SOCIEDADE DIGITAL E A CRISE DOS SINDICATOS DOS TRABALHADORES

355

A crise do sindicalismo no Brasil e no mundo é também uma crise do próprio Direito do Trabalho como um todo. Em tempos de neoliberalismo, variadas são as tentativas de precarizar o trabalho humano em prol da maximização de lucros, com fundamentos que vão desde o alegado fim do trabalho humano e sua substituição por tecnologia até aos fundamentos de ordem psíquico-moral, dizendo-se que na contemporaneidade as pessoas não precisam de proteção do Estado, que são os únicos responsáveis por suas próprias escolhas e não precisariam de tutelas que supostamente tolhem a liberdade¹.

O discurso neoliberal afirma a primazia da liberdade contratual nas relações de emprego em detrimento da garantia de igualdade fática e reconhecimento de direitos pela via estatal. Na era digital as relações quase sempre escapam da proteção do emprego, formando-se um exército de trabalhadores precários e a tempo parcial, informais e sem sindicalização. As interações humanas são menores, mas a subordinação digital é uma marca bastante presente na era do software. Nesse discurso neoliberal digital, afirma-se também que as pessoas estão melhor sozinhas, sendo desnecessário o pertencimento no coletivo, já que os sujeitos deveriam pensar

1. Bauman, Z.: *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 80.

de maneira individualizada, colocando-se em primeiro lugar. Dardot e Laval² chamam esse movimento ideológico de “self-help”, pelo qual o sujeito deve pensar apenas em si próprio e nas vantagens que será capaz de auferir individualmente, culminando numa crise do coletivo.

Essa ideologia típica do neoliberalismo abala os sindicatos justamente porque eles têm como imprescindível o pertencimento no grupo, o reconhecimento de classe e a luta coletivizada. Nesse cenário, os sindicatos dos trabalhadores estão em crise ao longo do globo, com poucas expectativas de fortalecimento. Em crise também está o Direito do Trabalho, pois esse ramo jurídico surgiu no coletivo, da força dos sindicatos dos trabalhadores. A era digital trouxe novas e complexas formas de trabalhar que o sindicato não tem dado conta de basilar em termos de luta e coletivização de demandas. O teletrabalho e os trabalhos prestados por aplicativos tornaram-se uma crescente, enquanto que a filiação sindical está em verdadeiro declínio.

Ainda assim, na contramão da ideologia individualista acima verificada vêm os apontamentos de Axel Honneth³, pensador da teoria do reconhecimento recíproco, pela qual se identifica que os sujeitos só podem se constituir socialmente a partir do reconhecimento intersubjetivo com seus parceiros de inteiração. A teoria do reconhecimento de Honneth debruça-se sobre categorias ético-morais formando o chamado conceito da “eticidade”, que perpassa pelas esferas do amor, direito e solidariedade, com interessante relevo ao papel do coletivo.

Teodoro⁴ afirma a importância da teoria do reconhecimento de Honneth para o Direito e com isso para o próprio Direito do Trabalho, diante de sua finalidade humanística voltada para a dignidade da pessoa humana.

II. A TEORIA DO RECONHECIMENTO EM ÂMBITO SINDICAL

Hoje os trabalhadores já não se sentem pertencentes ao tradicional agrupamento social e jurídico da classe, os sindicatos. Seja pelos valores individualistas que imperam nas sociedades capitalistas contemporâneas, seja pela criticável atuação enfraquecida de alguns sindicatos acomodados ou por todo esse conjunto somado a uma legislação defeituosa, atualmente pertencer no grupo é tema difícil e espinhoso, conforme também identificado por Bauman⁵ ao apresentar a era do “software”.

Pelas lições de Honneth⁶, se vivenciadas de maneira adequada as esferas do reconhecimento permitem aos sujeitos desenvolver a autoconfiança, o auto-respeito e a auto-estima, com garantias de integridade física, integridade social, honra e dignidade. Contudo, caso as esferas de reconhecimento recíproco sejam desrespeitadas o caminho será o de maus-tratos e violação na esfera primária (amor),

2. Dardot, P; Laval, C.: *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, Boitempo, São Paulo, 2016, p. 98.

3. Honneth, A.: *A Luta Por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*, Editora 34, São Paulo, 2003, p. 30.

4. Teodoro, M.: *O princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*, Ltr, São Paulo, 2018, p. 50.

5. Bauman, Z.: *Modernidade Líquida*, ob. cit., p. 60.

6. Honneth, A.: *A Luta Por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*, ob. cit., p. 60.

privação de direitos e exclusão na seara jurídica e por fim, degradação moral e ofensa na esfera da solidariedade.

Avaliando a aplicabilidade da teoria de Axel Honneth no Direito do Trabalho brasileiro, Chaves, Ferreira e Dantas⁷ alertam que o sistema capitalista tem conseguido dissolver o processo de reconhecimento entre os trabalhadores toda vez que adota modelos de trabalho que primam pelo individualismo, pela meritocracia e isolamento, em detrimento do fortalecimento do coletivo.

Assim, busca-se agora investigar as condições teóricas e práticas que serão capazes de restabelecer o reconhecimento recíproco no sindicalismo brasileiro, caso ele já tenha ocorrido, ou ao menos indicar possibilidades para que ele se efetive.

A partir da teoria do reconhecimento remontada por Honneth e diante da problemática identificada no mundo sindical, busca-se empreender uma crítica incisiva de fundo histórico, sociológico e filosófico que, para além de questionar a atuação sindical contemporânea dentro da seara jurídica, persiga as raízes dos problemas estruturantes dessas entidades, sobretudo no tocante a (re)construção da consciência política e formação do movimento de luta que são ou deveriam ser os sindicatos obreiros, tudo isso objetivando fomentar debate sobre a garantia da dignidade humana e a efetivação da justiça social, fundamentos básicos do Direito Laboral⁸. Aquí se fala de proteção social, porque o Direito do Trabalho é um dos seus pilares, juntamente com a seguridade social e a assistência aos desamparados.

As crises do sistema capitalista têm sido o principal argumento para o abrandamento do Direito do Trabalho e para as investidas antissindicais, que culminam em desproteções generalizadas. A crise do Direito do Trabalho é também a crise da proteção social. A desconstrução desses argumentos é medida que se impõe no intento de formular proposições acerca do reconhecimento recíproco e democrático no mundo do trabalho. O Direito do Trabalho nasce de crises, e mais, “ganha destaque com as crises, é combatido a cada crise que se apresenta, mais do que qualquer outro ramo do Direito sofre os efeitos das medidas adotadas para combater crises e dele é exigido que mostre a sua força especialmente em momentos de crise”⁹. Assim, é preciso que esse momento de desconstrução do Direito do Trabalho sirva como palco para novas descobertas e reconstruções.

Nesse contexto, acredita-se na potencialidade das teorizações de Honneth¹⁰ acerca do reconhecimento recíproco, pois essa teoria “nos indica um caminho de

7. Chaves, D.; Ferreira, C.; Dantas, M.: “Reconhecimento e Trabalho: a aplicação da teoria de Axel Honneth no âmbito laboral”, em Diniz, F. P.; Pereira, H. V. (Org.): *Estudos Contemporâneos em Direito Público e Privado*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2015, vol. 1, pp. 81-102.

8. A ancoragem da ciência justrabalhista à dignidade da pessoa humana e justiça social é identificada por Almeida como uma noção do Direito do Trabalho de segunda dimensão, que considera o sujeito para além das meras questões econômicas, mas também pelas questões de cidadania e participação política. Em: Almeida, C.: “Redução e Expansão do Direito do Trabalho: por um direito do trabalho de segunda geração”, em AA.VV.: *Direito Material e Processual do Trabalho: III Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2016, p. 41.

9. Almeida, C.: “Redução e Expansão do Direito do Trabalho: por um direito do trabalho de segunda geração”, ob. cit., p. 41.

10. Honneth, A.: *A Luta Por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*, ob. cit., p. 80.

interpretação crítica dos processos de evolução social, em que se aproxime o estado último de um conceito expansivo de moral, que se afaste de perspectivas estreitas”¹¹ Nesse intento, não se pode desconsiderar que os apontamentos de Honneth¹² foram duramente criticados por dar excessivo enfoque as questões éticas, colocando em segundo plano boa parte da problemática econômica e política.¹³

Conforme Fraser, na contemporaneidade tanto o reconhecimento quanto a redistribuição de renda se associam aos movimentos sociais concretos e dessa maneira, a política de classe se equipara a política de redistribuição, enquanto que a política de reconhecimento se aproxima das políticas identitárias, ligadas as questões de gênero, sexualidade, nacionalidade e étnico-raciais¹⁴.

A teoria do reconhecimento recíproco de Honneth está vinculada as experiências de grupos historicamente oprimidos, que se insurgem contra a dominação sistêmica em prol do reconhecimento social de sua identidade. Nesse aspecto, vale ressaltar que o próprio Honneth¹⁵ dedicou parte dos seus estudos ao mundo do trabalho, na tentativa de recolocar o labor humano nas discussões da teoria crítica. Nesse sentido é que o autor formula interessantes teorizações acerca do mercado capitalista numa perspectiva de integração social que culmine num conceito emancipatório de trabalho, longe da degradação moral e material atualmente experimentadas pela classe trabalhadora.

III. O MERCADO CAPITALISTA NA PERSPECTIVA DA INTEGRAÇÃO SOCIAL

Para Honneth o trabalho enquanto espaço de distribuição de renda e acesso aos bens de consumo é de suma importância, mas as categorias de emancipação dos sujeitos por meio do trabalho não devem ser deixadas de lado. Por mais que o discurso neoliberal tente fazer crer que não, a população, de modo geral, continua a afirmar sua identidade por meio do papel que cada sujeito desempenha no processo organizado de produção.

Segundo esse autor:

“A busca por um local de trabalho que não apenas assegure a subsistência, mas também satisfaça individualmente de modo algum desapareceu; ela tão somente deixou de determinar as discussões públicas e as arenas da disputa política; contudo, deduzir deste estranho e encabulado silêncio que as exigências de

11. Oliveira, M.: “O direito sindical como esfera do reconhecimento”, *Cadernos de Direito*, vol. 18, num. 34, 2018, p. 382.

12. Honneth, A.: *A Luta Por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*, ob. cit., p. 80.

13. Honneth, A.; Fraser, N.: *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*, Morata, Madrid, 2006, p. 40.

14. No original: “En cuanto paradigmas populares, la redistribución y el reconocimiento se asocian a menudo com movimientos sociales concretos. Así, la política de la redistribución suele equipararse a la política de clase, mientras que la política de la redistribución suele equipararse a la política de clase, mientras que la política del reconocimiento se asimila a la ‘política de la identidad’, que, a su vez, se equipara a las luchas acerca del género, la sexualidad, la nacionalidad, el carácter étnico y la ‘raza’” Em: Honneth, A.; Fraser, N.: *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*, ob. cit., p. 21.

15. Honneth, A.: “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição”, *Civitas - Revista De Ciências Sociais*, vol. 8, num. 1, 2008, p. 46-67.

uma reformulação das relações de trabalho pertençam definitivamente ao passado seria empiricamente falso e quase cínico”¹⁶.

Nesse sentido, verificamos que os pensamentos de Honneth¹⁷ dialogam com as assertivas de Teodoro¹⁸ sobre a ideologia neoliberal que tenta incutir uma inserção dos sujeitos através do consumo, desconsiderando o papel dessas pessoas na produção. Tenta-se desconsiderar que a pessoa que consome é a mesma que trabalha e que o trabalho permanece central na vida dos sujeitos. O local de trabalho, seja físico ou virtual, é onde as pessoas passam o maior tempo de suas vidas, onde conhecem novas pessoas e aprendem a se reconhecer com seus parceiros de interação.

Para Honneth¹⁹, contudo, as perspectivas de pensar em uma emancipação por meio do trabalho encontram grandes dificuldades no mundo prático, pois a alienação diante das forças globalizantes do mercado capitalista é potencializada. A normatização capitalista não tem permitido espaços para trabalhos não estranhados e por isso torna-se difícil pensar racionalmente no trabalho como um componente da vida boa²⁰.

Em suas teorizações sobre reconhecimento, teoria crítica e o mundo do trabalho, Honneth²¹ é guiado pela seguinte questão: “como a categoria trabalho social deveria ser incluída no marco de uma teoria social para que dentro dela abra uma perspectiva de melhoria qualitativa que não seja apenas utópica?”.

Nesse sentido, Honneth aponta que o capitalismo de hoje é cada vez mais normativista, voltado para situações da economia, desconsiderando os valores morais e éticos da sociedade. Então, para pensar um conceito emancipatório de trabalho, que coloque a pessoa humana no seu centro de proteção social, é preciso o afastamento de perspectivas estreitas. Parra Honneth, esse conceito emancipatório só poderá ser construído se ele for conectado às condições de reconhecimento, o que importa dizer que “para cada trabalho que ultrapassar o limiar da ocupação puramente privada e autônoma deve valer que ele precisa estar de algum modo organizado e estruturado, para possuir a dignidade do reconhecimento prometido pela sociedade”²².

Diante da nova dinâmica social no trabalho, Honneth aponta que pensar num reconhecimento do homem simplesmente no objeto que ele produz (perspectiva derivada das teorias de Marx) não mais se coloca. Afinal, o homem de serviços não produz um objeto, mas realiza uma atividade. Como se reconhecer pura e simplesmente na atividade desempenhada?

16. Honneth, A.: “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição”, ob. cit., p. 47.

17. *Ibid.*, p. 46.

18. Teodoro, M.: *O princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 56.

19. Honneth, A.: “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição”, ob. cit., pp. 46-67.

20. “Seria possível dizer que aquilo que pode ser necessário para a boa vida do indivíduo em experiências de trabalho não pode ser colocado, simultaneamente, como medida padrão para a avaliação da esfera de produção socialmente organizada; pois aqui existem obrigações e condições que, mesmo numa interpretação muito generosa, tornam necessário desenvolver atividades com um caráter bem diverso daquele do artesanato ou da arte”. Em: Honneth, A.: “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição”, ob. cit., pp. 50-51.

21. *Ibid.*, p. 48.

22. *Ibid.*, p. 48.

“Da maioria das atividades que hoje são realizadas por exemplo no setor de serviços, nós sequer saberíamos o que significaria que elas pedem por si mesmas por uma execução autônoma, puramente proposital e objetificante: não se produz um produto, no qual as habilidades adquiridas pudessem se espelhar, mas tão somente se reage, na medida do possível com criatividade, às exigências pessoais ou anônimas daqueles em cujo benefício a prestação é efetuada. Em outras palavras, é extremamente despropositado querer afirmar a respeito de todas as atividades socialmente necessárias que elas, por si próprias, estão afeitas a uma estrutura conclusiva, orgânica, segundo o tipo do fazer artesanal”²³.

Nesse ponto, Honneth indica que pensar o trabalho humano de maneira emancipatória não pode ser algo maquinal, pronto e acabado. Para ele, a emancipação por meio do trabalho está nas raízes da forma real de organização do trabalho. E essa tarefa de perquirir racionalmente as raízes da emancipação e do reconhecimento por meio do trabalho não pode ser concretizada através da simples perseguição de sentido diante de um capitalismo ligado a mera eficiência econômica, o que esse autor chama de “integração sistêmica”²⁴.

Para Honneth pensar o reconhecimento e a emancipação no trabalho dentro do sistema capitalista só é possível se for pressuposta uma função desse sistema para com a integração social. Assim, o Direito do Trabalho deve ser forte, assim como os sistemas de seguridade social e assistência.

Honneth aponta que a ideia de um capitalismo na perspectiva da integração social já era perquirida por Hegel, que entendia que o capitalismo, para ser bem sucedido, precisava de um ancoramento moral ligado a legitimação popular. Essa legitimação, por sua vez, só seria possível se cada um recebesse aquilo que lhe fosse devido dentro da conjuntura que ali se colocava. Isto é, para que a pessoa abdique de seu egoísmo subjetivo para atuar em prol da satisfação das necessidades de todos os outros (produzir para que outros possam consumir) ela deve ser recompensada. Essa recompensa, na atualidade, seria um salário digno. Mas, para Honneth, a principal recompensa do trabalho num sistema capitalista na perspectiva da integração social deveria ser a possibilidade de reconhecimento daquele trabalhador enquanto contribuinte para o bem geral, a partir de suas habilidades. Ou seja, por meio da proteção social das pessoas que trabalham.

Honneth não nega que hoje se torna bastante difícil pensar em reconhecimento no sistema capitalista. As ideologias contemporâneas deflagradas a partir desse sistema econômico desvinculam o mercado de quaisquer perspectivas morais. “As relações de trabalho hoje existentes, crescentemente desregulamentadas, parecem

23. *Ibid.*, p. 53.

24. Segundo Honneth esta estrutura de raciocínio está presente no pensamento Habermaziano sobre a ação comunicativa. Para Honneth, “se nós nos limitarmos a este único ângulo de visão, de fato só vem à tona aquela fina camada de regramentos estratégicos das estruturas da moderna organização capitalista do trabalho, para a qual Habermas apontara em sua construção teórico-sistêmica”. Em Honneth, A.: “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição”, ob. cit., p. 58.

fazer escárnio às exposições sobre a infra-estrutura moral da forma capitalista de economia²⁵.

Nesse aspecto, para Honneth, na contemporaneidade, para formular teorizações críticas sobre o trabalho é preciso tomar uma escolha: pensar no mercado capitalista na perspectiva da integração sistêmica ou na perspectiva da integração social. Se for feita a opção pela primeira forma interpretativa, o pensamento sobre o trabalho humano se limitará as condições econômicas de circulação de bens e serviços e as flutuações entre oferta e demanda; já na segunda forma de interpretação, as categorias éticas e morais passam a ser fundamentais à perspectiva de proteção do trabalho digno e igualmente a proteção social como um todo, passando aos ideais de seguridade.

Neste sentido, ao responder a questão, se dispomos de critérios imanentes para a crítica das relações de trabalho existentes, tudo depende da decisão de analisar o mercado capitalista na perspectiva da integração sistêmica ou da integração social: se nos limitarmos à primeira perspectiva, então no mercado se revelam condições e regulamentações pré-econômicas, mas não princípios morais; mas se, ao contrário, nos deixamos orientar pela segunda perspectiva, então no mesmo mercado se revelam as implicações morais que, segundo Hegel e Durkheim, garantem seu ancoramento normativo no mundo social da vida²⁶.

Assim, na presente investigação, visualiza-se a necessidade de entender o mercado capitalista na perspectiva da integração social, criando as condições teóricas para o desenvolvimento prático da ancoragem do sindicalismo ao reconhecimento recíproco, permitindo a resistência obreira diante das propostas de precarização do trabalho humano engendradas pelos ideais neoliberalistas atualmente deflagrados no ocidente. O Direito do Trabalho é instrumento dessa integração social e somente ao pensar-se na teleologia desse ramo jurídico autônomo, seus fins de proteção da classe trabalhadora diante da exploração capitalista é que se consegue falar de uma reinvenção sindical democrática na era do “software”. A ideia de liberdade social²⁷ ganha especial destaque nesse momento, fornecendo elementos para o teste da hipótese da presente investigação, isto é, de que através das redes informacionais os espaços de deliberação política podem ser acessados pelos trabalhadores organizados, culminando em reivindicações que podem beneficiar a classe trabalhadora em contraposição a retirada de direitos atualmente verificada. Ou seja, uma instrumentalização das redes em busca de mais proteção social.

A materialização do reconhecimento intersubjetivo nas sociedades contemporâneas dentro do sistema capitalista, para Honneth, demanda a concepção do mercado na perspectiva da integração social. Nesse sentido, uma ética garantidora da liberdade,

25. *Ibid.*, p. 63.

26. *Ibid.*, p. 64.

27. Honneth desenvolve a ideia da liberdade social como um dos pilares do Estado de Direito Democrático. Por esse ideal percebe-se que a liberdade de cada indivíduo é pré-condição para o exercício da liberdade do outro, numa relação simbiótica pela qual os sujeitos devem reconhecer-se reciprocamente.

a partir de um sistema de atividades econômicas com base em solidariedade anterior ao mercado.

Ao examinar as lições de Hegel e Durkheim sobre o mercado de trabalho, Honneth²⁸ constata que somente quando o mercado é interpretado numa perspectiva de integração social é que se torna possível falar através das categorias éticas e morais pré-existentes à economia em cooperação e não em concorrência entre os sujeitos que vivem do trabalho. Nesse sentido, Honneth não desconsidera as críticas marxistas de que o mercado nega boa parte do exercício da liberdade para os não possuidores de capital. Apesar disso, Honneth pretende uma reconstrução normativa dentro da economia de mercado atualmente existente, de modo que, a liberdade social possa ser vinculada aos aspectos da democracia liberal²⁹.

Na presente investigação não se desconsideram as críticas de diversos filósofos e sociólogos de que o sistema neoliberal é antidemocrático. Apesar disso, acredita-se que as investigações de Honneth fornecem interessantes elementos para se pensar em uma vinculação democrática entre capital e trabalho a partir dos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O sindicalismo como esfera máxima do exercício da liberdade social por parte dos trabalhadores ganha especial destaque nesse ponto, justamente por meio de sua vinculação à participação democrática nas redes informacionais, assunto que será mais bem examinado no próximo capítulo.

Sobre a teoria do reconhecimento, importa dizer que sua vinculação ao sindicalismo contemporâneo se faz urgente e necessária, justamente porque constatada a fragmentação de lutas da classe trabalhadora que externa todas as suas subalternidades de classe (que se misturam com variadas questões identitárias). A teoria do reconhecimento, ao acoplar as críticas de Nancy Fraser, possibilita dar enfoque à formação da identidade pessoal através da valorização da diferença, mas também da interdependência existente entre os sujeitos, valorizando a ideia de representatividade e melhor distribuição de renda.³⁰

IV. INTERSUBJETIVIDADE E IDENTITARISMO NO SINDICALISMO: COMO PERTENCER NO COLETIVO NA ERA DA INFORMAÇÃO?

Honneth e Fraser identificam que os movimentos sociais que hoje se colocam como os mais atuantes, ainda que sofram as opressões econômicas do capitalismo neoliberal e se contraponham a elas, reivindicam, sobretudo, o seu direito de existir em suas diferenças culturais.

Os movimentos emancipadores mais recentes –representados pelo feminismo, pelas minorias étnicas e pelos LGBTs– já não lutam exclusivamente pela igualdade

28. Honneth, A.: *O Direito da Liberdade*, Martins Fontes, São Paulo, 2015, p. 80.

29. *Ibid.*

30. Honneth, A.; Fraser, N.: *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*, ob. cit., p. 21.

econômica e a redistribuição material, mas sim pelo respeito as suas características que lhes fazem sentir culturalmente unidos³¹.

Isso não quer dizer que não exista urgência na luta de classes por uma melhor distribuição de renda, como lembra Fraser. Os conflitos surgem da violação das esferas do reconhecimento e essas violações são de ordem moral, mas, também e principalmente econômica, apesar da discordância inicial de Honneth sobre o assunto. É que enquanto Nancy Fraser acredita que o crescimento dos debates identitários veiculados pelos movimentos sociais são oriundos de uma descrença em um mundo mais igualitário economicamente, Axel Honneth acredita que esses debates de cunho identitários são fruto de uma evolução moral que dá igual importância a distribuição de renda e ao respeito e garantia das subjetividades como forma de justiça.

De toda sorte, resta claro pelo reconhecimento teorizado por Honneth que os sujeitos apenas adquirem consciência de si mesmos quando visualizam os efeitos de suas ações pelas lentes de outros sujeitos, seus parceiros de interação. Nesse ponto, Honneth³² retoma os pensamentos de Mead esclarecendo que essa consciência de si avança para uma consciência coletiva através da divisão funcional do trabalho na qual os sujeitos buscam valores e ideais comuns. Exatamente por isso, no presente estudo, entende-se que a partir das dimensões do reconhecimento recíproco reconfiguradas na leitura honnethiana (amor, direito e solidariedade), será possível obter as condições teóricas para a retomada prática da consciência da classe trabalhadora.

O fato de que a teoria de Honneth³³ tem como pressuposto a integração social, afastando-se de discussões sobre o papel do Estado e também da economia, não parecem interferir no teste da presente hipótese de reconhecimento sindical por meio das redes informacionais. O pertencimento no coletivo, como visto, na contemporaneidade, demanda mais do que um olhar simplista para as opressões da desigual distribuição de renda, até porque essa visão centralizada conduziria novamente ao impasse trazido pela ideologia neoliberal que tenta sobrepor o reconhecimento por meio do trabalho pelo reconhecimento através do consumo em sua modalidade consumista. Conforme Honneth, um dos pressupostos para a liberdade social é justamente o nivelamento do consumo equânime. Apesar disso, atualmente existe uma grande lacuna entre aquele trabalhador que consome para subsistir e aquele consumidor do mercado de alto luxo. Como lembra Honneth³⁴: “Não parece haver um acordo implícito entre os consumidores, que poderiam, de maneira unificada, exercer uma pressão sobre preços e desenvolvimento de produtos por parte das empresas.”. Nesse campo, também o reconhecimento por meio do

31. No original: “Los movimientos emancipadores más recientes –representados por el feminismo, las minorías étnicas, las subculturas gays y lesbianas– ya no luchan sobre todo por la igualdad económica o la redistribución material, sino por el respeto a las características que les llevan a considerarse culturalmente unidos”. Em Honneth, A.; Fraser, N.: *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*, ob. cit., p. 90.

32. Honneth, A.: *A Luta Por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*, ob. cit., p. 60.

33. Honneth, A.: “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição”, ob. cit., p. 61.

34. Honneth, A.: *O Direito da Liberdade*, ob. cit., p. 414.

consumo não encontra condições de se colocar socialmente em prol de uma vida mais digna tal qual se mostra a potência do trabalho.

Em um grau muito maior que a atividade de consumo, que, por mais que esteja adequadamente organizada, pouco contribui para a autoestima individual, a atividade objetificada do trabalho depende de um reconhecimento mútuo no contexto de toda a sociedade, pois dela depende toda a 'honra' e a liberdade civil do homem moderno ou, mais precisamente, do varão moderno³⁵.

Pertencer no coletivo hoje é um desafio econômico, mas que também depende da avaliação de categorias éticas e morais, que demanda análises que perpassam pela psicologia social e a questão da identidade de grupos historicamente oprimidos.

Retomando as categorias de reconhecimento em Honneth, aplicando-as a realidade do sindicalismo em crise, percebe-se que os sujeitos já não encontram muitas condições de reconhecimento na esfera basilar –amor– nem ao menos diante de seus parceiros de inteiração mais próximos (família, amigos e companheiros de trabalho). Segundo Beck nas sociedades pós-industriais, os sujeitos são afastados das formas sociais da sociedade industrial, isto é, foram desatados dos ideais de classe, estrato e família³⁶. Logo, é possível perceber que o reconhecimento na esfera do amor por si só já se encontra seriamente abalado, impossibilitando as condições teóricas e práticas para o desenvolvimento dos níveis de reconhecimento jurídico e de estima social (solidariedade).

Não há como se pensar em avanços jurídicos para os sindicatos e para o Direito do Trabalho como um todo se a base que os impulsiona como forças de resistência e garantias de direitos já não conferem a eles verdadeiro sustento.

Aqui não se podem negar as debilidades jurídicas que atualmente se fazem entrave para os direitos dos trabalhadores.

Conforme Bauman³⁷, atualmente cada vez mais parece haver certa tendência social a dar preferências às questões individuais, o que inclusive justifica o descaso para com as demandas sindicais. Teodoro³⁸ critica que a postura extremamente negocial dos sindicatos potencializou seu descrédito perante as massas de trabalhadores. Assim, na visão da referida autora, há a necessidade de que o "sindicalismo se reinvente para que a negociação coletiva não se restrinja a apenas discutir o percentual do reajuste salarial, mas também reposicione a pessoa humana dos trabalhadores em seu centro, buscando mecanismos para conceder-lhe vida digna no trabalho".³⁹

35. *Ibid.*, pp. 422-423.

36. Ulrich Beck entende que diante da sociedade pós-industrial, por ele chamada de sociedade de risco, a ideia de classes foi diluída. Por isso, na visão desse autor as "questões de desigualdade", como resistências populares ou protestos, reduziram-se substancialmente. Em: Beck, U.: *Sociedade de risco - Rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011, p. 45.

37. Bauman, Z.: *Modernidade Líquida*, ob. cit., p. 80.

38. Teodoro, M.: "Por um Direito do Trabalho Repersonalizado", em AA.VV.: *Direito Material e Processual do Trabalho: III Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2016, pp. 51-58.

39. *Ibid.*

Dessa forma, além de questionar a atuação sindical contemporânea dentro da seara jurídica, é imprescindível perseguir as raízes dos problemas estruturantes dessas entidades, sobretudo no tocante a (re)construção da consciência política e formação do movimento de luta que são ou deveriam ser os sindicatos obreiros.

Antunes⁴⁰, diante do claro cenário de desconstrução dos direitos trabalhistas no Brasil e diante da debilidade sindical, aponta que a saída é a centralização das lutas obreiras nas esferas extrainstitucionais. Nesse aspecto, Antunes retoma a necessidade de que as lutas contra a exploração sistêmica se dêem de maneira globalizada. E aqui, acredita-se no potencial revolucionário da internet. Segundo Antunes, cada vez mais as lutas sociais brasileiras devem se articular em amplitude internacional. Na outra ponta, esse mesmo autor critica quaisquer perspectivas do sindicato se manter em sua formação verticalizada, tal qual na era fordista. O sindicato precisa se horizontalizar, dialogar com suas bases, entender suas necessidades e as dinâmicas dos novos tempos. Para Antunes, os sindicatos dos novos tempos devem abarcar as novas identidades do ser social, dada a nova morfologia do trabalho, referindo-se às questões de gênero, geração, raça e etnia.

Se os instrumentos tecnológicos e a globalização têm sido utilizados para precarizar o trabalho, cabe agora aos sindicatos reverter esse quadro por meio de um reconhecimento recíproco que lhe devolva o protagonismo das lutas no mundo do trabalho. Segundo Rey⁴¹ os sindicatos devem se aproximar dos movimentos sociais, com eles aprender a reconhecer diferenças e potencializar inovadoras visões de mundo. O sindicato, na visão de Rey⁴² não deve simplesmente se adaptar aos novos tempos, mas deve protagonizar as mudanças, apropriando-se dos espaços cibernéticos, fazendo bom uso das redes de informação, acoplando lutas diversas que possibilitem sua maior articulação a nível global.

Aclara-se, através dos pensamentos de Rey⁴³, a importância de um novo modelo de sindicatos, que utiliza as plataformas virtuais como forma de aproximação dos trabalhadores, criando um ambiente favorável para ação coletiva. As redes sociais podem ser utilizadas inclusive como forma de sensibilizar a opinião pública. Se na era fordista faziam-se manifestos impressos chamando os trabalhadores para as lutas, que agora os sindicatos façam manifestos on-line.

A gradual construção de uma política social de Estado, como a do final do século XIX e que quase todos os países liberais da Europa Ocidental, é explicada hoje, na historiografia predominante, quase sempre com referência à enorme pressão que um

40. Antunes, R.: *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*, Editora Boitempo, São Paulo, 2018, p. 82.

41. Rey, J.: "Los sindicatos deben aprender de los movimientos sociales", *lamarea.com*, 24 de abril de 2017. Disponível em <http://www.lamarea.com/2017/04/27/joaquin-perez-rey-los-sindicatos-deben-aprender-los-movimientos-sociales/> (Acesso em 05 nov. 2021).

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

movimento operário já fortemente organizado foi capaz de exercer sobre a opinião pública que então se formava como sobre grupos de parlamentares⁴⁴.

Hoje as empresas utilizam-se dos instrumentos de rede para a promoção de marketings virais na intenção de atrair um exército de consumidores para seus produtos⁴⁵. O marketing dos sindicatos também pode ser feito de maneira on-line, viral, por meio de campanhas criativas, de cunho lúdico e nem por isso menos engajadas, para aproximar a já tão distante juventude dessa realidade de lutas no mundo do trabalho.

Antunes entende que a aproximação do sindicato com a juventude é fundamental para a renovação das lutas coletivas no mundo do trabalho. Para o desenvolvimento de um reconhecimento recíproco que culmine num fortalecimento das bases dos sindicatos dos trabalhadores, agora, é imprescindível que os sindicatos se abram para as diferenças. Segundo Antunes aos sindicatos devem se juntar trabalhadores de distintas raças e etnias, em especial, índios, negros e imigrantes – os trabalhadores que mais sofrem com a precarização oriunda dos ditames neoliberais. Antunes ainda adverte que:

“Para que essa ação tenha concretude é imprescindível e inadiável a eliminação de qualquer resquício de tendências xenófobas, ultranacionalistas, de apelo ao racismo e de conivência com as ações discriminatórias de qualquer ordem, incluindo as sexistas e homofóbicas”⁴⁶.

Ao comentar o mercado capitalista na perspectiva da integração social, visando apontar condições práticas para o exercício da liberdade social, Honneth⁴⁷ ressalta a importância da participação democrática dos trabalhadores na gestão das empresas. Retomando um passado histórico em que o trabalho e seu ramo jurídico de proteção gozavam de maior prestígio, Honneth esclarece que caso essa participação democrática não se fizesse politicamente possível –seja pela postura do empregador ou pela postura do Estado– os trabalhadores, por meio da ação coletiva –boicotes, greves e manipulação do maquinário–, conseguiam costurar novas realidades político-laborais que engendraram melhorias nos processos de trabalho. Essa potência insurgente é que precisa ser redescoberta na contemporaneidade.

Apesar disso, Honneth não desconsidera a importância de que o caminho para o exercício das insurgências dos trabalhadores seja um caminho institucionalmente possível. Precisam ser conferidos mecanismos discursivos para a classe trabalhadora. Nesse aspecto, este autor comenta que os sindicatos, historicamente, e em especial em seus tempos de maior valorização, sempre desempenharam “uma espécie de

44. Honneth, A.: *O Direito da Liberdade*, ob. cit., pp. 434-435.

45. Ilustrativamente cita-se a seguinte reportagem publicada em 15 de agosto de 2013 na Revista Exame, intitulada: “O que aprender com 10 campanhas de marketing viral - Especialista afirma que engajamento com o tema é exatamente o que as pequenas e grandes empresas querem”. Disponível em <https://exame.abril.com.br/pme/o-que-aprender-com-10-campanhas-de-marketing-viral/> (acesso em: 05 nov. 2021).

46. Antunes, R.: *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*, ob. cit., p. 295.

47. Honneth, A.: *O Direito da Liberdade*, ob. cit., p. 300.

contrapoder ao capital organizado”.⁴⁸ Isso não quer dizer que ao longo da história os sindicatos não tenham enfrentado dificuldades para externas suas pautas. Os sindicatos sempre se depararam com desafios inteiramente novos, sendo que em cada momento histórico os sentimentos de solidariedade eram definidores das lutas obreiras.

Atualmente não se encontram resistências obreiras de interesses coletivos, no máximo resistências privadas, individualizadas. Ao analisar a globalização, as evoluções tecnológicas e as mudanças na estrutura empresarial, Honneth aponta que:

“Diferentemente do proletariado industrial tradicional, que invocava a resistência comum nas fábricas e tinha uma bem-sucedida história de lutas sociais, além de um símbolo poderoso do próprio rendimento do ‘trabalho manual’, o novo proletariado de serviços se vê carente não apenas de qualquer história coletiva que possa ser narrada, mas também de oportunidades para identificar a instância controladora das empresas”⁴⁹.

Para Honneth torna-se difícil superar a apatia social diante das retiradas de direitos trabalhistas. Até mesmo a classe média, também não detentora dos meios de produção, passou a sentir na pele o medo do declínio social e não se opôs à progressiva desregulamentação do Direito do Trabalho. Conforme Honneth a ideia que se tem é de uma total privatização dos sentimentos diante da retirada dos patamares de dignidade no trabalho. Apesar das redes de comunicação que, para Honneth⁵⁰ “deveriam facilitar a articulação pública de sua preocupação, a tendência parece ser mais a de privatizar o descontentamento, como se cada qual fosse responsável por sua emite demissão ou transferência”.

Apesar de tal diagnóstico, Honneth não é fatalista e assim como outros filósofos e sociólogos do mundo do trabalho acredita em possibilidades de articulações coletivas a níveis transnacionais, com o apoio da opinião pública, a fim de promover uma recivilização moral do mercado capitalista.

“Sob a pressão de associações transnacionais de sindicatos e organizações não governamentais já foram criados os primeiros procedimentos que permitem influir nas normas da regulação do trabalho há muito vigentes em âmbito global; as certificações de padrão de qualidade do trabalho, os procedimentos de supervisão dos acordos e as campanhas públicas que transcendem as fronteiras nacionais afirmam-se como os caminhos para retomar a história interrompida de uma paulatina socialização do mercado de trabalho”⁵¹.

48. *Ibid.*, p. 445.

49. *Ibid.*, pp. 474-475.

50. *Ibid.*, p. 475.

51. *Ibid.*, p. 484.

Nesse aspecto, Honneth acredita no potencial da internet enquanto fonte de mobilização e formação pública da opinião e da vontade, inclusive em nível transnacional. O sindicalismo em rede, na presente investigação, é então apontado como o motor capaz de guiar as novas lutas dos trabalhadores contra as investidas precarizantes do capitalismo neoliberal.

Para Consentino⁵² há uma clara e emergencial necessidade de se estabelecer um novo sindicalismo que promova a união da classe que vive do trabalho e que reconheça o protagonismo dos trabalhadores do conhecimento diante do capitalismo informacional.

Esse novo modelo de sindicatos é o que no presente estudo é chamado de “e-sindicalismo”, um sindicato que faça o uso estratégico das tecnologias da informação e da comunicação para se fortalecer, reconquistar suas bases, ampliar suas lutas e se contrapor democraticamente à flexibilização “in pejus” implementada pelos ideais neoliberais.

Conforme Consentino: “Os trabalhadores do conhecimento exercem um papel fundamental nesse contexto de reformulação das bases sindicais. Esses atores devem se politizar cada vez mais, para que essa força explosiva seja canalizada em prol dos trabalhadores”⁵³. A politização desses trabalhadores do conhecimento passa pelo desenvolvimento de todos os níveis de reconhecimento desenhados por Axel Honneth –amor, direito e solidariedade–, numa perspectiva capaz de promover o sentimento de pertencimento em classe desse tipo de trabalhadores. O pertencimento em classe é um passo fundamental para o sentimento de pertença nos sindicatos dos trabalhadores. Para Consentino⁵⁴: “No contexto da sociedade do conhecimento, toda a sociedade usuária das tecnologias da informação já possui a força necessária para influenciar nos processos decisórios, o que lhes falta é conscientização política”.

Dessa constatação, resta aos sindicatos obreiros o desafio de se tornarem usuários das tecnológicas da informação e comunicação. A noção de ‘Wiki’, de cooperação, concentrada na mobilização das pessoas é urgente e necessária para a reinvenção dos sindicatos obreiros na contemporaneidade.

A mobilização sindical por meio da tecnologia informacional pode ser perquirida por meio do uso programático das redes sociais, tais quais: o Facebook, Instagram e Youtube. Além disso, para as assembleias e deliberações, hoje existem ferramentas interessantes que podem ser utilizadas para reuniões virtuais. Citam-se, exemplificativamente, as ferramentas da “CISCO WEBEX”.

Os produtos WebEx são distribuídos via Cisco WebExCloud, uma infraestrutura desenvolvida para comunicação via *internet* em tempo real e que é utilizada por diversas empresas multinacionais. De acordo com dados do próprio site da Cisco, 71 milhões de pessoas participam de reuniões pelo WebEx mensalmente, enquanto

52. Consentino, C.: *Direito do Trabalho, Tecnologias da Informação e da Comunicação: impactos nas relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho*, RTM, Belo Horizonte, 2018, p. 360.

53. *Ibid.*, p. 361.

54. *Ibid.*, p. 357.

que 93% das empresas do Fortune 100 e 78% das empresas do Fortune 500 usam as soluções de colaboração por vídeo da Cisco.⁵⁵

O ATENS, Sindicato Nacional dos Técnicos de Nível Superior das IFES, faz uso da plataforma WeBex para a realização de assembleias e, hoje, de acordo com a diretora presidente Maria do Rosário Alves de Oliveira, promove consultas virtuais no site institucional, com uma participação significativamente maior do que as consultas presenciais. (informação verbal)⁵⁶. Vale dizer que apesar de um interessante exemplo, o uso das redes pelo ATENS, conta com a facilidade de ser um sindicato de servidores públicos, portanto, trabalhadores estáveis. Justamente por isso, é preciso cautela ao avaliar os impactos das mobilizações em rede desse sindicato para os fins da presente pesquisa, que trata dos sindicatos dos trabalhadores de empresas privadas, sem estabilidade.

De toda forma, a experiência demonstra que o uso consciente e politizado desse tipo de instrumento (WeBex, Facebook e outros) pode viabilizar os processos de reconhecimento no âmbito dos sindicatos, cativando a aproximação da juventude com os sindicatos, além de possibilitar a sensibilização das grandes massas em prol das pautas reivindicativas dos sindicatos.

Outro ponto ressaltado no tocante ao uso das tecnologias informacionais pelos sindicatos, está atrelado à possibilidade de globalização das lutas dos trabalhadores. Não resta dúvida de que o capitalismo age em dimensão global utilizando-se das redes, logo, a luta dos trabalhadores também deve desencadear articuladamente em todo esse espaço.

Sobre a globalização das lutas sindicais, se destaca a importância de que se criem “redes de redes”, agregando a classe que vive do trabalho em escala global. Diante da nova dinâmica social de caráter flexível e globalizada, pensa-se, sobretudo, nas novas formas de organização popular no contexto trabalhista em nível nacional, regional e global. Para Antunes⁵⁷: “A transnacionalização do capital e do seu sistema produtivo, com a difusão das novas cadeias geradoras de valor, obriga ainda mais os sindicatos a desenvolverem formas internacionais de ação, solidariedade e confrontação”. No presente caso, ante as similitudes políticas e jurídicas, destaca-se a imperiosidade de que esse trabalho se inicie com um recorte para a América Latina e o Mercado Comum do Sul (Mercosul) até que alcance as proporções globais.

55. Cisco Systems. Informações disponíveis em <https://www.webex.com.br/why-webex/overview.html#why-webex> (acesso em: 01 de nov. 2021).

56. A diretora do ATENS, Maria do Rosário Alves de Oliveira (2017), esclareceu por meio de informação verbal, em aula conduzida pelo professor Márcio Túlio Viana, que no âmbito daquele sindicato foi criada uma diretoria de políticas de tecnologia da informação para promover reuniões e consultas virtuais, que apresentaram uma participação de mais de 25% dos filiados, enquanto que as consultas presenciais atingiam um máximo de 20% dos filiados. Ela também ressaltou a falta de identidade dos mais jovens com o movimento sindical, relatando já ter visto postagens de descontentamento de jovens filiados ao ATENS no Facebook.

57. Antunes, R.: *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*, ob. cit., p. 297.

V. CONCLUSÕES

A crise do sindicato e do Direito do Trabalho na era digital não pode ser negada. A proteção social está em verdadeira encruzilhada, mas, diagnósticos meramente fatalistas não bastam. É preciso buscar soluções para o sindicalismo na era digital. Se de um lado as novas tecnologias engendram cenários de trabalhos mais complexos e menos protetivos, como, por exemplo, o teletrabalho e o labor prestado nas plataformas digitais, igualmente, através das redes informacionais os espaços de deliberação política podem ser acessados pelos trabalhadores organizados, culminando em reivindicações que podem beneficiar a classe trabalhadora em contraposição a retirada de direitos atualmente verificada.

A busca pela proteção da classe trabalhadora na era do software passa pela discussão de qual é o papel que deve ser desempenhado pelos sindicatos dos trabalhadores nesse novo contexto. Precisam ser conferidos mecanismos discursivos para a classe trabalhadora. Nesse aspecto, os sindicatos sempre desempenharam um contrapoder a precarização e superexploração capitalista e assim devem continuar sendo. Mas, para isso, é preciso que o sindicato se articule em rede, utilize os espaços informacionais e faça com que as bases voltem a se reconhecer nos espaços de deliberação coletiva. Esse novo sindicalismo tem a ver com uma era digital mais democrática, que aqui ousamos chamar de “e-sindicalismo”. Ou seja, um movimento sindical de reconhecimento e proteção social, voltado para o campo das novas tecnologias, sem perder de vista a importância da valorização das subjetividades e das pessoas que trabalham como um todo.

Bibliografia

- Almeida, C.: “Redução e Expansão do Direito do Trabalho: por um direito do trabalho de segunda geração”, em AA.VV.: *Direito Material e Processual do Trabalho: III Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2016.
- Antunes, R.: *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*, Editora Boitempo, São Paulo, 2018.
- Bauman, Z.: *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2001.
- Beck, U.: *Sociedade de risco - Rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011.
- Chaves, D.; Ferreira, C.; Dantas, M.: “Reconhecimento e Trabalho: a aplicação da teoria de Axel Honneth no âmbito laboral”, in Diniz, F. P.; Pereira, H. V. (org.): *Estudos Contemporâneos em Direito Público e Privado (vol. 1)*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2015.
- Consentino, C.: *Direito do Trabalho, Tecnologias da Informação e da Comunicação: impactos nas relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho*, RTM, Belo Horizonte, 2018.
- Dardot, P; Laval, C.: *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, Boitempo, São Paulo, 2016.
- Honneth, A.: *A Luta Por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*, Editora 34, São Paulo, 2003.
- Honneth, A.: *O Direito da Liberdade*, Martins Fontes, São Paulo, 2015.
- Honneth, A.: “Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição”, *Civitas - Revista De Ciências Sociais*, vol. 8, num. 1, 2008.


- Honneth, A.; Fraser, N.: *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*, Morata, Madrid, 2006.
- Oliveira, M.: "O direito sindical como esfera do reconhecimento", *Cadernos de Direito*, Vol. 18, num. 34, 2018.
- Teodoro, M.: *O princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*, Ltr, São Paulo, 2018.
- Teodoro, M.: "Por um Direito do Trabalho Repersonalizado", em AA.VV.: *Direito Material e Processual do Trabalho: III Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2016.



Commercio internazionale e tutela dei diritti dei lavoratori: alla ricerca di una globalizzazione sostenibile

INTERNATIONAL TRADE AND PROTECTION OF WORKERS' RIGHTS: IN PURSUIT OF A SUSTAINABLE GLOBALIZATION

Maria Rosaria Mauro

Professoressa di diritto internazionale
Università degli Studi del Molise (Italia)
mauro@unimol.it  0000-0002-7171-7864

Recibido: 25.10.2021. Aceptado: 22.11.2021

RIASSUNTO

La liberalizzazione del commercio internazionale può promuovere la crescita economica e le opportunità di lavoro sia nei Paesi in via di sviluppo sia nelle economie industrializzate. Peraltro, non tutti gli Stati hanno beneficiato in uguale misura di tale liberalizzazione e, in generale, della globalizzazione delle relazioni economiche internazionali. Di conseguenza, questi fenomeni e gli accordi commerciali di stampo liberista che li hanno favoriti continuano a essere oggetto di un acceso dibattito. In tale contesto, uno degli aspetti più controversi è la mancanza di una protezione adeguata dei diritti dei lavoratori nell'ambito dei suddetti accordi. Partendo dall'attuale mancanza di regole specifiche nel quadro giuridico multilaterale degli scambi, l'autore analizza le cosiddette "clausole sociali" contenute negli accordi di libero scambio bilaterali e regionali di nuova generazione, con particolare riferimento ai trattati conclusi dall'Unione europea (UE). Dall'analisi emerge che tali clausole non garantiscono ancora una sufficiente protezione ai lavoratori e che, pertanto, esse andrebbero modificate.

ABSTRACT

The liberalization of international trade can foster economic growth and employment opportunities both in developing countries and in advanced economies. However, States have not all benefited equally from trade liberalization and, in general, from international economic relations globalization. As a consequence, these phenomena and the liberalist trade agreements that have favoured them continue to be highly disputed. In this context, one of the most debated aspects is the lack of an adequate protection of workers' rights under these agreements. Departing from the current lack of specific rules in the multilateral trade legal framework, the author analyzes the so-called "social clauses" included in the new generation

PAROLE CHIAVE

Clausole sociali
Commercio internazionale
OMC
OIL
Accordi di libero scambio
di nuova generazione

KEYWORDS

Social clauses
International trade
WTO
ILO
FTAs

bilateral and regional free trade agreements (FTAs), with a special focus on the European Union (EU) FTAs. From this analysis emerges that these clauses do not still guarantee a sufficient protection to workers and therefore they should be modified.

SOMMARIO

- I. LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEL COMMERCIO INTERNAZIONALE: IL CONTESTO GIURIDICO MULTILATERALE
 - II. STRUMENTI ALTERNATIVI DI TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NELLE RELAZIONI ECONOMICHE INTERNAZIONALI: GLI ACCORDI DI LIBERO SCAMBIO BILATERALI E REGIONALI
 - III. LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEL COMMERCIO INTERNAZIONALE NELLA PRASSI DELL'UE: IL SISTEMA DI PREFERENZE GENERALIZZATE
 - IV. *SEGUE*. LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEGLI ACCORDI DI LIBERO SCAMBIO CONCLUSI DALL'UE
 - V. L'ACCORDO GLOBALE SUGLI INVESTIMENTI TRA L'UE E LA CINA
 - VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE
- Bibliografia

I. LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEL COMMERCIO INTERNAZIONALE: IL CONTESTO GIURIDICO MULTILATERALE

Numerosi studi hanno dimostrato che la liberalizzazione del commercio internazionale può favorire la crescita economica e le opportunità di impiego sia nei Paesi in via di sviluppo sia nelle economie avanzate¹. Tuttavia, è evidente che gli Stati della comunità internazionale non hanno beneficiato tutti in egual misura della liberalizzazione degli scambi commerciali e, in generale, della globalizzazione delle relazioni economiche internazionali, perciò, tali fenomeni e gli accordi commerciali di impostazione liberista che li hanno favoriti continuano a essere oggetto di una forte contestazione². In tale contesto, uno degli aspetti maggiormente dibattuti è la mancanza di una tutela adeguata dei diritti dei lavoratori nell'ambito di tali accordi come anche nei trattati sugli investimenti³.

La questione della protezione dei diritti dei lavoratori nel commercio internazionale si è posta, in realtà, molto tempo prima dell'affermarsi del regime internazionale

1. Cfr. al riguardo, ILO: *Handbook on Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, Geneva, 2017, p. 1.

2. V. al riguardo Lamp, N.: "How Should We Think About the Winners and Losers from Globalization? Three Narratives and Their Implications for the Redesign of International Economic Agreements", *European Journal of International Law*, 2019, pp. 1359-1397.

3. La bibliografia su tali temi è particolarmente ampia, si vedano tra gli altri: Irish, M. (ed.): *The Auto Pact: Investment, Labour and the WTO*, Kluwer Law International, The Hague, 2004; Daugareilh, I. (sous la dir. de), *Mondialisation, travail, et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005; Howse, R.; Langille, B.; Burda, J.: "The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog", in Leary, V. A; Warner, D. (eds.): *Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 157-231; MacCrudden, C.; Davies, A.: "International Trade Law and Labour Rights", in Gehring, M. W.; Cordonier Segger, M. - C. (eds.): *Sustainable Development in World Trade Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 107-127; Kahn, P.: "Investissements

multilaterale degli scambi. Infatti, già a partire dalla fine dell'800, gli Stati hanno iniziato a includere, sia nelle legislazioni nazionali sia negli accordi internazionali, clausole volte a vietare l'importazione di schiavi e di merci prodotte grazie al lavoro dei detenuti⁴.

Nel Patto della Società delle Nazioni del 1919, poi, gli Stati membri si impegnavano "to secure and maintain fair and humane conditions of labour for men, women, and children, both in their own countries and in all countries to which their commercial and industrial relations extend", affermando che "for that purpose will establish and maintain the necessary international organisations"⁵.

Successivamente, nella Carta de L'Avana del 1948, che avrebbe dovuto istituire l'*International Trade Organization* (ITO)⁶, gli Stati riconoscevano che, in materia di lavoro, occorreva tenere conto dei diritti già sanciti in dichiarazioni e accordi internazionali; ribadivano l'interesse comune ad adottare norme adeguate relative alle condizioni di lavoro e alla retribuzione; e, soprattutto, dichiaravano espressamente che l'esistenza di condizioni inique, specie nei settori di produzione destinati all'esportazione, creava difficoltà agli scambi internazionali e, pertanto, si impegnavano ad adottare misure per eliminare tali condizioni nel proprio territorio⁷. Inoltre, già nella Carta veniva riconosciuto il ruolo fondamentale dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) in tale campo⁸. Peraltro, la Carta non entrò mai in vigore, non essendo stato raggiunto il numero di ratifiche necessarie a tal fine.

internationaux et droits de l'homme", in Horchani, F. (sous la direction de): *Où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre. Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Éditions A. Pedone, Paris, 2007, pp. 95-109; Kaufmann, C.: *Globalisation and Labour Rights: the Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2007; Liberti, L.: "Investissements et droits de l'homme", in Kahn, P.; Walde, T. (eds.): *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 791-852; Leben, C.: "L'activité des entreprises dans une économie mondialisée et le droit international public", in Boschiero, N.; Luzzatto, R. (a cura di): *I Rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno SIDI, Milano, 8-9 giugno 2007), Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 59-86; Joseph, S.; Kinley, D.; Waincymer, J. (eds.): *The World Trade Organization and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009; Marceau, G.: "Trade and Labour", in Bethlehem, D.; McRae, D.; Neufeld, R.; Van Damme, I. (eds.): *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 539-570; Footer, M. E.: "BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment", *Journal of International Law and Practice*, 2010, pp. 33-64; Cordonier Segger, M. - C.; Gehring, M. W.; Newcombe, A. (eds.): *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011; Mauro, M. R.: "Labour Standards, commercio internazionale e investimenti stranieri: la tutela di interessi (in)compatibili nel diritto internazionale", in Deli, M. B.; Mauro, M. R.; Pernazza, F.; Traisci, F. P. (a cura di): *Impresa e diritti fondamentali in una prospettiva transnazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 217-256; Harrison, J.: "The Labour Rights Agenda in Free Trade Agreements", *Journal of World Investment & Trade*, 2019, pp. 705-725; Di Lollo, M.: "L'applicazione delle clausole sociali negli accordi di libero scambio alla luce della recente prassi arbitrale", *La Comunità Internazionale*, n. 3, 2019, pp. 475-502; ILO: *Labour Provisions in G7 Trade Agreements: a Comparative Perspective*, Geneva, 2019; Tyc, A.: *Global Trade, Labour Rights and International Law. A Multilevel Approach*, Routledge, London, 2021.

4. V. al riguardo Charnovitz, S.: "The Influence of International Labour Standards on the World Trading Regime. A Historical Overview", *International Labour Review*, n. 126, 1987, p. 569.

5. Cfr. l'art. 23, lett. a). Il Patto fu firmato il 28 giugno del 1919 come parte I del Trattato di Versailles.

6. La Carta era il risultato della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e l'occupazione, che ebbe luogo a L'Avana tra il 21 novembre 1947 e il 26 marzo 1948.

7. Cfr. l'art. 7, par. 1, della Carta.

8. Infatti, secondo l'art. 7, par. 2, "Members which are also members of the International Labour Organisation shall cooperate with that organization in giving effect to this undertaking". Nel par. 3 dello stesso articolo, poi, si affermava: "In all matters relating to labour standards that may be referred to the Organization in accordance with the provisions of Articles 94 or 95, it shall consult and co-operate with the International Labour Organisation". L'OIL è l'agenzia specializzata delle

Invece, proprio nel trattato commerciale multilaterale che, di fatto, sostituì la Carta de L'Avana, l'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (*General Agreement on Trade and Tariffs* - GATT) del 1947⁹, venne inserito un importante riferimento al tema del lavoro. Infatti, l'art. XX, lett. e), GATT includeva, tra le "eccezioni generali" al regime di liberalizzazione previsto dall'Accordo, il diritto delle parti contraenti di adottare o applicare misure relative ai prodotti fabbricati nelle prigioni. Una disposizione identica è prevista, attualmente, anche dall'analogo articolo contenuto nel c.d. "GATT 1994"¹⁰.

Inoltre, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, Stati Uniti e Paesi europei hanno promosso con vigore l'introduzione della c.d. "clausola sociale"¹¹, prima nel GATT e poi nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Grazie a tale clausola, tutti i Membri avrebbero dovuto adottare e rispettare standard minimi di tutela dei lavoratori e, allo stesso tempo, avrebbero potuto decidere ritorsioni commerciali –nella forma di restrizioni quantitative all'importazione o di revoca di vantaggi commerciali precedentemente accordati– nei confronti dello Stato che avesse violato un tale obbligo. Peraltro, tale proposta incontrò da subito l'opposizione dei Paesi in via di sviluppo, secondo i quali l'imposizione di obblighi di questo tipo avrebbe avuto un'incidenza negativa sulla loro competitività nei mercati internazionali. Tali Stati, infatti, hanno tradizionalmente considerato la clausola sociale come una misura protezionistica volta a ostacolare le loro esportazioni, costituite essenzialmente da beni *labour intensive* prodotti a basso costo. Pertanto, l'Accordo istitutivo dell'OMC del 1994 si limita ad affermare che "*relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living (and) ensuring full employment ...*"¹².

I tentativi di inserire tutele specifiche per i lavoratori nel quadro giuridico multilaterale dell'OMC non hanno, finora, avuto successo. L'impossibilità di trovare un accordo tra i diversi Membri su tale delicata questione è apparsa evidente già in occasione

Nazioni Unite sui temi del lavoro e della politica sociale, istituita nel 1919 con il Trattato di Versailles. Dopo il periodo di grave crisi internazionale legato alla seconda guerra mondiale, i Membri dell'Organizzazione hanno ribadito i loro obiettivi, alla base dell'istituzione dell'OIL, nella *Declaration Concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organisation* ("Dichiarazione di Filadelfia"), adottata il 10 maggio 1944 dalla Conferenza internazionale del lavoro, nella quale viene potenziato il mandato sociale dell'Organizzazione.

9. Il GATT è stato firmato, a Ginevra, il 30 ottobre 1947.

10. Il "GATT 1994" ha incorporato l'originario Accordo generale sulle tariffe e il commercio (ora denominato "GATT 1947"), le disposizioni degli atti giuridici entrati in vigore nel contesto del GATT 1947 prima della data di entrata in vigore dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio (ovvero i protocolli e le certificazioni sulle concessioni tariffarie; i protocolli di adesione; e le decisioni delle PARTI CONTRAENTI), le intese interpretative e il Protocollo di Marrakech del GATT 1994 concluso durante l'*Uruguay Round*. Le intese interpretative si riferiscono a norme specifiche del GATT 1994 e sono volte a chiarirne l'ambito di applicazione e il contenuto. Il Protocollo di Marrakech, invece, contiene gli elenchi delle concessioni e le modalità della loro applicazione.

11. Con l'espressione "clausola sociale" o "*trade-labour conditionality*" si allude, in senso stretto, al rispetto dei diritti dei lavoratori considerati essenziali, in quanto espressione propria dei diritti fondamentali dell'uomo, che rappresentano la precondizione per l'esercizio di tutti gli altri diritti dei lavoratori, la base da cui partire per il miglioramento delle condizioni di lavoro individuali e collettive. Si veda al riguardo Blengino, C.: "La dimensione sociale del commercio internazionale", in Porro, G.: *Studi di diritto internazionale dell'economia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 272. Tuttavia, in un'accezione più ampia, con tale espressione si allude, in via generale, alle clausole in materia di lavoro e tutele sociali presenti negli accordi commerciali ed economici internazionali. Tale seconda accezione verrà accolta nel presente contributo.

12. Cfr. il Preambolo.

della Conferenza ministeriale dell'OMC di Singapore, che ha avuto luogo nel 1996¹³. In quell'occasione, infatti, i Paesi in via di sviluppo si sono espressamente opposti all'inclusione di norme relative alle questioni legate al lavoro nel diritto OMC, riconoscendo come unica organizzazione internazionale competente in materia l'OIL. Nella Dichiarazione adottata al termine della Conferenza ministeriale, si ribadiva l'impegno all'osservanza dei *core labour standards* internazionalmente riconosciuti e si confermava il ruolo dell'OIL in tale ambito; si affermava, inoltre, che la crescita economica e lo sviluppo favoriti dalla liberalizzazione del commercio internazionale avrebbero contribuito alla promozione di tali standard; si respingeva, infine, l'utilizzo dei *labour standards* per ragioni protezionistiche, affermando che non doveva in alcun modo essere messo in discussione il vantaggio comparato dei Paesi, in particolare quelli in via di sviluppo in cui i salari risultavano essere bassi¹⁴. Certamente, l'orientamento dei Paesi in via di sviluppo è stato favorito anche dal loro timore di essere chiamati a rispondere, nell'ambito del sistema di soluzione delle controversie OMC, del mancato rispetto di eventuali clausole in materia dei diritti dei lavoratori contenute negli accordi commerciali multilaterali. Tale sistema, infatti, si è dimostrato particolarmente efficace al fine di garantire la corretta applicazione degli Accordi OMC. Al summit di Singapore, inoltre, l'Unione europea (UE) ha proposto l'istituzione di un gruppo di lavoro OMC sul tema commercio-lavoro e successivamente, durante le Conferenze Seattle del 1999¹⁵ e di Doha del 2001¹⁶, tale Organizzazione ha richiesto anche la creazione di un foro permanente OMC-OIL.

Peraltro, proprio il tema della necessaria tutela dei diritti dei lavoratori nel contesto delle relazioni commerciali internazionali è stato uno dei fattori del fallimento della Conferenza ministeriale dell'OMC di Seattle. In quella circostanza, l'allora Presidente statunitense Bill Clinton ha dichiarato che il gruppo di lavoro proposto, istituito per esaminare le questioni del rapporto tra commercio e lavoro, avrebbe dovuto definire una serie di *core labour standards* da incorporare in tutti gli Accordi OMC. Ciò, però, ha incontrato nuovamente l'opposizione decisa dei Paesi in via di sviluppo¹⁷.

Successivamente, in occasione della Conferenza ministeriale dell'OMC di Doha, i Membri dell'Organizzazione hanno riaffermato ancora e in modo definitivo che la competenza a trattare gli aspetti sociali e individuare standard in materia di lavoro spettava unicamente all'OIL¹⁸. Dopo tale Conferenza non vi sono stati più tentativi significativi

13. La I Conferenza ministeriale dell'OMC ha avuto luogo a Singapore tra il 9 e il 13 dicembre 1996.

14. Cfr. il par. 4 della Dichiarazione adottata il 13 dicembre 1996, secondo cui: "*We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration*".

15. La III Conferenza ministeriale dell'OMC ha avuto luogo, a Seattle, dal 30 novembre al 3 dicembre 1999.

16. La IV Conferenza ministeriale dell'OMC ha avuto luogo, a Doha, dal 9 al 14 novembre 2001.

17. V. Panagaryia, A.: "Trade-Labour Link: a Post-Seattle Analysis", in Drabek, Z. (ed.): *Globalisation Under Threat: the Stability of Trade Policy and Multilateral Agreements*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, pp. 101-123.

18. Cfr. al riguardo Addo, K.: "The Correlation between Labour Standards and International Trade - Which Way Forward?", *Journal of World Trade*, 2002, pp. 285-303.

volti a promuovere l'inserimento di norme in materia di lavoro negli accordi commerciali multilaterali e tale tema è stato definitivamente messo da parte all'interno dell'OMC.

Dall'inizio degli anni 2000, quindi, è divenuto evidente che l'incorporazione delle tematiche collegate ai diritti dei lavoratori nel sistema multilaterale degli scambi non aveva alcuna possibilità di successo; si è andata affermando l'idea, inoltre, che l'OIL è l'unica organizzazione internazionale competente ad affrontare la questione della dimensione sociale della globalizzazione, essendo altresì la maggior parte degli Stati membri dell'OMC anche parte contraente delle Convenzioni OIL.

A livello multilaterale, pertanto, la questione della tutela dei diritti dei lavoratori nell'ambito del commercio internazionale è, attualmente, rimessa principalmente all'OIL.

Tale Organizzazione, in accordo con il mandato previsto nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944, è responsabile per la revisione delle politiche e delle misure economiche e finanziarie nazionali e internazionali alla luce dell'obiettivo fondamentale della giustizia sociale¹⁹. L'OIL ha confermato il proprio ruolo, riguardo alla questione della relazione tra commercio internazionale e tutela dei diritti dei lavoratori, nella Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008²⁰, dove si afferma anche che, su richiesta, l'Organizzazione può fornire assistenza ai Membri che desiderano promuovere gli obiettivi strategici dell'occupazione, della protezione sociale, del dialogo sociale e dei diritti nel lavoro in maniera congiunta tramite accordi bilaterali e multilaterali, nei limiti della compatibilità di tali accordi con gli obblighi dell'OIL²¹. In tale Dichiarazione inoltre, analogamente a quanto già affermato dieci anni prima nella Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro²², gli Stati membri ribadiscono il loro impegno a promuovere standard internazionali in materia di lavoro nel contesto del commercio internazionale, sostenendo che tali standard non dovrebbero essere utilizzati per scopi commerciali protezionistici e che la violazione di principi e diritti fondamentali nel lavoro non può essere invocata o utilizzata come un vantaggio comparato legittimo²³. Tali concetti sono stati riaffermati nelle risoluzioni e conclusioni del Comitato sul lavoro dignitoso nelle catene di approvvigionamento mondiali, adottate alla 105° sessione della Conferenza internazionale del lavoro nel 2016, in cui si raccomanda ai governi di *"consider to include fundamental principles and rights at work in trade agreements, taking into account that the violation of fundamental principles and rights at work cannot be invoked or otherwise used as a legitimate comparative advantage and that labour standards should not be used for protectionist trade purposes"*²⁴.

19. Cfr. la Dichiarazione di Filadelfia, in particolare l'art. II.

20. La Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta è stata adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro in occasione della sua novantasettesima sessione, a Ginevra, il 10 giugno 2008.

21. Cfr. la sez. II, lett. A), par. IV, della Dichiarazione.

22. Cfr. il par. 5 della Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro in occasione della sua ottantaseiesima sessione, a Ginevra, il 18 giugno 1998.

23. Cfr. la sez. I, lett. A), par. IV, della Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta.

24. Cfr. il par. 16, lett. h), della risoluzione riguardante il lavoro dignitoso nelle catene di approvvigionamento mondiali del 10 giugno 2016. V. al riguardo ILO, *Handbook on Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., p. 23.

L'OIL sta, infine, promuovendo il concetto di "lavoro dignitoso" in riferimento al commercio e agli investimenti internazionali come parte dell'attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile²⁵, contribuendo alla progettazione e all'attuazione delle disposizioni in materia di lavoro contenute negli accordi commerciali internazionali, nonché alla conoscenza del possibile impatto di tali clausole.

L'attività dell'OIL si inserisce in un contesto ampio di iniziative internazionali destinate a chiarire la relazione tra il commercio e le strategie volte a promuovere il lavoro dignitoso. Tra queste iniziative vi è, ad esempio, il Programma di lavoro Maafikiano di Nairobi, che è stato adottato dalla Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (*United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD*) nella sua 14° sessione, nel 2016. In tale documento si afferma che il commercio è un mezzo per sostenere gli Obiettivi dello sviluppo sostenibile e che *"regional integration can be an important catalyst to reduce trade barriers, implement policy reforms, decrease trade costs, and increase developing country participation in regional and global value chains ... These agreements [bilateral and regional trade agreements] should be consistent with, and should contribute toward a stronger multilateral trading system"*²⁶.

II. STRUMENTI ALTERNATIVI DI TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NELLE RELAZIONI ECONOMICHE INTERNAZIONALI: GLI ACCORDI DI LIBERO SCAMBIO BILATERALI E REGIONALI

Il fallimento delle iniziative volte alla tutela dei diritti dei lavoratori in ambito GATT e poi OMC ha determinato il ricorso da parte degli Stati a strumenti alternativi per salvaguardare tali diritti nel quadro delle relazioni economico-commerciali internazionali. Infatti, gli Stati hanno iniziato a promuovere la protezione dei diritti dei lavoratori attraverso la conclusione di trattati commerciali bilaterali e regionali con specifiche clausole in materia e/o mediante l'istituzione di sistemi unilaterali di preferenze commerciali generalizzate.

In assenza di clausole apposite negli accordi commerciali multilaterali, gli Stati hanno optato, sempre più spesso, per l'inclusione di norme relative ai diritti dei lavoratori nell'ambito di trattati commerciali e di investimento bilaterali e regionali. Si tratta, in

25. L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile è il programma d'azione approvato, nel settembre 2015, dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite (cfr. la risoluzione adottata dall'Assemblea generale il 25 settembre 2015 *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, A/RES/70/1). Tale Agenda include 17 "Obiettivi per lo sviluppo sostenibile" (*Sustainable Development Goals - SDGs*), che gli Stati si sono impegnati a raggiungere entro il 2030. In particolare, l'obiettivo 8 ("Incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per tutti") dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, dedicato al lavoro dignitoso e alla crescita economica, è volto a promuovere una crescita economica inclusiva e sostenibile, l'impiego e il lavoro dignitoso per tutti. Inoltre, l'obiettivo 17 ("Rafforzare i mezzi di attuazione e rinnovare il partenariato mondiale per lo sviluppo sostenibile") invita a una liberalizzazione commerciale significativa e durevole attraverso un sistema commerciale multilaterale basato su regole eque.

26. Cfr. UNCTAD, *Nairobi Maafikiano - From Decision to Action: Moving Towards an Inclusive and Equitable Global Economic Environment for Trade and Development*, 2016, TD/519/Add.2, par. 29.

genere, dei cosiddetti accordi di libero scambio (*Free Trade Agreements* - FTAs) di nuova generazione, trattati che disciplinano, in primo luogo, gli aspetti legati al commercio internazionale, alla cui liberalizzazione sono finalizzati, ma che contemporaneamente regolano altre materie di carattere economico, come gli investimenti, i servizi, la proprietà intellettuale, gli standard tecnici, la concorrenza, nonché temi di natura non economica, quali i diritti umani e l'ambiente.

L'esigenza di prevedere disposizioni vincolanti in materia di lavoro nell'ambito di un accordo commerciale di natura regionale si è posta, per la prima volta, all'epoca della negoziazione dell'Accordo di libero scambio nordamericano (*North American Free Trade Agreement* - NAFTA) tra Canada, Messico e Stati Uniti²⁷. Originariamente, il testo del NAFTA non includeva norme in materia di lavoro. Ciò suscitò non poche preoccupazioni, infatti, sebbene vi fosse un consenso ampio nei tre Stati contraenti nei confronti dell'Accordo, vi era anche il timore diffuso, negli Stati Uniti e in Canada, che il nuovo regime di liberalizzazione degli scambi potesse comportare una perdita di posti di lavoro nelle industrie esposte alla concorrenza commerciale. Inoltre, si temeva che il NAFTA potesse innescare una corsa al ribasso per quanto riguardava le legislazioni in materia di lavoro. Pertanto, l'allora Presidente statunitense Clinton promosse la negoziazione di un *side agreement* dedicato, appunto, alla materia del lavoro²⁸: l'Accordo nordamericano di cooperazione sul lavoro (*North American Agreement on Labor Cooperation* - NAALC)²⁹. Il NAALC riconosceva il diritto di ogni parte di stabilire i propri *labour standards*, pur chiedendo ai tre Stati contraenti di assicurare elevati standard in materia e di applicare le proprie leggi sul lavoro³⁰. Tale Accordo non conteneva, quindi, regole in materia sociale comuni alle Parti contraenti, limitandosi a prevedere il principio del "rafforzamento della legislazione nazionale" nel settore. Peraltro, pur senza essere stabiliti standard comuni per le leggi nazionali, in un allegato al Trattato venivano indicati 11 "principi guida" sui diritti dei lavoratori che le Parti si impegnavano a promuovere compatibilmente alle rispettive leggi nazionali³¹. Per assicurare il rispetto dell'Accordo erano previste forme di consultazione, comitati di esperti indipendenti e la possibilità per ogni Stato di ricorrere a un'apposita procedura per denunciare le violazioni del Trattato da parte degli altri contraenti³². Nonostante abbia rappresentato un tentativo importante di conciliare la tutela dei diritti dei lavoratori con le esigenze di

27. Il NAFTA è stato firmato il 17 dicembre 1992 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1994. Di recente, tale Accordo è stato sostituito dallo *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA), firmato da Canada, Messico e Stati Uniti il 30 novembre 2018 ed entrato in vigore l'1 luglio 2020, che prevede, rispetto al sistema NAFTA, una maggiore protezione dei diritti dei lavoratori e dell'ambiente.

28. Invece, nei trattati commerciali successivi, le clausole in materia di lavoro sono state inserite, generalmente, in capitoli appositi contenuti all'interno dello stesso accordo commerciale.

29. L'Accordo è stato firmato il 13 settembre 1993. Congiuntamente è stato concluso anche l'Accordo nordamericano sulla cooperazione ambientale (*North American Agreement on Environmental Cooperation* - NAAEC), dedicato appunto all'ambiente.

30. Cfr. gli articoli 2 e 3 del NAALC.

31. Cfr. l'allegato 1 all'Accordo, intitolato "Principi in materia di lavoro".

32. Cfr. la parte 4 e la parte 5 dell'Accordo. Sul sistema di soluzione delle controversie previsto nel NAALC si veda Del Vecchio, A.: *International Courts and Tribunals between Globalisation and Localism*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013, pp. 84-89.

liberalizzazione del commercio internazionale, in realtà, il NAALC si basava, principalmente, su impegni di natura non vincolante e meccanismi di cooperazione e dialogo, presentando il limite di non prevedere standard internazionali in materia di tutela dei lavoratori, forse anche in quanto concluso principalmente per tutelare le esportazioni statunitensi e canadesi da un'eventuale riduzione del costo della manodopera in Messico, piuttosto che per assicurare una protezione effettiva ai lavoratori nei tre Paesi contraenti. Peraltro, il NAALC ha rappresentato un passaggio fondamentale nella *governance* globale, dal momento che il rispetto degli obblighi in materia di lavoro ha, da allora, cessato di essere rimesso in via esclusiva ai governi nazionali.

Va aggiunto che, da quel momento in poi, si è sviluppata una preoccupazione crescente da parte dei Paesi in via di sviluppo nei confronti delle clausole sociali inserite negli accordi commerciali, a causa dei possibili effetti negativi delle suddette clausole sulla loro partecipazione al commercio internazionale. Ciò nonostante, dalla conclusione del NAALC, il numero degli accordi commerciali (bilaterali e regionali) con clausole sociali è aumentato enormemente³³. Tale rete convenzionale coinvolge, ormai, Stati appartenenti a tutte le aree geografiche, con un'ampia partecipazione, in particolare, del Canada, degli Stati Uniti e dell'UE³⁴. Le clausole sociali contenute in questi trattati hanno assunto via via più importanza, venendo estesa gradualmente la loro portata. Ciò vale non solo per gli accordi conclusi tra Stati industrializzati e Paesi in via di sviluppo, ma anche per i trattati commerciali tra questi ultimi e le economie in transizione o tra Paesi in via di sviluppo *inter se* o, finanche, tra Stati industrializzati *inter se*. Le disposizioni in materia di lavoro vengono definite spesso attraverso il supporto dell'OIL.

La novità principale di tali trattati rispetto al NAALC risiede nel fatto che essi non si limitano a prevedere clausole c.d. "negative", cioè volte esclusivamente a evitare il regresso della legislazione interna, ma contengono anche obblighi positivi. In genere, infatti, le parti contraenti si impegnano pure ad adottare e mantenere un determinato livello di protezione sociale, corrispondente all'attuazione dei *core labour standards*³⁵. Il rispetto di tale impegno è garantito da meccanismi di esecuzione appositamente previsti e dalla possibilità di ricorrere a sanzioni commerciali.

Le clausole sociali possono essere inserite in parti diverse del trattato commerciale. Gli Stati Uniti e il Canada, ad esempio, usano *side agreements* o capitoli appositi dedicati al lavoro. Mentre l'UE, ormai da qualche anno, include nei suoi FTAs un capo (o "capitolo") su "Commercio e sviluppo sostenibile", in cui sono trattate anche

33. Mentre, nel 1995, vi erano solo tre accordi commerciali con clausole concernenti gli aspetti in materia di lavoro, nel 2016 tali trattati erano ben 77 (v. al riguardo ILO: *Handbook on Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Agreements*, cit., p. 11). Nel 2019, tale numero è salito a 86 trattati (v. Grasselli, G.; Suda, J.; Thomas, A. L.: *Social Clauses in Trade Agreements: Implications and Action Points for the Private Sector in Developing Countries*, Graduate Institute of International and Development Studies, Centre for Trade and Economic Integration, Geneva, 20 gennaio 2021, consultabile nel sito <https://repository.graduateinstitute.ch/record/298883>).

34. Fino al 2016, ben 136 Stati hanno concluso almeno un accordo commerciale con norme in materia di lavoro (v. ILO: *Handbook on Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Agreements*, cit., p. 13).

35. Cfr. ad esempio gli accordi firmati dagli Stati Uniti con la Giordania il 24 ottobre 2000, con il Perù il 12 aprile 2006, con la Repubblica di Corea il 30 giugno 2007.

le questioni connesse all'ambiente. La collocazione delle norme ha una certa rilevanza, poiché può incidere sia sulla loro natura giuridica sia sulla possibilità di applicare a esse gli ordinari meccanismi di risoluzione delle controversie previsti nell'ambito dell'accordo commerciale.

Negli accordi commerciali, di solito, le parti fanno riferimento agli standard concernenti i rapporti, i termini o le condizioni di lavoro; ai meccanismi per monitorare o promuovere il rispetto degli standard di lavoro indicati; e/o a strumenti di cooperazione.

In particolare, le clausole sociali presenti negli FTAs possono contenere: disposizioni collegate a principi, standard e regole; disposizioni volte a favorire il monitoraggio e l'attuazione degli impegni assunti; disposizioni per promuovere la cooperazione tra le parti; disposizioni sui meccanismi per la soluzione delle controversie; disposizioni sulla possibilità di adottare sanzioni. Talvolta, nei trattati vi sono anche disposizioni relative ad aspetti particolari come, ad esempio, la protezione dei lavoratori migranti³⁶.

Per quanto riguarda le clausole contenenti gli obblighi in materia di lavoro, le parti contraenti tutelano i diritti dei lavoratori in due principali modi: impegnandosi a sostenere e ratificare i principi fondamentali dell'OIL e i relativi diritti; impegnandosi ad applicare le legislazioni nazionali di attuazione riguardanti i diritti dei lavoratori senza derogarvi³⁷.

Dalla fine del primo decennio degli anni 2000, è divenuta una prassi abituale per gli Stati richiamare espressamente nei loro accordi commerciali la Dichiarazione OIL del 1998 sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro³⁸. In tale Dichiarazione si afferma che tutti i Membri dell'OIL hanno l'obbligo di rispettare, promuovere e realizzare in buona fede e conformemente alla Costituzione dell'OIL i principi concernenti i diritti fondamentali previsti dalle 8 "Convenzioni fondamentali" dell'Organizzazione, anche qualora non abbiano ratificato tali Convenzioni, per la loro mera appartenenza all'Organizzazione³⁹. In particolare, la Dichiarazione individua quattro principi e diritti associati⁴⁰ ("principi e diritti fondamentali dell'OIL" o *core labour standards*) considerati fondamentali per la giustizia sociale, che sono: la libertà di associazione e il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva⁴¹; l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato od

36. Disposizioni di questo tipo si trovano, ad esempio, negli accordi conclusi dal Canada, ma anche in quelli dell'UE.

37. Cfr. ad esempio l'art. 23.3, par. 2, dello USMCA, in virtù del quale le Parti sono tenute ad adottare e mantenere leggi "governing acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health".

38. Prima dell'adozione della Dichiarazione OIL del 1998, si è tentato di chiarire quali diritti del lavoratore dovessero essere considerati fondamentali in occasione del Vertice mondiale per lo sviluppo sociale di Copenaghen (6-12 marzo 1995), nell'ambito del quale si è discusso sugli aspetti negativi della globalizzazione economica. In tale contesto, sono stati riconosciuti come diritti fondamentali dei lavoratori: il divieto di lavoro forzato e di lavoro minorile; la libertà di associazione e il diritto di organizzarsi e di contrattazione collettiva; il diritto a un'uguale remunerazione tra uomini e donne per un uguale lavoro; la non discriminazione sul lavoro. Cfr. il par. 54, lett. b), del Programma di azione del Vertice mondiale per lo sviluppo sociale, secondo il quale: «Governments should enhance the quality of work and employment by ... (b) Safeguarding and promoting respect for basic workers' rights, including the prohibition of forced labour and child labour, freedom of association and the right to organize and bargain collectively, equal remuneration for men and women for work of equal value, and non-discrimination in employment, fully implementing the conventions of the International Labour Organization (ILO) in the case of States parties to those conventions, and taking into account the principles embodied in those conventions in the case of those countries that are not States parties to thus achieve truly sustained economic growth and sustainable development».

39. Cfr. il par. 2 della Dichiarazione.

40. Cfr. il par. 2 della Dichiarazione.

41. Al riguardo, le Convenzioni OIL rilevanti sono: la Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto

obbligatorio⁴²; l'abolizione effettiva del lavoro minorile⁴³; e l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e occupazione⁴⁴.

Alcuni accordi più recenti, inoltre, prevedono la ratifica e l'attuazione di altri strumenti adottati nel contesto dell'OIL, come le "Convenzioni fondamentali" o altre Convenzioni classificate da tale Organizzazione come "aggiornate" (*up-to-date*) e quadri concordati a livello internazionale quale l'Agenda per il lavoro dignitoso⁴⁵.

Sempre più frequentemente sono indicati nei trattati commerciali, oltre agli standard in materia di lavoro, meccanismi volti a favorire l'attuazione delle clausole sociali, compresi quelli relativi al coinvolgimento delle parti interessate, o di cooperazione tra le parti contraenti. Tali accordi, ad esempio, possono prevedere una serie di strumenti diversi il cui scopo è facilitare il rispetto delle clausole in materia di lavoro contenute al loro interno. In primo luogo, possono essere contemplate misure di "pre-ratifica", nel senso che le parti convengono di apportare determinate modifiche giuridiche e/o istituzionali nel proprio ordinamento prima dell'entrata in vigore del trattato. A volte vengono stabilite, invece, misure successive alla ratifica, poiché le parti si impegnano a introdurre determinati cambiamenti a livello giuridico e/o istituzionale dopo l'entrata in vigore dell'accordo. Altri strumenti, finalizzati a garantire l'attuazione degli obblighi in materia di lavoro, sono la cooperazione tecnica, l'erogazione di risorse e la formazione, ma anche il monitoraggio, diretto a verificare l'adempimento degli impegni da parte degli Stati o delle imprese.

Va osservato, altresì, che diversi Paesi hanno istituito specifici meccanismi per coinvolgere le parti sociali nell'attuazione delle disposizioni in materia di lavoro presenti negli accordi commerciali. Questi meccanismi includono, ad esempio, strutture consultive permanenti e strumenti inclusivi che coinvolgono segmenti ampi della società civile. L'esperienza pregressa dimostra che il coinvolgimento delle parti sociali e della società civile è stato molto importante al fine di elaborare in modo più completo e attuare più correttamente le disposizioni in materia di lavoro contenute negli FTAs. Ad esempio, intervenendo nella fase di negoziazione, talvolta le parti interessate hanno

sindacale (n. 87), del 9 luglio 1948; e la Convenzione sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva (n. 98), del 1° luglio 1949.

42. Al riguardo, le Convenzioni OIL rilevanti sono: la Convenzione sul lavoro forzato e obbligatorio (n. 29), del 28 giugno 1930; e Convenzione sull'abolizione del lavoro forzato (n. 105), del 25 giugno 1957.

43. Al riguardo, le Convenzioni OIL rilevanti sono: la Convenzione sull'età minima (n. 138), del 26 giugno 1973; e la Convenzione relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile (n. 182), del 17 giugno 1999.

44. Al riguardo, le Convenzioni OIL rilevanti sono: la Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione fra manodopera maschile e manodopera femminile per un lavoro di valore uguale (n. 100), del 29 giugno 1951; e la Convenzione sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni (n. 111), del 28 giugno 1958.

45. Il concetto di "lavoro dignitoso" è stato proposto, nel 1999, dall'allora Direttore generale dell'OIL Juan Somavia, che presentò alla Conferenza internazionale del lavoro il Rapporto *Decent Work*. In tale documento, per la prima volta si è riconosciuto che l'obiettivo primario dell'Organizzazione è garantire che tutti gli uomini e le donne abbiano accesso a un lavoro produttivo, in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità umana. Il concetto, elaborato da governi, organizzazioni imprenditoriali e sindacati quale strumento per individuare le principali priorità dell'Organizzazione e per modernizzare il suo mandato, si basa sull'idea che il lavoro sia fonte di dignità personale, stabilità familiare, pace nella comunità, democrazia e crescita economica. La Dichiarazione dell'OIL sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008 ha, poi, introdotto formalmente il concetto di lavoro dignitoso. Tale Dichiarazione rappresenta il più importante atto di riforma dell'OIL dalla Dichiarazione di Filadelfia e lo strumento principale per la promozione di una globalizzazione giusta fondata sul lavoro dignitoso.

ottenuto un maggiore impegno da parte dei governi nell'elaborazione delle norme in materia di lavoro, come dimostra l'accordo tra l'UE e la Repubblica di Corea siglato il 15 ottobre 2009⁴⁶, in cui, proprio grazie alle richieste dei sindacati e di altri gruppi della società civile è stato inserito un capo su "Commercio e sviluppo sostenibile".

Inoltre, la presentazione di istanze pubbliche a opera delle parti interessate si è rivelata un utile mezzo per promuovere la diffusione degli standard in materia di lavoro in alcuni Paesi, come è accaduto ad esempio in America latina grazie al *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement* (il c.d. "CAFTA-DR") del 2004⁴⁷.

I trattati commerciali includono anche disposizioni volte a rafforzare la cooperazione tra le parti contraenti, che prevedono, ad esempio, seminari, fori e/o la condivisione di *best practices*.

Apposite clausole, infine, sono dedicate alla risoluzione delle controversie tra le parti contraenti e, talvolta, viene anche stabilita la possibilità di ricorrere a sanzioni. Peraltro, come è usuale nell'ambito della disciplina del commercio internazionale, tali trattati non prevedono, in caso di violazione delle norme relative alla tutela dei diritti dei lavoratori, che i soggetti colpiti –individui, parti sociali o anche imprese– possano fare valere direttamente i propri diritti ricorrendo contro le violazioni degli obblighi convenzionali. Infatti, sebbene gli accordi di libero scambio più recenti dedichino maggiore attenzione ai meccanismi per bilanciare l'aspetto della libertà economica e quello della tutela sociale, in relazione alle controversie in materia di lavoro le parti contraenti dell'accordo si impegnano esclusivamente ad assicurare alle persone interessate la possibilità di accedere ai tribunali locali per chiedere il rispetto dei *labour standards*⁴⁸.

Per quanto riguarda la soluzione delle controversie tra le parti contraenti, invece, nella maggior parte degli FTAs sono previste regole che si fondano sul dialogo e la consultazione. In genere, solo dopo che tali strumenti sono stati utilizzati, le parti possono attivare, come ultima risorsa, i meccanismi formali di soluzione delle controversie.

Mentre nella prassi dell'UE l'applicazione delle clausole sociali è rimessa, essenzialmente, alla cooperazione tra le parti e a meccanismi istituzionali *State-to-State*, altri trattati, soprattutto quelli conclusi dagli Stati Uniti e dal Canada, contemplano anche la possibilità di ricorrere a sanzioni. La sanzione può consistere, in primo luogo, nella sospensione dei benefici commerciali, ad esempio ponendo fine alle tariffe agevolate o interrompendo completamente gli scambi fino a quando non cessa la violazione. Inoltre, vi possono essere sanzioni pecuniarie, il cui importo è determinato dal *panel* istituito per risolvere la controversia tra le parti contraenti.

Un esempio recente e fondamentale di FTA di nuova generazione è rappresentato dallo USMCA del 2018. Esso include diverse novità in materia di lavoro, costituendo un possibile modello per i futuri accordi di libero scambio.

46. Tale Accordo è stato poi firmato il 6 ottobre 2010, applicato in via provvisoria dal 1° luglio 2011 ed entrato in vigore formalmente il 13 dicembre 2015.

47. I negoziati per la conclusione del *Central America Free Trade Agreement* (CAFTA) sono iniziati nel gennaio 2003 tra gli Stati Uniti e cinque Stati del Centro America (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua). La Repubblica Dominicana si è unita agli altri contraenti successivamente, con la firma del CAFTA-DR il 5 agosto 2004.

48. Cfr. ad esempio l'art. 16.3 dell'accordo tra il Marocco e gli Stati Uniti del 15 giugno 2004.

In particolare, il capitolo dedicato al lavoro dello USMCA⁴⁹ impone alle parti di adottare e mantenere i *core labour standards* dell'OIL all'interno delle loro legislazioni nazionali. Le parti sono tenute, altresì, ad assicurare nelle proprie legislazioni condizioni accettabili di lavoro rispetto ai salari minimi, alle ore di lavoro e alla sicurezza e alla salute sul lavoro. Sono vietate le importazioni di prodotti derivanti dal lavoro forzato. Vi sono, inoltre, impegni riguardanti la violenza contro i lavoratori, le protezioni per il lavoratore migrante e la discriminazione sul posto di lavoro. Per garantire il rispetto delle leggi sul lavoro, poi, devono essere intraprese una serie di azioni dalle Parti contraenti, che vanno dalla nomina e formazione di ispettori, al controllo del rispetto delle regole in materia di lavoro, all'attuazione di azioni riparatrici e all'applicazione di sanzioni. Era stato, altresì, predisposto un allegato apposito in virtù del quale il Messico avrebbe dovuto adottare e mantenere una serie di misure necessarie per garantire l'effettivo riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva come pre-condizione per l'entrata in vigore dello USMCA⁵⁰.

Infine, allo scopo di rafforzare i meccanismi di attuazione delle clausole sul lavoro, è stato introdotto in tale recente Accordo un nuovo sistema di risoluzione delle controversie, denominato "*Facility-Specific Rapid Response Labour Mechanism*"⁵¹, sulla base del quale una parte dell'accordo può agire contro singole strutture ("*Covered Facility*") in alcuni settori prioritari. In tali casi, qualora vi sia il sospetto di una violazione del diritto di libera associazione e di contrattazione collettiva dei lavoratori, vi è un'indagine a opera di un *panel* indipendente. Viene, altresì, impedito a una parte di bloccare la formazione del *panel* ed è introdotta la presunzione che il mancato rispetto dei principali impegni in materia di lavoro avvenga "*in a manner affecting trade or investment*", a meno che una parte non dimostri il contrario. Tale sistema di "risposta rapida" è un meccanismo istituzionalizzato ed esecutivo, che rende lo USMCA uno degli FTAs con maggiore tutela dei diritti dei lavoratori.

III. LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEL COMMERCIO INTERNAZIONALE NELLA PRASSI DELL'UE: IL SISTEMA DI PREFERENZE GENERALIZZATE

Da diversi anni, l'UE si sta adoperando per una maggiore tutela dei diritti dei lavoratori nel quadro delle relazioni commerciali internazionali, in particolare attraverso il suo sistema di preferenze generalizzate e mediante gli accordi di libero scambio di nuova generazione conclusi con partner appartenenti a tutte le aree del globo.

A partire dagli anni '70 del secolo scorso, numerosi Stati hanno iniziato a predisporre sistemi di preferenze generalizzate in via unilaterale, sulla base dei quali vengono ridotti, o finanche annullati, i dazi doganali sulle merci provenienti da certi Paesi, al

49. Cfr. il capitolo 23 dell'Accordo.

50. Cfr. l'allegato 23-A, intitolato "*Worker Representation in Collective Bargaining in Mexico*".

51. Cfr. l'allegato 31-A, intitolato "*United States-Mexico Facility Specific Rapid Response Labour Mechanism*".

fine di rafforzare le capacità commerciali e stimolare le esportazioni di questi ultimi⁵². Le agevolazioni tariffarie concesse hanno lo scopo di promuovere la crescita dei Paesi in via di sviluppo sul piano economico, ma sempre più anche su quello sociale e ambientale. Nell'ambito di tali sistemi, infatti, spesso il rispetto o l'inosservanza dei diritti fondamentali dei lavoratori comportano, rispettivamente, la concessione di vantaggi tariffari o l'irrogazione di sanzioni commerciali. Perciò, l'applicazione del trattamento privilegiato è subordinata al rispetto, da parte dello Stato beneficiario, di importanti convenzioni internazionali in materia di diritti umani o tutela dell'ambiente. Viene applicata, in tal modo, quella che può essere definita una «condizionalità politica».

L'UE, che è stata la prima ad attuare un sistema di preferenze generalizzate⁵³, ha iniziato a includere in esso disposizioni in materia di lavoro a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, optando inizialmente per un meccanismo sanzionatorio e prevedendo poi incentivi speciali per gli Stati che aderiscono ai *core labour standards* dell'OIL. Nel 2005, tale sistema è stato ampliato, divenendo il c.d. "Sistema SPG+", sulla base del quale sono concesse preferenze tariffarie aggiuntive a un numero limitato di Paesi che ratificano e attuano convenzioni in materia di sviluppo sostenibile e *good governance*⁵⁴. Sulla base del sistema di preferenze generalizzate, quindi, l'UE accorda tariffe doganali agevolate ai prodotti provenienti da Paesi che si impegnano a ratificare e attuare le Convenzioni dell'OIL e sospende i vantaggi commerciali per i Paesi che non rispettano i diritti fondamentali dei lavoratori⁵⁵. La concessione del regime di preferenze è subordinata dall'UE, pertanto, alla tutela dei diritti umani fondamentali e alla promozione di uno sviluppo sostenibile⁵⁶.

52. Dal momento che il regime favorevole previsto su base unilaterale e non reciproca era incompatibile con l'art. I del GATT, contenente la clausola della nazione più favorita, le PARTI CONTRAENTI dell'Accordo hanno introdotto una deroga temporanea per dieci anni al trattamento della nazione più favorita. Successivamente, il 28 novembre 1979, al termine del *Tokyo Round*, è stata adottata la *Decision of GATT Contracting Parties on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, chiamata comunemente «*enabling clause*» o clausola di abilitazione, che ha reso la deroga all'art. I del GATT a tempo indeterminato, per cui le merci dei Paesi in via di sviluppo possono continuare a beneficiare del trattamento commerciale favorevole. Tale clausola di abilitazione costituisce attualmente, in seno all'OMC, la base giuridica del sistema di preferenze generalizzate anche degli accordi regionali fra i Paesi in via di sviluppo.

53. Cfr. il regolamento (CEE) n. 1314/71 del Consiglio, che attua un sistema di preferenze generalizzate in favore dei Paesi in via di sviluppo per taluni prodotti dei capitoli 1 — 24 della tariffa doganale comune, del 21 giugno 1971. Il trattamento preferenziale accordato ai Paesi in via di sviluppo è stato applicato dalla Comunità economica europea (CEE) a partire dal 1° luglio 1971.

54. Si tratta del regime di incentivazione con tariffe ancora più basse per i Paesi che ratificano e attuano 27 convenzioni internazionali specifiche ("convenzioni pertinenti") relative ai diritti umani e del lavoro, all'ambiente e alla *good governance*. Cfr. il regolamento (CE) n. 980/2005 del Consiglio, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate, del 27 giugno 2005. V. al riguardo Orbie, J.; Tortell, L.: "The New GSP+ Beneficiaries: Ticking the Box or Truly Consistent with ILO Findings?", *European Foreign Affairs Review*, 2009, pp. 663-681; e Richardson, B.; Harrison, J.; Campling, L.: *Labour Rights in Export Processing Zones with a Focus on GSP+ Beneficiary Countries*, 9 giugno 2017 (paper richiesto dalla sottocommissione per i diritti umani del Parlamento europeo).

55. Con il regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, del 25 ottobre 2012, in vigore dal 1° gennaio 2014, l'UE si è dotata di un nuovo sistema di preferenze generalizzate per il periodo 2014-2023. Secondo quanto stabilito, l'UE può sospendere temporaneamente le tariffe agevolate in una serie di ipotesi, ad esempio nel caso di violazioni gravi e sistematiche dei principi contenuti nelle "convenzioni pertinenti" (art. 19, par. 1, lett. a).

56. Si veda su tale argomento Salomone, R.: "Preferenze tariffarie generalizzate e *core labour standards*", *Lavoro e diritto*, 2011, pp. 105-118. Sul ruolo dell'UE nella promozione della dimensione sociale della globalizzazione cfr. anche

IV. *SEGUE*. LA TUTELA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI NEGLI ACCORDI DI LIBERO SCAMBIO CONCLUSI DALL'UE

Un altro strumento utilizzato dall'UE per la promozione dei diritti dei lavoratori nel commercio internazionale sono gli FTAs di nuova generazione, che l'Organizzazione conclude nell'ambito della sua competenza esclusiva in materia di politica commerciale. Tale competenza è disciplinata dall'art. 207 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la cui portata è stata estesa nel corso degli anni, consentendo all'Unione di adattarsi ai cambiamenti nelle relazioni economico-commerciali e, soprattutto, di seguire le novità gradualmente introdotte nel regime multilaterale degli scambi. A seguito delle modifiche apportate dai Trattati di Amsterdam del 17 giugno 1997, Nizza del 26 febbraio 2001 e, da ultimo, Lisbona del 13 dicembre 2007, l'oggetto della politica commerciale dell'UE è stato progressivamente ampliato, venendo inclusi nel tempo i servizi, gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e, infine, gli investimenti esteri diretti⁵⁷.

Gli FTAs conclusi dall'UE includono, in genere, norme volte a salvaguardare i cosiddetti "*non-economic values*" ovvero aspetti di natura non economica, apparentemente al di fuori dell'ambito di applicazione specifica del trattato negoziato, ma la cui rilevanza è stata ritenuta dall'UE così fondamentale da richiedere sempre più una tutela di certe materie anche nell'ambito di accordi commerciali⁵⁸. Si tratta, in particolare, delle clausole relative ai diritti umani, tra cui quelli sociali, e all'ambiente.

Per la prima volta, l'UE ha voluto includere un riferimento ai *core labour standards* dell'OIL nell'accordo di libero scambio con il Sudafrica, firmato nel 1999⁵⁹. Subito dopo, un ulteriore fondamentale rinvio alle norme in materia di diritti dei lavoratori è stato inserito nell'Accordo di Cotonou del 2000, concluso dall'UE con i Paesi ACP (dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico)⁶⁰. Da allora, clausole di questo tipo sono divenute una costante negli FTAs dell'UE.

Dall'accordo di libero scambio con la Repubblica di Corea del 2010, l'UE ha poi iniziato a inserire le norme in materia di lavoro, insieme a quelle relative all'ambiente, in un capo apposito del trattato, intitolato "Commercio e sviluppo sostenibile"⁶¹. Secondo l'UE,

Orbie, J.; Babarinde, O.: "The Social Dimension of Globalization and EU Development Policy: Promoting Core Labour Standards and Corporate Social Responsibility", *Journal of European Integration*, n. 3, 2008, pp. 459-477.

57. Secondo l'art. 207, par. 1, TFUE: «La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione».

58. V. al riguardo Van Den Putte, L.; Bossuyt, F.; Orbie, J.; De Ville, F.: "Social Norms in EU Bilateral Agreements: a Comparative Overview", *CLEER Working Papers*, 2013/4, pp. 35-48.

59. Cfr. l'art. 86 dell'accordo sugli scambi, lo sviluppo e la cooperazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da un lato, e la Repubblica sudafricana, dall'altro, dell'11 ottobre 1999.

60. Cfr. l'art. 50 dell'Accordo di Cotonou, firmato il 23 giugno 2000. A seguito dell'estinzione di tale Trattato, un nuovo accordo di partenariato è stato firmato il 15 aprile 2021.

61. L'accordo di libero scambio tra l'UE e la Repubblica di Corea richiede alle parti di adottare le convenzioni dell'OIL e di proteggere i diritti dei lavoratori internazionalmente riconosciuti, in particolare: la libertà di associazione e

tali capi rappresentano uno strumento essenziale per assicurare una politica commerciale “basata su valori”⁶².

Al di là delle differenze tra i diversi trattati, i capi in questione presenti al loro interno contengono norme simili sul piano sia materiale sia procedurale⁶³.

Per quanto riguarda, nello specifico, il tema del lavoro, tali capi richiedono alle parti di rispettare i *core labour standards* dell’OIL, attuare le protezioni del lavoro esistenti e creare meccanismi che coinvolgano la società civile nel monitoraggio del rispetto delle regole. Perciò, a livello di norme di natura sostanziale, tali accordi prevedono, in genere, impegni in relazione alle otto convenzioni fondamentali dell’OIL incluse nella Dichiarazione del 1998 sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro.

A livello istituzionale, poi, i capi in materia di “Commercio e sviluppo sostenibile” contemplano, normalmente, la creazione di un “comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile” composto da rappresentanti delle due parti contraenti, che ha il compito di vigilare sull’attuazione del relativo capo. Viene anche previsto un meccanismo di coinvolgimento della società civile in ciascuno dei partner commerciali, che riunisce rappresentanti delle imprese, dei sindacati, delle organizzazioni non governative e, occasionalmente, il mondo accademico in gruppi consultivi nazionali sullo sviluppo sostenibile. Inoltre, è contemplato un forum della società civile, che dovrebbe ulteriormente favorire l’internazionalizzazione del dialogo tra i gruppi consultivi nazionali sullo sviluppo sostenibile e/o altri attori della società civile dell’UE e dei suoi partner commerciali⁶⁴. Questi capi prevedono, altresì, un meccanismo di risoluzione delle controversie apposito, differente dal meccanismo ordinario e generale di risoluzione delle controversie indicato nell’accordo commerciale. La soluzione delle controversie relative al capo “Commercio e sviluppo sostenibile”, infatti, si basa su consultazioni governative e, qualora necessario, l’istituzione di un gruppo di esperti. Perciò, nessuna delle due parti contraenti può avviare un’azione che comporterebbe la sospensione delle preferenze commerciali contro l’altra parte. Ciò significa che non vi è alcun potere sanzionatorio riservato alle parti dell’accordo⁶⁵. Tale orientamento distingue gli FTAs conclusi dall’UE da altri trattati e, in

il diritto di contrattazione collettiva; l’eliminazione del lavoro forzato od obbligatorio; l’abolizione effettiva del lavoro infantile; e l’eliminazione della discriminazione riguardo all’impiego e professione (cfr. l’art. 13.4(3)).

62. Cfr. Commissione Europea, *Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, ottobre 2015, p. 19 ss.

63. Sul tema, v. Bartels, L.: “Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements”, *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, pp. 297-314; Van den Putte, L.; Orbie, J.: “EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, pp. 263-283; Gammage, C.: “Social Norms in EU Free Trade Agreements: Justiciable or Not?”, in Gammage, C.; Novitz, T. (eds.): *Sustainable Trade, Investment and Finance: Towards Responsible and Coherent Regulatory Frameworks*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 50-82; Harrison, J.; Barbu, M.; Campling, L.; Richardson, B.; Smith, A.: “Governing Labour Standards through Free Trade Agreements: Limits of the European Union’s Trade and Sustainable Development Chapters”, *Journal of Common Market Studies*, 2019, pp. 260-277.

64. Specifici meccanismi di dialogo sono stati istituiti, recentemente, nel contesto dell’accordo di associazione tra l’UE e la Repubblica di Moldova, comprendente la zona di libero scambio globale e approfondito, firmato il 27 giugno 2014. Si tratta del forum congiunto di dialogo con la società civile (art. 377) e della piattaforma della società civile (art. 442, par. 2).

65. Si distingue dalla generalità degli FTAs dell’UE l’accordo di partenariato economico firmato con i Paesi del Caribbean Forum (CARIFORUM) il 15 ottobre 2008, che sottopone i capi in materia di ambiente (capo 4) e aspetti sociali

particolare, da quelli statunitensi. Infatti, questi ultimi prevedono l'applicazione ai reclami concernenti le disposizioni in materia di lavoro della stessa procedura di risoluzione delle controversie applicata per le altre disposizioni dell'accordo, essendo possibile, pertanto, l'adozione di sanzioni di natura finanziaria e/o commerciale in caso di accertamento delle violazioni⁶⁶.

L'OIL ha definito "condizionale" l'approccio degli Stati Uniti, nel senso che il rispetto delle norme in materia di lavoro viene collegato alle conseguenze economiche che derivano da eventuali violazioni. Invece, l'approccio seguito dall'UE sarebbe di natura "promozionale" poiché, senza stabilire alcun collegamento tra tale rispetto e le eventuali conseguenze economiche, esso predispone un quadro per il dialogo, la cooperazione e/o il monitoraggio⁶⁷.

L'approccio "promozionale" dell'UE, voluto soprattutto dalla Commissione, si distingue appunto da quello di Paesi quali il Canada e gli Stati Uniti, che hanno optato invece per un approccio di carattere "sanzionatorio". La scelta dell'UE è stata, talvolta, criticata per mancanza di efficacia: sia il Parlamento europeo sia anche alcuni Stati membri hanno invocato un approccio maggiormente vincolante, giungendo pure ad auspicare la previsione di possibili sanzioni. Pertanto, la Commissione ha deciso di adottare un "*revamped approach*" sull'attuazione degli accordi. In particolare, nel luglio 2017, la Commissione europea ha pubblicato un *non-paper*, proponendo due possibili opzioni per la riforma delle disposizioni in materia di lavoro contenute nei capi su "Commercio e sviluppo sostenibile"⁶⁸. Come prima alternativa, la Commissione suggeriva il potenziamento degli attuali processi di dialogo e cooperazione previsti negli accordi esistenti, unitamente a un atteggiamento più "assertivo" in termini di utilizzo del meccanismo di reclamo e di altre forme di influenza. La seconda opzione prevedeva, invece, l'attuazione di un "modello con sanzioni" analogo a quello statunitense, attraverso l'introduzione negli FTAs dell'UE di un sistema di risoluzione delle controversie più efficace, sulla falsariga di quello previsto negli accordi di libero scambio conclusi dagli Stati Uniti.

Nel febbraio 2018, la Commissione ha pubblicato un secondo *non-paper*, esprimendosi a favore della prima opzione, dal momento che esisteva «*a clear consensus that the implementation of TSD [Trade and Sustainable Development] chapters should be*

(capo 5) al meccanismo normale di risoluzione delle controversie, ma esclude l'applicazione di sanzioni commerciali a tal fine. Peraltro, tale Accordo include anche disposizioni in materia di lavoro e ambiente nel capo sugli investimenti, al quale il meccanismo sanzionatorio si applica pienamente.

66. V. al riguardo Marx, A.; Ebert, F.; Hachez, N.; Wouters, J.: *Dispute Settlement in the Trade and Sustainable Development Chapters of EU Trade Agreements*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Leuven, 2017.

67. Cfr. ILO: *Social Dimensions of Free Trade Agreements*, Geneva, 2013 (edizione riveduta nel 2015), pp. 1 e 5. Al di là di tali differenze, vi sono numerosi aspetti in comune negli FTAs europei e in quelli statunitensi, in particolare: viene dato un grande peso alla Dichiarazione OIL del 1998 sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e si tende a identificare gli obblighi in relazione ai *core labour standards*; si cerca di prevenire un regresso degli standard di tutela dei diritti dei lavoratori finalizzato ad attrarre investimenti stranieri e aumentare le esportazioni; si promuove il coinvolgimento della società civile nella negoziazione e nel monitoraggio delle disposizioni; si prevedono procedure di risoluzione delle controversie che contemplano il dialogo intergovernativo e gruppi di esperti (sebbene i metodi di applicazione differiscano).

68. Cfr. Commissione europea, *Non-paper of the Commission Services Trade and Sustainable Development (TSD) Chapters in EU Free Trade Agreements (FTAs)*, 11 luglio 2017, pp. 5-9.

stepped-up and improved»; la Commissione, pertanto, ha respinto il modello sanzionatorio in quanto non supportato da un consenso generalizzato⁶⁹.

Il secondo *non-paper* ha individuato una serie di interventi *“to revamp the TSD chapters”*⁷⁰. In particolare, la Commissione europea ha proposto 15 possibili azioni, tra cui: individuare, considerare e affrontare separatamente le priorità per ciascun Paese partner in relazione alle questioni in materia di commercio e sviluppo sostenibile; incoraggiare la rapida ratifica degli *“accordi internazionali fondamentali”* (incluse le otto convenzioni dell’OIL alla base dei *core labour standards*) durante la negoziazione di nuovi accordi commerciali; consentire alla società civile, comprese le parti sociali, di svolgere meglio il proprio ruolo nell’attuazione dell’accordo; aumentare le risorse disponibili per l’applicazione del capo *“Commercio e sviluppo sostenibile”*; attuare un *“more assertive enforcement”* degli obblighi inclusi nel capo suddetto, anche attraverso un maggiore monitoraggio degli impegni, lo sviluppo di piani d’azione per i partner commerciali in caso di problemi e l’avvio di processi di risoluzione delle controversie qualora non vengano seguiti i piani d’azione.

Andando più nel dettaglio, per quanto riguarda il regime sostanziale, gli FTAs dell’UE includono tre diversi gruppi di clausole: clausole contenenti impegni basati su standard internazionali esistenti, che prevedono obblighi di ratifica delle convenzioni internazionali in materia di protezione del lavoro; clausole con obblighi relativi alla legislazione nazionale in vigore; clausole di natura più ambiziosa che si riferiscono al rispetto di più elevati standard di protezione⁷¹.

Per quel che concerne gli obblighi basati sugli standard internazionali esistenti, gli FTAs possono, prima di tutto, chiedere alle parti contraenti la ratifica di convenzioni internazionali specifiche non ancora ratificate⁷². A volte, l’impegno alla ratifica è formulato meramente come un *best effort obligation*⁷³, non venendo pertanto assicurata la ratifica in questione.

In genere, la *best-effort clause* inclusa negli FTAs dell’UE copre, almeno, le otto convenzioni fondamentali dell’OIL in materia di libertà di associazione, negoziazione collettiva, divieto di lavoro minorile, divieto di lavoro forzato e non discriminazione. Una clausola di questo tipo è presente, ad esempio, nell’accordo di libero scambio con la Repubblica di Corea, che è stato all’origine del primo caso concernente la violazione di norme in materia di lavoro contenute in un trattato commerciale concluso dall’UE⁷⁴.

69. Cfr. Commissione europea, *Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 26 febbraio 2018, p. 2.

70. *Ibidem*, p. 2 ss.

71. V. al riguardo Bronckers, M.; Gruni, G.: *“Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements”*, *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51.

72. V. ad esempio l’art. 23.3(4) dell’Accordo economico e commerciale globale (*Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA*) tra il Canada e l’UE del 30 ottobre 2016; l’art. 16.3(3) dell’accordo tra l’UE e il Giappone del 17 luglio 2018; l’art. 4, par. 4 (capo *“Commercio e sviluppo sostenibile”*), dell’accordo tra l’UE e il Mercosur (il cui testo *“in principle”* è stato concordato il 28 giugno 2019); l’art. 13.4(3) dell’accordo tra l’UE e il Vietnam del 30 giugno 2019; l’art. 12.3(4) dell’accordo tra l’UE e Singapore del 19 ottobre 2019.

73. Cfr. l’art. 23.3(4) del CETA; l’art. 4 (capitolo *“Commercio e sviluppo sostenibile”*) dell’accordo *“in principle”* tra l’UE e il Mercosur; l’art. 13.4(3) dell’accordo tra l’UE e il Vietnam; l’art. 12.3(4) dell’accordo tra l’UE e Singapore.

74. Cfr. l’art. 13.4 dell’accordo tra l’UE e la Repubblica di Corea del 2010.

Dopo aver a lungo inutilmente manifestato preoccupazione per varie prassi coreane in materia di lavoro e per la mancata ratifica da parte della Corea del Sud di quattro delle otto Convenzioni fondamentali dell'OIL (due in materia di lavoro forzato e due riguardanti la libertà di associazione), nel dicembre 2018 la Commissione europea ha fatto ricorso alla procedura di risoluzione delle controversie prevista nel capo "Commercio e sviluppo sostenibile" dell'accordo di libero scambio del 2010⁷⁵. Tuttavia, nella decisione del gennaio 2021, il *Panel* ha escluso la violazione a opera della Corea dell'obbligo di "sforzi continui e sostenuti" di ratificare quattro delle otto convenzioni fondamentali dell'OIL. Secondo il *Panel* di esperti, infatti, nonostante l'Accordo imponesse l'obbligo di compiere sforzi continui, la Corea non si sarebbe impegnata a ratificare le convenzioni dell'OIL entro una data specifica⁷⁶. Tale decisione, pertanto, evidenzia la limitata efficacia delle *best-effort clauses* presenti negli accordi conclusi dall'UE.

In altre circostanze, l'UE ha seguito una strada diversa, operando pressioni sull'altra parte contraente, una volta terminata la negoziazione dell'accordo, affinché tale parte ratificasse determinate convenzioni internazionali prima della ratifica dell'accordo di libero scambio a opera dell'Unione. Ciò è accaduto, ad esempio, con l'accordo con il Vietnam del 2019⁷⁷.

Vi sono negli FTAs dell'UE, poi, anche norme che prevedono, meramente, l'impegno delle parti di rispettare, promuovere e attuare i principi fondamentali, pure qualora una parte non abbia ancora ratificato la convenzione che contiene uno specifico principio. Una tale formulazione potrebbe indurre ad attribuire una natura essenzialmente di *soft law* a clausole di questo tipo. Tuttavia, nel succitato caso relativo alla controversia di lavoro tra l'UE e la Repubblica di Corea, il *Panel* ha interpretato un tale impegno come un obbligo vincolante. Infatti, il *Panel* ha riscontrato che la Corea aveva violato in vari modi il principio della libertà di associazione, inerente all'appartenenza all'OIL ed espresso in una dichiarazione chiave dell'Organizzazione, ad esempio avendo escluso i lavoratori, autonomi, licenziati o disoccupati, dalla possibilità di aderire ai sindacati⁷⁸.

Altre norme, infine, obbligano le parti, in termini generici, ad applicare in modo effettivo le convenzioni multilaterali sul lavoro che hanno ratificato e, talvolta, vi è un riferimento a specifiche convenzioni in materia di lavoro che le parti sono tenute ad attuare⁷⁹.

75. Il 17 dicembre 2018 l'UE ha chiesto consultazioni al governo sudcoreano ai sensi dell'art. 13.14 del accordo di libero scambio; successivamente, il 4 luglio 2019 essa ha domandato l'istituzione del *panel* di esperti. Ciò è accaduto nonostante il governo sudcoreano avesse annunciato, nel giugno 2019, sia la ratifica di tre delle quattro convenzioni interessate (rifiutandosi di ratificare solo la Convenzione n. 105) sia emendamenti al *Trade Union and Labour Relations Adjustment Act* (TULRAA - legge sull'adeguamento dei sindacati e dei rapporti di lavoro).

76. Cfr. il *Report of the Panel of Experts Proceeding Constituted Under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement*, 20 gennaio 2021, consultabile nel sito https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159358.pdf, paragrafi 277-280.

77. Il Vietnam ha ratificato la Convenzione OIL n. 98 sulla negoziazione collettiva il 14 giugno 2019. Cfr. al riguardo Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sull'attuazione degli accordi commerciali dell'UE 1° gennaio 2019 - 31 dicembre 2019*, COM(2020) 705 Final, 12 novembre 2020, p. 32.

78. Cfr. il *Report of the Panel of Experts Proceeding Constituted Under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement*, cit., in particolare i paragrafi 196-197.

79. Cfr. gli articoli 13.4 e 13.5 dell'accordo tra l'UE e la Repubblica di Corea del 2010; l'art. 269, par. 3, dell'accordo

Un secondo gruppo di clausole presenti nei capi “Commercio e sviluppo sostenibile”, poi, include quelle che richiamano la legislazione nazionale delle parti contraenti. In primo luogo, viene confermato il diritto di ciascuna parte di regolamentare le questioni in materia di lavoro (come anche di ambiente), a condizione che le leggi e le politiche nazionali siano compatibili con gli impegni internazionali della parte⁸⁰. In secondo luogo, ciascuna parte è obbligata a non abbassare il livello nazionale di protezione in materia di lavoro. A tal fine, si specifica che le parti dell'accordo non devono rendere meno stringenti le leggi sul lavoro. Tale obbligo può essere formulato attraverso due diversi strumenti: la c.d. “clausola di non regresso”, in virtù della quale le parti si impegnano a non regredire nel livello di protezione previsto dalle leggi sul lavoro; la c.d. “clausola di non applicazione”, in conformità della quale le parti sono tenute a far rispettare le leggi nazionali in materia. In entrambi i casi, peraltro, l'obbligo viene collegato alla condizione che l'azione della parte abbia o possa avere effetti sul commercio e sugli investimenti⁸¹. Proibire il regresso o la non applicazione della legislazione in tema di lavoro solo sulla base dell'intento di incoraggiare il commercio o gli investimenti, senza alludere alla portata dell'effetto o alla violazione degli impegni internazionali, potrebbe avere conseguenze significative. Dover dimostrare che un deterioramento della protezione sociale abbia un impatto concreto sul commercio o sugli investimenti, infatti, rischia di svuotare completamente di significato la clausola di non regresso e quella di non applicazione. Ciò si è verificato, in effetti, nel primo caso (in assoluto) concernente la tutela dei diritti dei lavoratori nell'ambito di un FTA: la controversia tra Stati Uniti e Guatemala nel contesto del CAFTA-DR del 2004⁸². Tale controversia ha avuto origine nel 2008, a causa di una denuncia al *Department of Labor* statunitense da parte di *American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations* (AFL - CIO) e di sei sindacati guatemaltechi⁸³. A seguito della denuncia, nell'agosto 2010 gli Stati Uniti hanno formalmente avviato il caso nel contesto dell'accordo internazionale, esprimendo preoccupazione per il presunto trattamento dei lavoratori guatemaltechi e sostenendo che la violazione delle norme lavoristiche da parte del Guatemala pregiudicava i lavoratori statunitensi, dal momento che gli standard di tutela contemplati dall'ordinamento guatemalteco, in quanto inferiori a quelli previsti dalla legislazione statunitense, permettevano una riduzione dei costi, incidendo in tal modo negativamente sulla concorrenza nel mercato internazionale. Nella richiesta ufficiale di consultazioni, gli Stati Uniti hanno accusato il Guatemala di non

tra l'UE, la Colombia e il Perù del 26 giugno 2012; l'art. 4, par. 7 (capo “Commercio e sviluppo sostenibile”), dell'accordo tra l'UE e il Mercosur “*in principle*” del 2019; l'art 13.4(4) dell'accordo tra l'UE e il Vietnam del 2019.

80. V. ad esempio l'art. 2, par. 1 (capo “Commercio e sviluppo sostenibile”), dell'accordo tra l'UE e il Mercosur.

81. Cfr. ad esempio l'art. 2, par. 3 (capo “Commercio e sviluppo sostenibile”), dell'accordo tra l'UE e il Mercosur.

82. Cfr. al riguardo Paiement, P.: “Leveraging Trade Agreements for Labor Law Enforcement: Drawing Lessons from the US-Guatemala CAFTA Dispute”, *Georgetown Journal of International Law*, 2018, pp. 675-692.

83. Nell'aprile 2008, AFL-CIO e sei organizzazioni di lavoratori guatemalteche hanno presentato un'istanza pubblica nell'ambito del CAFTA, accusando il governo del Guatemala di violazione degli obblighi in materia di lavoro e di mancata applicazione delle leggi nazionali al riguardo. Successivamente, al termine di un'indagine durata 11 mesi, gli Stati Uniti hanno concluso che il Guatemala non aveva assicurato il rispetto di alcuni obblighi fondamentali, quali la libertà di riunione, il diritto alla contrattazione collettiva, il diritto ad organizzarsi e il diritto ad avere condizioni di lavoro dignitose.

avere applicato, in modo effettivo, le leggi nazionali in materia di protezione dei diritti dei lavoratori, inclusi la libertà di associazione, il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto a lavorare in condizioni accettabili. Nel 2012 è stato istituito il *Panel*, ma le due parti hanno convenuto di sospendere il procedimento fino all'anno successivo, per consentire al Guatemala di migliorare l'applicazione delle proprie leggi in materia di lavoro. Gli Stati Uniti hanno chiesto al *Panel*, in seguito, di continuare il suo esame, ritenendo che il Guatemala non avesse fatto a sufficienza in tale settore, pur osservando che alcuni miglioramenti erano stati apportati, come l'assunzione di più ispettori del lavoro. Nel 2017, tuttavia, il *Panel* ha concluso che il Guatemala non aveva violato le norme sul lavoro presenti nell'Accordo (in particolare l'art. 16.2 del CAFTA-DR, che richiede alle parti di assicurare l'applicazione effettiva delle proprie leggi in materia di lavoro) e che la presunta mancata applicazione della legislazione nazionale sul lavoro non era avvenuta *"in a manner affecting trade"*⁸⁴. Il *Panel* ha considerato elementi specifici nel valutare la relazione tra il rispetto dei diritti dei lavoratori e il commercio, ad esempio, esaminando le violazioni del diritto alla libertà di associazione da parte di un datore di lavoro e la valutazione di tale violazione da parte dei tribunali nazionali, constatando che l'insufficiente applicazione delle norme aveva dato a quel datore di lavoro un vantaggio competitivo. Tuttavia, questo vantaggio non era generalmente riconoscibile per altri casi in cui le norme sul lavoro non erano state applicate e, di conseguenza, non era dimostrato che si trattava di *«a sustained or recurring course of action or inaction»* che era anche *«in a manner affecting trade»*⁸⁵. Perciò, pur ritenendo il Guatemala responsabile di diverse inadempienze, il *Panel* ha concluso, nella decisione del 2017, che non vi era stata alcuna violazione del CAFTA, in quanto gli Stati Uniti non erano stati in grado di dimostrare che il Guatemala aveva mancato di applicare le sue leggi in materia di lavoro *"in a manner affecting trade"* tra le parti. Nel presente caso, il *Panel* non ha elaborato un test rigoroso attraverso cui verificare l'effetto di determinate condotte sul commercio, limitandosi a richiedere agli Stati Uniti di dimostrare che le pratiche contestate avessero conferito *«some competitive advantage on an employer or employers engaged in trade»* con tale Stato⁸⁶. Una tale soglia sembrerebbe essere, invero, piuttosto bassa⁸⁷. Analoghe incertezze esistono per gli FTAs conclusi dall'UE, per i quali pure non sono state ancora fornite indicazioni specifiche su come interpretare il test degli effetti sugli scambi o sugli investimenti contenuto nelle clausole di non regresso e di non applicazione presenti in tali accordi, rendendo più difficile l'applicazione delle suddette clausole.

84. Il *Panel* ha preso in considerazione, in particolare, l'art. 16.2.1(a), del Capitolo 16 dell'Accordo, secondo cui: *«A Party shall not fail to effectively enforce its labor laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement»*.

85. Cfr. il *Final Report of the Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty, In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR*, 14 giugno 2017, consultabile nel sito http://www.sice.oas.org/tpd/usa_cafta/Dispute_Settlement/final_panel_report_guatemala_Art_16_2_1_a_e.pdf, par. 594.

86. *Ibidem*, par. 190.

87. In ogni caso, il *Panel* non ha trovato prove del fatto che eventuali risparmi sui costi, che avrebbero potuto essere ottenuti dagli esportatori guatemaltechi a seguito delle presunte mancanze nell'applicazione delle norme, fornissero un vantaggio competitivo (*ibidem*, par. 455).

Negli FTAs vi è, infine, un terzo gruppo di clausole di natura sostanziale con disposizioni formulate in termini più generici, volte a promuovere il rispetto di più elevati standard in materia di lavoro⁸⁸. Peraltro, sebbene la mancata previsione di sanzioni consenta all'UE l'utilizzo di un linguaggio più ambizioso nei suoi accordi di libero scambio⁸⁹, non è detto che la formulazione di aspirazioni più ampie induca effettivamente a risultati maggiormente significativi. Secondo alcuni autori, inoltre, il contenuto meno definito degli obblighi in materia di sostenibilità presenti negli FTAs dell'UE, renderebbe più difficile il rispetto di tali obblighi, giustificandone la mancanza di efficacia⁹⁰.

Per quanto riguarda il regime procedurale, come si è anticipato, gli FTAs dell'UE contengono clausole che prevedono meccanismi appositi di risoluzione delle controversie in materia di commercio e sviluppo sostenibile, che sono diversi rispetto a quelli indicati per le controversie relative alle restanti norme del trattato. Ad esempio, l'art. 13.16 dell'accordo tra l'UE e la Repubblica di Corea afferma, espressamente, che le questioni relative al capo "Commercio e sviluppo sostenibile" non possono essere sottoposte al meccanismo di risoluzione delle controversie generalmente previsto per gli altri capi dell'Accordo. Tale scelta appare estremamente critica, infatti, rischia di indebolire la credibilità degli standard di sostenibilità, soprattutto perché spesso si accompagna all'idea che, essendo le norme in materia di lavoro (e di ambiente) meno definite, una loro eventuale violazione sarebbe più difficile da accertare.

La procedura specifica di risoluzione delle controversie si fonda sulle consultazioni tra i governi e sulla possibile istituzione di un gruppo di esperti. Ai sensi dell'art. 13.14 dell'accordo con la Repubblica di Corea, ad esempio, una parte può chiedere consultazioni con l'altra parte mediante una richiesta scritta, dopo di che le consultazioni sono avviate. Le parti compiono ogni sforzo per giungere a una soluzione che sia soddisfacente per entrambe; a ogni modo, il Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile può essere convocato su richiesta di una parte se essa ritiene che una questione debba essere ulteriormente esaminata. Tale Comitato può consultare i gruppi consultivi nazionali di una o di entrambe le parti; un gruppo consultivo nazionale di una parte può, altresì, presentare di sua iniziativa comunicazioni a quella parte o al comitato. Secondo l'art. 13.15 dell'Accordo, trascorsi 90 giorni dalla richiesta di consultazioni, una parte può chiedere la convocazione del gruppo di esperti al fine di esaminare la questione che non è stata affrontata in modo soddisfacente attraverso le consultazioni governative. Entro 90 giorni dalla selezione dell'ultimo esperto, il *panel* presenterà una relazione alle parti, che si adopereranno, per quanto possibile, per tenere conto dei pareri o delle raccomandazioni contenuti nel rapporto. L'attuazione delle raccomandazioni del gruppo di esperti è monitorata dal Comitato per il commercio e lo sviluppo

88. Cfr. per esempio l'art 22.3(2) del CETA del 2016, secondo cui "*The Parties affirm that trade should promote sustainable development. Accordingly, each Party shall strive to promote trade and economic flows and practices that contribute to enhancing decent work and environmental protection, including by...*".

89. Cfr. al riguardo Commissione europea, *Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, cit., p. 3.

90. V. Prévost, D.; Alexovičová, I.: "Mind the Compliance Gap: Managing Trustworthy Partnerships for Sustainable Development in the European Union's Free Trade Agreements", *International Journal of Public Law and Policy*, 2019, p. 249.

sostenibile. Pertanto, le parti possono fare affidamento solo sulle consultazioni governative e sul gruppo di esperti; inoltre, le conclusioni del collegio di esperti non sono vincolanti per le parti, né possono imporre loro sanzioni.

Invero, vi sono alcune disposizioni procedurali relative al meccanismo ordinario di risoluzione delle controversie indicato dal trattato che possono applicarsi anche alle controversie relative ai capi "Commercio e sviluppo sostenibile". Infatti, in entrambi i casi, la controversia è deferita a esperti indipendenti, che dovrebbero accertare la compatibilità della misura contestata (o della mancanza di essa) con le norme del trattato. Inoltre, in entrambi i casi, una violazione degli standard internazionali applicabili non richiede la dimostrazione di effetti sul commercio. Tuttavia, vi è una differenza fondamentale tra le due procedure nelle conseguenze dell'accertamento. In primo luogo, l'accertamento di una violazione degli standard contenuti nel capo "Commercio e sviluppo sostenibile" non è vincolante, rappresentando meramente tale accertamento un elemento utile nei tentativi delle parti di risolvere la controversia⁹¹. La mancanza di un'efficacia vincolante riduce, chiaramente, l'impatto della decisione del *panel*. Oltretutto, per le controversie riguardanti il suddetto capo, la decisione può anche non essere pubblicata o essere pubblicata con notevole ritardo. Come si è osservato, inoltre, nel caso di mancato rispetto degli standard di sostenibilità, a differenza di quanto previsto per il normale meccanismo di risoluzione delle controversie, se lo Stato convenuto rifiuta di conformarsi agli standard di sostenibilità non sono previste sanzioni.

Peraltro, è molto importante ricordare che l'UE sta cercando di introdurre requisiti di sostenibilità obbligatori con la possibilità di adottare sanzioni nei confronti delle società con sede nell'UE e dei loro fornitori esteri⁹², sostenendo una responsabilità degli operatori privati per eventuali violazioni delle norme a tutela di diritti umani e dell'ambiente nell'intero corso delle loro filiere di approvvigionamento. Appare insensato ritenere tali requisiti troppo vaghi per i governi ma sufficientemente rigorosi per gli *stakeholders* privati.

Va aggiunto anche che il *Panel*, istituito nell'ambito del tradizionale sistema di risoluzione delle controversie previsto dall'accordo di associazione tra l'UE e l'Ucraina del 2014⁹³, ha considerato il capo sulla sostenibilità ivi incluso nel contesto generale del Trattato⁹⁴. Infatti, secondo il *Panel*, sebbene molte disposizioni presenti nel capo sembrassero avere un carattere promozionale o programmatico, tuttavia, tale capo forniva un "contesto" pertinente per valutare la legalità di una restrizione commerciale⁹⁵. Inoltre,

91. V. al riguardo, ad esempio, quanto affermato nell'art. 17, par. 11 (capo "Commercio e sviluppo sostenibile"), dell'accordo di libero scambio tra l'UE e il Mercosur "in principle" del 2019.

92. Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL)).

93. L'Accordo è stato firmato il 21 marzo 2014.

94. Cfr. il *Final Report of the Arbitration Panel Established Pursuant to Article 307 of the Association Agreement between Ukraine, of the One Part, and the European Union and its Member States, of the Other Part, Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union*, 11 dicembre 2020, consultabile nel sito https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159181.pdf, par. 241 ss.

95. *Ibidem*, paragrafi 250-252.

a distanza di poco tempo, nella controversia in materia di lavoro fondata sull'accordo di libero scambio tra l'UE e la Repubblica di Corea, il *Panel* istituito ha affermato che il carattere promozionale degli impegni contenuti nel capo "Commercio e sviluppo sostenibile" non li privava di efficacia vincolante⁹⁶. Di conseguenza, non sembra potersi individuare una differenza sostanziale nella natura giuridica dei capi su "Commercio e sviluppo sostenibile" rispetto agli altri capi contenuti negli FTAs e soggetti al sistema ordinario di risoluzione delle controversie.

V. L'ACCORDO GLOBALE SUGLI INVESTIMENTI TRA L'UE E LA CINA

Molto importante per il tema trattato appare l'Accordo globale sugli investimenti (*Comprehensive Agreement on Investment - CAI*)⁹⁷ tra l'UE e la Cina, il cui testo "in principle" è stato concordato il 30 dicembre 2020 dopo 35 *rounds* negoziali iniziati nel 2014, destinato a sostituire i 25 *Bilateral Investment Treaties* (BITs) attualmente in vigore tra i Membri dell'UE e la Cina.

Tale Trattato, sebbene non sia un FTA, rientra nella categoria dei cosiddetti "accordi di nuova generazione" poiché, soprattutto a causa della pressione esercitata dall'UE, va oltre gli accordi commerciali dell'OMC e i tradizionali BITs, prevedendo, ad esempio, obiettivi di sviluppo sostenibile tra i suoi capisaldi.

L'Accordo è suddiviso in sei sezioni, che possono essere raggruppate in due categorie. In primo luogo, vi sono le disposizioni sostanziali, che comprendono: la sezione I sugli obiettivi e le definizioni generali, la sezione II sulla liberalizzazione degli investimenti, la sezione III sul quadro normativo e la sezione IV sugli investimenti e lo sviluppo sostenibile. In secondo luogo, vi sono le disposizioni procedurali e istituzionali, che sono incorporate nella sezione V sulla soluzione delle controversie e nella sezione VI sulle disposizioni istituzionali e finali.

La sezione IV dell'Accordo è, dunque, dedicata allo sviluppo sostenibile. Tale sezione è a sua volta suddivisa in tre sottosezioni, riguardanti rispettivamente il contesto e gli obiettivi della sezione; l'ambiente; il lavoro.

La sezione sullo sviluppo sostenibile è stata acclamata come uno dei risultati principali dei negoziati poiché, sebbene le disposizioni in materia siano divenute sempre

96. Cfr. il *Report of the Panel of Experts Proceeding Constituted Under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement*, cit., par. 259 ss., il particolare par. 277.

97. V. al riguardo Abgaryan, S.: "EU-China Comprehensive Agreement on Investment in the Context of Chinese Bilateral Investment Treaty Program with the EU Countries", *Indian Journal of International Law*, 2018, pp. 171-203; Yin, W.: "Challenges, Issues in China-EU Investment Agreement and the Implication on China's Domestic Reform", *Asia Pacific Law Review*, 2018, n. 2, pp. 170-202; Lawrence, J.; Van Ho, T.; Yilmaz-Vastardis A.: *EU-China Comprehensive Agreement on Investment. A Scoping Study*, dicembre 2020; Berger, A.; Manjiao, C.: "The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Stuck Half-way?", *Columbia FDI Perspectives*, 8 marzo 2021, n. 299; Gao, H. S.: *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Strategic Opportunity Meets Strategic Autonomy*, maggio 2021, consultabile nel sito <https://ssrn.com/abstract=3843434> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3843434>; Hu, W.: "The EU-China Comprehensive Agreement on Investment. An In-depth Reading", *CEPS Policy Insights*, maggio 2021, n. PI2021-07; Sampson, M. D.: "The Downstream Implications of the EU-China Investment Agreement: Lessons from Trade", *Balsillie Papers*, 1 marzo 2021, pp. 1-9; Wang, L.; Li, Y.: "The Negotiation of EU-China Comprehensive Agreement on Investment and Its Potential Impact in the Post-Pandemic Era", *Journal of Chinese Economic and Business Studies*, n. 18, 2020, pp. 365-372.

più importanti negli FTAs conclusi dall'UE⁹⁸, il CAI è il primo accordo della Cina con una sezione del genere. Tale sezione contiene disposizioni sui diritti dei lavoratori, sui cambiamenti climatici e sulla responsabilità sociale delle imprese. Viene riconosciuto in primo luogo, all'inizio delle due sottosezioni dedicate, rispettivamente, all'ambiente e al lavoro, il diritto di ciascuna Parte di determinare le proprie politiche e priorità in materia di sviluppo sostenibile, di stabilire i propri livelli di protezione nazionale in materia di lavoro e protezione ambientale e, di conseguenza, di adottare o modificare le proprie leggi e politiche al riguardo, compatibilmente con i propri impegni multilaterali nei settori del lavoro e dell'ambiente⁹⁹. Inoltre, per quanto riguarda nello specifico il lavoro, le parti si impegnano sia a garantire che le proprie leggi e politiche prevedano e incoraggino livelli elevati di protezione del lavoro sia a continuare a migliorare tali leggi e politiche, senza abbassare il livello di protezione¹⁰⁰.

Tuttavia, gli obblighi inclusi nella sezione IV si basano, fondamentalmente, su impegni già assunti dalle parti in virtù di altri trattati internazionali in materia di ambiente e lavoro. Inoltre, le clausole relative al lavoro appaiono ancor meno stringenti rispetto a quelle riguardanti l'ambiente. Esse, infatti, sono normalmente formulate secondo un "*best-effort approach*", poiché le parti semplicemente "si adopereranno per garantire"¹⁰¹ o "compieranno sforzi continui e sostenuti di propria iniziativa" a ratificare le convenzioni fondamentali dell'OIL ancora non ratificate¹⁰².

Come abitualmente accade negli FTAs dell'UE, la sezione riguardante lo sviluppo sostenibile non è coperta dalle clausole generali di soluzione delle controversie presenti nel CAI; è, infatti, prevista una procedura apposita, simile a quella indicata nell'accordo di libero scambio tra l'UE e la Repubblica di Corea¹⁰³. Secondo tale procedura, vi sono, in primo luogo, consultazioni bilaterali tra le parti; successivamente, se la controversia non dovesse essere risolta in una maniera soddisfacente entro 120 giorni, una parte può chiedere la costituzione del *panel* di esperti. Il rapporto adottato dal *panel* dovrebbe rappresentare la base per una soluzione della controversia a opera delle parti¹⁰⁴. La sottosezione 4 di tale sezione include importanti regole volte a garantire una maggiore trasparenza dei procedimenti. Ad esempio, la richiesta di consultazioni o di istituzione del *panel* deve essere resa pubblicamente disponibile e ciascuna Parte può rendere pubblicamente disponibili anche le proprie osservazioni o dichiarazioni al gruppo di esperti; inoltre, l'udienza del *panel* deve essere aperta al pubblico¹⁰⁵ e il suo rapporto finale deve essere reso pubblicamente disponibile¹⁰⁶. È riconosciuto,

98. V. al riguardo Marín Durán, G.: "Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues", *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1031-1068.

99. Cfr. l'art. 1 delle sottosezioni 2 e 3.

100. Cfr. l'art. 2, par. 1, della sottosezione 3.

101. V. ad esempio l'art. 2, par. 1, della sottosezione 3.

102. Cfr. l'art. 4, par. 2, della sottosezione 3.

103. Tuttavia, alcune disposizioni fondamentali in materia di lavoro incluse nel CAI sono meno stringenti rispetto a quelle previste dall'accordo di libero scambio con la Repubblica di Corea.

104. Cfr. la sottosezione 4.

105. Cfr. l'art. 5 della sottosezione 4.

106. Cfr. l'art. 4, par. 6, della sottosezione 4.

infine, il diritto delle persone fisiche e giuridiche di partecipare come *amicus curiae* nei procedimenti del *panel*¹⁰⁷; tale previsione potrebbe facilitare l'accesso delle organizzazioni non governative nel procedimento di soluzione della controversia.

Indubbiamente, è fondamentale che le questioni ambientali e le violazioni dei diritti del lavoro siano sottoposte al controllo internazionale; tuttavia, il sistema di risoluzione delle controversie previsto è, anche in questo caso, scarsamente efficace¹⁰⁸. Nel complesso, questa sezione esprime la necessità di trovare un equilibrio tra interessi concorrenti: da un lato, si tiene conto del diritto di ciascuna parte di definire le proprie politiche in materia di lavoro e ambiente, dall'altro, si tenta di raggiungere gli elevati livelli di protezione richiesti dall'UE in altri trattati.

Peraltro, la ratifica del Trattato da parte dell'UE è al momento incerta poiché, il 20 maggio 2021, il Parlamento europeo ha votato a favore della sospensione del processo di ratifica del CAI a causa delle sanzioni cinesi nei confronti di cinque funzionari europei¹⁰⁹. Queste sanzioni sono state adottate dalla Cina per reagire a quelle imposte dai Paesi occidentali a seguito delle gravi violazioni dei diritti umani, tra cui il lavoro forzato, commesse da Pechino a danno degli Uiguri, una minoranza di etnia turcofona e di religione musulmana che vive nello Xinjiang, regione nord-occidentale della Cina.

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In assenza di una "clausola sociale" negli accordi OMC, gli Stati hanno iniziato a disciplinare il rapporto commercio/diritti dei lavoratori attraverso i sistemi nazionali (o dell'UE) di preferenze generalizzate e, soprattutto, ricorrendo ad accordi commerciali bilaterali e regionali, essenzialmente gli FTAs di nuova generazione. Le clausole inserite in tali trattati, peraltro, sebbene potenziate e ampliate negli anni, hanno ancora una portata limitata e, di conseguenza, spesso non consentono di affrontare in modo adeguato le eventuali conseguenze negative che la liberalizzazione commerciale può avere sulla tutela dei diritti dei lavoratori.

Ciò emerge chiaramente dalla prassi convenzionale dell'UE che, nonostante gli sforzi di tale Organizzazione a favore di una globalizzazione più equa e sostenibile, continua a presentare numerosi limiti. Tuttavia, potrebbero essere apportate alcune modifiche alle clausole contenute negli FTAs che, probabilmente, garantirebbero loro una maggiore incisività. Ad esempio, per quanto riguarda il regime sostanziale, invece di formulare le clausole secondo un "*best-effort approach*", dando loro essenzialmente una natura di *soft law*, sarebbe preferibile che le norme inserite negli accordi di libero scambio fossero utilizzate quale strumento per consolidare gli obblighi internazionali già esistenti e, ancor di più, rafforzare tali impegni. Inoltre, le clausole di non regresso

107. Cfr. l' art. 6 della sottosezione 4.

108. V. al riguardo Cotula, L.: "EU-China Comprehensive Agreement on Investment: an Appraisal of its Sustainable Development Section", *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 365 ss.

109. Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2021 sulle controsanzioni cinesi nei confronti di entità dell'UE, di deputati al Parlamento europeo e di deputati nazionali (2021/2644(RSP)), par. 10.

e di non applicazione andrebbero riformulate in modo che un eventuale diminuzione del livello di protezione nelle leggi nazionali in materia di diritti dei lavoratori non sia rilevante solo nel caso in cui ciò incoraggi o influenzi il commercio o gli investimenti.

Sul piano procedurale, dovrebbe essere riconosciuto alle parti private interessate un diritto ad agire, a livello internazionale, nel caso in cui vi sia una violazione delle norme in materia di lavoro contenute negli FTAs o, quanto meno, un diritto di petizione che consenta loro di chiedere indagini su eventuali violazioni.

Altresì, aspetto fondamentale, le clausole relative ai diritti dei lavoratori dovrebbero essere considerate alla stregua degli altri articoli contenuti negli FTAs. Il rapporto del *panel* del gennaio 2021 relativo alla controversia in materia di lavoro tra l'UE e la Repubblica di Corea ha, di fatto, riconosciuto che la natura giuridica di molti standard contenuti nel capo "Commercio e sviluppo sostenibile" non differisce da quella di altre norme incluse nell'accordo di libero scambio, soggette ai tradizionali procedimenti di risoluzione delle controversie. Di conseguenza, tutte le controversie relative all'accordo dovrebbero essere risolte con lo stesso meccanismo e la stessa procedura, con la possibilità di concludere il procedimento sempre con una decisione vincolante.

Infine, sebbene talvolta l'adozione di sanzioni in caso di violazioni delle norme dell'accordo sia auspicabile, l'approccio sanzionatorio dovrebbe essere sempre inteso come complementare e non alternativo all'approccio promozionale abitualmente seguito dall'UE nei capitoli "Commercio e sviluppo sostenibile". Infatti, le ritorsioni commerciali possono avere numerose conseguenze negative sul piano economico e, contestualmente, dimostrarsi poco efficaci nella tutela dei *non-economic values*. D'altronde, anche quando non vengono esplicitamente previste misure di questo tipo, gli Stati dovrebbe potere adottare sanzioni, ad esempio di tipo pecuniario, quale strumento per favorire l'osservanza delle norme del trattato. Molte delle considerazioni relative agli FTAs dell'UE riguardano la maggior parte degli accordi di libero scambio di nuova generazione. Infatti, anche qualora venga preferito un approccio "sanzionatorio" e, apparentemente, più rigoroso, tuttavia le clausole sociali sono formulate, quasi sempre, ancora in maniera tale da non garantire una tutela efficace dei diritti dei lavoratori nel commercio internazionale.

Invero, non sempre il rispetto dei *core labour standards* è considerato una precondizione e uno strumento per uno sviluppo economico sostenibile, per la crescita economica e l'efficienza economica, anzi, diversi economisti, strenui difensori della liberalizzazione degli scambi, sono poco propensi o, addirittura, contrari all'inclusione di una clausola sociale nei trattati commerciali internazionali, sostenendo che una tale misura danneggerebbe il vantaggio comparato nel commercio internazionale dei Paesi con produzioni *labour intensive*, che si fondano su una manodopera poco qualificata. Secondo questi autori, la violazione dei diritti fondamentali dei lavoratori non avrebbe un collegamento diretto con il commercio estero, ma sarebbe determinata da fattori endogeni e da cause socio-economiche interne, sulle quali occorrerebbe agire, senza interferire sulle importazioni ed esportazioni dei Paesi in via di sviluppo¹¹⁰.

110. Cfr. al riguardo Granger, C.; Siroën, J. - M.: *La clause sociale dans les traités commerciaux*, in Daugareilh, I. (sous la dir. de), *Mondialisation, travail, et droits fondamentaux*, cit., pp. 181-212.

Peraltro, sebbene la globalizzazione possa rappresentare, in via di principio, un essenziale fattore di sviluppo economico per tutti i Paesi, tuttavia, essa dev'essere accompagnata da regole sociali volte a proteggere in modo effettivo i diritti dei lavoratori che tale sviluppo hanno contribuito a creare. Clausole più efficaci in materia di diritti dei lavoratori negli FTAs possono favorire una globalizzazione sostenibile e una più equa redistribuzione della ricchezza. L'inesistenza, però, di norme multilaterali atte a collegare commercio e investimenti da una parte e diritti fondamentali dei lavoratori dall'altra rappresenta un grave limite per la globalizzazione. Una regolamentazione multilaterale della materia è, in realtà, indispensabile poiché, solo se la generalità degli Stati è tenuta a rispettare gli stessi standard, si può impedire ad alcuni Stati o ad alcune imprese di approfittare dei vantaggi economici connessi agli scambi e agli investimenti internazionali derivanti dalla mancata previsione o dal mancato rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Bibliografia

- Abgaryan, S.: "EU-China Comprehensive Agreement on Investment in the Context of Chinese Bilateral Investment Treaty Program with the EU Countries", *Indian Journal of International Law*, 2018, pp. 171-203.
- Addo, K.: "The Correlation between Labour Standards and International Trade – Which Way Forward?", *The Journal of World Trade*, 2002, pp. 285-303.
- Bartels, L.: "Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements", *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, pp. 297-314.
- Berger, A.; Manjiao, C.: "The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Stuck Half-way?", *Columbia FDI Perspectives*, n. 299, 8 marzo 2021.
- Blengino, C.: "La dimensione sociale del commercio internazionale", in Porro, G.: *Studi di diritto internazionale dell'economia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, pp. 267-303.
- Bronckers, M.; Gruni, G.: "Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements", *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51.
- Charnovitz, S.: "The Influence of International Labour Standards on the World Trading Regime. A Historical Overview", *International Labour Review*, n. 126, 1987, pp. 565-584.
- Cordonier Segger, M.- C.; Gehring, M. W.; Newcombe, A.: (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Cotula, L.: "EU-China Comprehensive Agreement on Investment: an Appraisal of its Sustainable Development Section", *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 360- 367.
- Daugareilh, I. (sous la dir. de): *Mondialisation, travail, et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- Del Vecchio, A.: *International Courts and Tribunals between Globalisation and Localism*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013.
- Di Lollo, M.: "L'applicazione delle clausole sociali negli accordi di libero scambio alla luce della recente prassi arbitrale", *La Comunità Internazionale*, n. 3, 2019, pp. 475-502.
- Footer, M. E.: "BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment", *Journal of International Law and Practice*, 2010, pp. 33-64.
- Gammage, C.: "Social Norms in EU Free Trade Agreements: Justiciable or Not?", in Gammage, C.; Novitz, C.T. (eds.): *Sustainable Trade, Investment and Finance: Towards Responsible and Coherent Regulatory Frameworks*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 50-82.

- Gao, H.S.: "The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Strategic Opportunity Meets Strategic Autonomy", maggio 2021, <https://ssrn.com/abstract=3843434> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3843434>.
- Granger, C.; Siroën, J.- M.: "La clause sociale dans les traités commerciaux", in Daugareilh, I. (sous la dir. de): *Mondialisation, travail, et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 181-212.
- Grasselli, G.; Suda, J.; Thomas, A.L.: "Social Clauses in Trade Agreements: Implications and Action Points for the Private Sector in Developing Countries", Geneva, 20 gennaio 2021, <https://repository.graduateinstitute.ch/record/298883>.
- Harrison, J.; Barbu, M.; Campling, L.; Richardson, B.; Smith, A.: "Governing Labour Standards through Free Trade Agreements: Limits of the European Union's Trade and Sustainable Development Chapters", *Journal of Common Market Studies*, 2019, pp. 260-277.
- Harrison, J.: "The Labour Rights Agenda in Free Trade Agreements", *Journal of World Investment & Trade*, 2019, pp. 705-725.
- Howse, R.; Langille, B.; Burda, J.: "The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog", in Leary, V. A.; Warner, D. (eds.): *Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 157-231.
- Hu, W.: "The EU-China Comprehensive Agreement on Investment. An In-depth Reading", *CEPS Policy Insights*, maggio 2021, n. PI2021-07, 2021.
- ILO: *Social Dimensions of Free Trade Agreements*, Geneva, 2013 (edizione riveduta nel 2015).
- ILO: *Handbook on Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, Geneva, 2017.
- ILO: *Labour Provisions in G7 Trade Agreements: a Comparative Perspective*, Geneva, 2019.
- Irish, M. (ed.): *The Auto Pact: Investment, Labour and the WTO*, Kluwer Law International, The Hague, 2004.
- Joseph, S.; Kinley, D.; Waincymer, J. (eds.): *The World Trade Organization and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.
- Kahn, P.: "Investissements internationaux et droits de l'homme", in Horchani, F. (sous la dir. de): *Où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre. Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Editions Pedone, Paris, 2007, pp. 95-109.
- Kaufmann, C.: *Globalisation and Labour Rights: the Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2007.
- Lamp, N.: "How Should We Think about the Winners and Losers from Globalization? Three Narratives and Their Implications for the Redesign of International Economic Agreements", *European Journal of International Law*, 2019, pp. 1359-1397.
- Lawrence, J.; Van Ho, T.; Yilmaz-Vastardis, A.: "EU-China Comprehensive Agreement on Investment. A Scoping Study", dicembre 2020.
- Leben, C.: "L'activité des entreprises dans une économie mondialisée et le droit international public", in Boschiero, N.; Luzzatto, R. (a cura di): *I Rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti: XII Convegno SIDI, Milano, 8-9 giugno 2007*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 59-86.
- Liberti, L.: "Investissements et droits de l'homme", in Kahn, P.; Walde, T. (eds.): *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 791-852.
- MacCrudden, C.; Davies, A.: "International Trade Law and Labour Rights", in Gehring, M. W.; Cordonier Segger, M.- C. (eds.): *Sustainable Development in World Trade Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 107-127.
- Marceau, G.: "Trade and Labour", in Bethlehem, D.; McRae, D.; Neufeld, R.; Van Damme, I. (eds.): *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 539-570.
- Marín Durán, G., "Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues", *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1031-1068.

- Marx, A.; Ebert, F.; Hachez, N.; Wouters, J.: *Dispute Settlement in the Trade and Sustainable Development Chapters of EU Trade Agreements*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Leuven, 2017.
- Mauro, M. R.: "Labour Standards, commercio internazionale e investimenti stranieri: la tutela di interessi (in)compatibili nel diritto internazionale", in Deli, M. B.; Mauro, M. R.; Pernazza, F.; Traisci, F. P. (a cura di): *Impresa e diritti fondamentali in una prospettiva transnazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 217-256.
- Orbie, J.; Babarinde, O.: "The Social Dimension of Globalization and EU Development Policy: Promoting Core Labour Standards and Corporate Social Responsibility", *Journal of European Integration*, n. 3, 2008, pp. 459-477.
- Orbie, J.; Tortell, L.: "The New GSP+ Beneficiaries: Ticking the Box or Truly Consistent with ILO Findings?", *European Foreign Affairs Review*, 2009, pp. 663-681.
- Paiement, P.: "Leveraging Trade Agreements for Labor Law Enforcement: Drawing Lessons from the US-Guatemala CAFTA Dispute", *Georgetown Journal of International Law*, 2018, pp. 675-692.
- Panagaryia, V. A.: "Trade-Labour Link: a Post-Seattle Analysis", in Drabek, Z. (ed.): *Globalisation Under Threat: the Stability of Trade Policy and Multilateral Agreements*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, pp. 101-123.
- Prévost, V. D.; Alexovičová, I.: "Mind the Compliance Gap: Managing Trustworthy Partnerships for Sustainable Development in the European Union's Free Trade Agreements", *International Journal of Public Law and Policy*, 2019, pp. 236-269.
- Richardson, B.; Harrison, J.; Campling, L.: *Labour Rights in Export Processing Zones with a Focus on GSP+ Beneficiary Countries*, 9 giugno 2017.
- Salomone, R.: "Preferenze tariffarie generalizzate e core labour standards", *Lavoro e diritto*, 2011, pp. 105-118.
- Sampson, M. D.: "The Downstream Implications of the EU-China Investment Agreement: Lessons from Trade", *Balsillie Papers*, 1 marzo 2021, pp. 1-9.
- Tyc, A.: *Global Trade, Labour Rights and International Law. A Multilevel Approach*, Routledge, London, 2021.
- Van Den Putte, L.; Bossuyt, F.; Orbie, J.; De Ville, F.: "Social Norms in EU Bilateral Agreements: a Comparative Overview", *CLEER Working Papers*, n. 4, 2013, pp. 35-48.
- Van den Putte, L.; Orbie, J.: "EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, pp. 263-283.
- Wang, L.; Li, Y.: "The Negotiation of EU-China Comprehensive Agreement on Investment and Its Potential Impact in the Post-Pandemic Era", *Journal of Chinese Economic and Business Studies*, n. 18, 2020, pp. 365-372.
- Yin, W.: "Challenges, Issues in China-EU Investment Agreement and the Implication on China's Domestic Reform", *Asia Pacific Law Review*, n. 2, 2018, pp. 170-202.



Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales

WIDOW'S PENSION: CRITICAL POINTS AND JURISPRUDENTIAL SWINGS

María Dolores García Valverde

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

mgarciav@ugr.es  0000-0001-8551-7014

Recibido: 08.11.2021. Aceptado: 24.11.2021

RESUMEN

En numerosas ocasiones la evolución social precede a la legislativa, en tanto se van presentando nuevas realidades o alternativas que progresivamente van integrándose en la sociedad y, en consecuencia, se han de insertar en el ordenamiento jurídico. Esto está pasando con la pensión de viudedad. Por ello, resulta de gran interés y utilidad analizar cómo se encuentran las nuevas situaciones que sobrepasan la realidad imperante actualmente, como es el caso de los matrimonios polígamos. También se debe estudiar cómo se ha insertado en el ordenamiento jurídico, en lo que respecta a la pensión de viudedad, realidades ya integradas en la sociedad como son el divorcio o las parejas de hecho. Y ver cómo la violencia de género influye en esta materia y los efectos de la unión por el rito gitano. Todo ello desde la perspectiva de los últimos pronunciamientos de los tribunales de justicia.

ABSTRACT

On many occasions, social evolution precedes legislative evolution, as new realities or alternatives are presented that progressively integrate into society and, consequently, have to be inserted into the legal system. This is happening with the widowhood pension. For this reason, it is of great interest and utility to analyze how new situations are found that exceed the current prevailing reality, as is the case of polygamous marriages. It is also necessary to study how it has been inserted in the legal system, with regard to the widow's pension, realities already integrated in society such as divorce or common-law couples. And see how gender violence influences this matter and the effects of the union through the gypsy rite. All this from the perspective of the latest pronouncements of the courts of justice.

PALABRAS CLAVE

Pensión de viudedad
Poligamia
Parejas de hecho
Matrimonio

KEYWORDS

Widow's pension
Polygamy
De facto couples
Marriage

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD
- III. LAS PAREJAS DE HECHO Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD
 - A. Vicisitudes hasta el reconocimiento
 - B. La necesaria acreditación como pareja de hecho
- IV. LA POLIGAMIA Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD
 - A. Delimitación de la problemática de la poligamia
 - B. El reconocimiento de la pensión de viudedad a los matrimonios polígamos
- V. PENSIÓN DE VIUEDAD EN EL SUPUESTO DE UNIÓN POR EL RITO GITANO
- VI. REFLEXIÓN FINAL
 - Bibliografía

*“Carla se quitó el chal, se pasó los dedos por el largo cabello y se lo soltó.
Suspiró profundamente y levantó la cabeza para mirar entre los árboles.
Volvió a cubrirse con el chal y miró a Nautaug.
Se apoyó en su brazo, dio una palmadita en la rugosa mano y le sonrió con ternura.
Subieron la escalera de la iglesia.
Y Nautaug sintió una pena muy honda en el corazón”.*
Tom T. Chamales¹

I. INTRODUCCIÓN

En numerosas ocasiones la evolución social precede a la legislativa, en tanto se van presentando nuevas realidades o alternativas que progresivamente van integrándose en la sociedad y, en consecuencia, se han de insertar en el ordenamiento jurídico mediante un proceso dialéctico en el que la aceptación y rechazo de ese nuevo escenario se contraponen. Dicha premisa, enfocándola en el acceso a la pensión de viudedad, se ve evidenciada en cómo determinadas situaciones alternativas al matrimonio convencional, que antes no tenían ninguna cabida en nuestra sociedad y ordenamiento jurídico, paulatinamente han ido integrándose en el mismo. Ante dicho escenario, resulta de gran interés y utilidad analizar cómo se encuentran las nuevas situaciones que sobrepasan la realidad imperante actualmente, como es el caso de los matrimonios polígamos, también estudiar cómo se ha insertado en el ordenamiento jurídico, en lo que respecta a la pensión de viudedad, realidades ya integradas en la sociedad como son el divorcio o las parejas de hecho. Y ver cómo la violencia de género también afecta a esta materia y los efectos de la unión por el rito gitano. Todo ello desde la perspectiva de los últimos pronunciamientos de los tribunales de justicia.

II. LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD

1. Chamales, T. T.: *Cuando hierve la sangre*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1985.

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, reconocía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de separación judicial. En cambio, el reconocimiento en el supuesto de divorcio lo hará su Ley reguladora (Ley 30/1981, de 7 de julio). Ley que también eliminó toda referencia a la culpabilidad o inocencia de los cónyuges al separarse o divorciarse, atribuyéndose expresamente la pensión de viudedad al cónyuge separado y divorciado “con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”. Desde ese momento se produjo un reconocimiento incondicionado de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio disuelto mediante divorcio, lo que supuso que la única razón de ser de esta pensión en este tipo de situaciones era el mero hecho de estar en un determinado estado civil, dejando de tenerse en cuenta la dependencia económica o estado de necesidad a la hora de determinar si se era beneficiario o no de la pensión de viudedad².

La finalidad de la pensión de viudedad ha ido evolucionando como consecuencia de los cambios sociales producidos, especialmente por la integración de la mujer en el mercado laboral. Así, esta pensión nació con la finalidad de ser una renta sustitutiva que colaborara con el sostenimiento económico de la familia al producirse el fallecimiento del cónyuge, pero se transformó con el transcurso del tiempo hacia una pensión con carácter indemnizatorio por el perjuicio económico causado por la muerte de un miembro de la familia. Así se fue reflejando en la doctrina constitucional³. Ello explica que en caso de concurrencia de beneficiarios, la pensión se reparte en función del tiempo de convivencia conyugal y no del estado de necesidad⁴.

Ahora bien, la Ley 40/2007, de 7 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, al reformar el régimen jurídico de la pensión de viudedad pretendió recuperar su finalidad como prestación sustitutiva de las rentas perdidas a consecuencia del fallecimiento del causante, cambiando las condiciones de acceso a la pensión para las personas separadas judicialmente, divorciadas o con un matrimonio nulo, vinculando su derecho a acceder a una pensión de viudedad a la pérdida de la pensión compensatoria de los artículos 97 y 98 del Código Civil⁵, y siempre que no hubieran contraído nuevas nupcias o establecido pareja de hecho formal. Conforme a ello, se

2. Consúltese Blasco Rasero, C.: “Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad”, *Temas Laborales*, núm. 121, 2013, pp. 63-105.

3. Véase, entre otras, STC 184/1990, de 15 de noviembre; STC 77/2004, de 9 de marzo y STC 174/2004, de 11 de mayo. El Tribunal señala que la pensión de viudedad ahora está vinculada a la de compensación de un daño, que es la minoración de ingresos en los que participaba el cónyuge superviviente, siendo irrelevante que el fallecimiento provoque o no un estado de necesidad, bastando el propio vínculo matrimonial como presupuesto para conceder la pensión.

4. Poquet Catalá, R.: “El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿Una realidad?”, *Temas Laborales*, núm. 119, 2013, pp. 157-188.

5. Repárese que la pensión compensatoria del artículo 97 CC, ya sea pactada o impuesta por el órgano judicial, tiene como finalidad corregir el perjuicio y desequilibrio económico que la ruptura de la relación causa en uno de los cónyuges, que supone un empeoramiento relevante en el nivel de vida de uno de los dos cónyuges respecto al otro, independientemente del estado de necesidad, pues esta pensión ha evolucionado de un prisma asistencial hacia uno más reparador y tendente hacia una potencial igualdad. Si bien un de los elementos más problemáticos de como se ha configurado la vinculación de la pensión de viudedad a la compensatoria es que el pago de esta última puede ser periódico o a través de una prestación única, no pudiendo acceder a la pensión de viudedad en el segundo caso ya que se exige ser acreedor de la pensión hasta el fallecimiento del causante. Una interpretación en Blasco Rasero, C., “Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad”, ob. cit., pp. 63-105.

pretendió restringir el reconocimiento de la pensión sólo a aquellos supuestos en que verdaderamente existiera dependencia económica, recuperando de esta manera la pensión, al menos en lo que respecta a los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, su carácter de renta sustitutoria, es decir, que esté reservada a situaciones en las que la pérdida del causahabiente sí supone un verdadero perjuicio para los supervivientes ya que este efectivamente contribuía a su sostenimiento⁶.

El artículo 220.1 LGSS establece que el acceso a la pensión de viudedad en caso de separación judicial o divorcio está condicionado, además de a que el superviviente no contraiga nuevas nupcias o constituya pareja de hecho, la circunstancia de que este fuera acreedor de la pensión compensatoria del artículo 97 CC⁷ y que esta se extinguiera al fallecer el causante, y por ende, si no se extingue, ya que tal obligación es heredada, o si se extinguió previamente a la muerte del causante –según el artículo 101 CC, tal pensión se extinguirá al desaparecer el desequilibrio económico–, no se considerará beneficiario a este excónyuge⁸.

El principal debate en el caso de reconocer la pensión de viudedad al excónyuge divorciado o separado se centra en la exigencia expresa de que dicha persona debe ser acreedor de la pensión compensatoria. Ello ha abierto un amplio debate, tanto en la doctrina científica como jurisprudencial. Se trata de determinar cómo se debe interpretar el artículo 220 LGSS.

Los Tribunales Superiores de Justicia han ido adoptando criterios contradictorios. Así, el Tribunal Supremo, en un principio, optó por una interpretación literal de la exigencia del precepto de la Ley General de la Seguridad Social. Pero esta doctrina ha sido cambiada por la STS de 29 de enero de 2014, Sala de lo Social, recurso 743/2013⁹. El Tribunal estableció que toda cantidad económica reconocida a favor de un ex cónyuge superviviente que cumpla la función propia de la pensión compensatoria, aunque no sea calificada expresamente como tal, surtirá efectos en este contexto como si de una pensión compensatoria del artículo 97 CC se tratara.

Ahora, el Tribunal Supremo concede la pensión de viudedad siempre que el superviviente percibe alguna cantidad periódica para su exclusivo beneficio, en tanto el fallecimiento del causante pone fin a una obligación asumida por este con la finalidad

6. Comentario en Gala Durán, C.: "Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad", *IUSLabor*, núm. 1, 2007, pp. 1-4.

7. Hay que tener presente que la regla general tiene tres excepciones, en las cuales no se exige al ex cónyuge divorciado o separado ser acreedor de dicha pensión. En primer lugar, el caso de las mujeres separadas o divorciadas, que sin ser acreedoras de la pensión compensatoria, pudieran acreditar haber sido víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio, conforme al artículo 220.1 LGSS. En segundo lugar, la disposición transitoria 13ª LGSS establece un régimen transitorio, por el cual, en aquellos supuestos de separación o divorcio previos a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (el 1 de enero de 2008), cuando entre la fecha de separación o divorcio y la muerte del causante no pasaran más de 10 años y el propio vínculo matrimonial haya durado al menos 10 años, además de otra serie de condiciones específicas. En tercer lugar, igualmente se concederá la pensión de viudedad a aquellos que se han separado o divorciado antes del 1 de enero de 2008 cuando el beneficiario tenga 65 años o más, no tenga derecho a otra pensión pública y el matrimonio hubiera durado al menos 15 años, en virtud de la propia disposición transitoria 13ª LGSS.

8. Repárese que de la misma forma se manifiesta el artículo 220.3 LGSS en los casos de nulidad matrimonial, vinculando el derecho a la pensión de viudedad al reconocimiento como acreedor de la indemnización compensatoria contenida en el artículo 98 CC.

9. Ponente L. Arastey Sahún.

de satisfacer el concepto al que atiende la pensión compensatoria, que es buscar la acción reparadora o restablecimiento del equilibrio económico, entendiéndose que la pérdida de esos ingresos acredita la situación de dependencia económica respecto del fallecido, siendo este el presupuesto a tener en cuenta a la hora de considerar si procede otorgar una pensión de viudedad en casos de separación o divorcio¹⁰.

La doctrina expuesta ha sido reiterada desde el año 2014 así se puede ver en la reciente STS de 3 de diciembre de 2020, n. 1080/2020¹¹. El Tribunal considera que, frente a este panorama de pensiones innominadas, no podemos pretender ceñirnos exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad. Por el contrario, habrá que acudir a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una interpretación finalista del otorgamiento de aquélla. Por consiguiente, el reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria, excluyendo los excepcionales supuestos en que, en caso de divorcio, se hubieran pactado alimentos en favor del cónyuge superviviente.

Por último, es preciso destacar ciertas particularidades en el caso de que se trate de una mujer víctima de violencia de género¹². La violencia de género, cuando se ejercita la acción de separación o de divorcio, debe tener efectos personales y patrimoniales que signifiquen la gravedad de la causa originadora de la crisis matrimonial¹³. Las mujeres víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio (mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento) tendrán derecho a la pensión de viudedad con independencia de ser o no acreedoras de la pensión compensatoria (art. 220.1 LGSS)¹⁴. Resulta extraño que no mencione también el precepto la nulidad matrimonial¹⁵.

Por otro lado, hay que señalar que el agresor condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio pierde la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda cuando la víctima de dichos delitos es la

10. Allueva Aznar, L. y Ginés i Fabrellas, A.: "La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015, pp. 1-25.

11. Ponente R. M. Virolés Piñol.

12. Véase el amplio comentario de Gutiérrez Pérez, M.: "La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018 (BIB 2018\10432).

13. Afirmación de Vela Sánchez, A. J.: "Violencia de género sobre la pareja y pensión compensatoria", *Diario La Ley*, núm. 9684, de 29 de julio de 2020.

14. Consúltese la STSJ de Andalucía (Social) de 8 de marzo de 2018 y la STSJ de Cantabria (Social) de 22 de enero de 2009 y Cervilla Garzón, M. J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 100 y ss.

15. En este sentido, López Rodríguez, J.: "El derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género en los supuestos de separación o divorcio", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 259 y ss. También pone de manifiesto otras deficiencias de la regulación.

causante de la pensión, excepto que haya reconciliación entre ellos (disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género)¹⁶.

Antes de finalizar este apartado dedicado a las situaciones de divorcio, se debe traer a colación una reciente STS, n. 613/2021, de 9 de junio¹⁷. Considera el Tribunal que la cónyuge supérstite tiene derecho a acrecer su pensión de viudedad si fallece la cónyuge histórica-divorciada, con quien compartía ésta. La sentencia viene a resolver un problema que la norma legal no lo hacía. Es bien sabido que la pensión de viudedad es única, y su cuantía no varía aunque concurren varias beneficiarias con derecho a generarla, la pensión debe dividirse y abonarse en atención al tiempo de convivencia con el causante. Pero la norma no contempla qué ocurre si acaecen incidencias que afectan posteriormente a la cuantía de esta pensión, como el fallecimiento de una de ellas, años después. A esto último es a lo que atiende el Tribunal Supremo declarando que la pensión de viudedad que obtiene la última esposa sí acrece cuando fallece quien fuera la histórica. El principio contributivo es el que justificaría este derecho de acrecimiento¹⁸.

III. LAS PAREJAS DE HECHO Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD

A. Vicisitudes hasta el reconocimiento

Con la reforma llevada a cabo, en esta materia, por la Ley 40/2007, hay que adaptarse a una nueva realidad social. Así, se amplía la pensión de viudedad a las parejas de hecho, ya que estas se han posicionado como una verdadera alternativa al matrimonio, dado que hay muchas parejas que prefieren convivir sin casarse. Si bien, para acceder a dicha pensión las parejas de hecho, además de cumplir los requisitos propios de los matrimonios, que es tener capacidad para contraerlo, deberán acreditar una convivencia estable y notoria durante al menos los últimos 5 años, a la vez que estar inscritas en registro público o constituidas en documento público con al menos 2 años de antelación, así como dependencia económica del sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. De esta manera se amplía la esfera de protección de la pensión, pero sin que las parejas de hecho alcancen un régimen igual a los matrimonios, destacando además que estas solo tendrán derecho a dicha pensión si el superviviente continúa siendo pareja del fallecido hasta su muerte, situación que no ocurre con los matrimonios al reconocerse la pensión también a los ex cónyuges¹⁹.

16. Un análisis general en Peña García, M. V.: "Las prestaciones específicas de seguridad social para la mujer víctima de violencia de género", en Barrios Baudor, G. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Derecho Vivo de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 239 y ss.

17. Ponente A. V. Sempere Navarro.

18. Un comentario de esta sentencia en Ballester Pastor, I.: "La cónyuge supérstite tiene derecho a acrecer su pensión de viudedad si fallece la cónyuge histórica-divorciada, con quien compartía ésta", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021, pp. 1 y ss.

19. Gala Durán, C.: "Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad", ob. cit., pp. 1-4.

Este trato desigual es el que más controversia ha propiciado tras la reforma, ya que una parte de la doctrina científica considera que esta ha significado un punto de partida, pero que se debe avanzar hacia la total equiparación entre matrimonios y parejas de hecho a efectos de acceder a la pensión de viudedad. Y es que a estas se les exige que la condición de pareja de hecho se acredite mediante una serie de formalidades que transforman una realidad meramente social a otra plenamente jurídica, desvirtuándose de esta manera la naturaleza de esta institución²⁰. Y además, se exige una determinada dependencia económica del beneficiario respecto al causante, criticándose que no existe ninguna razón que justifique la exigencia de mayores requisitos a las parejas de hecho que a los matrimonios, ya que en tanto se están equiparando ambas situaciones, deberían aplicarse las mismas condiciones para acceder a la pensión²¹.

También la doctrina científica afirma que los requisitos adicionales exigidos a las parejas de hecho para acceder a esta pensión desvirtúan y limitan injustificadamente la aceptación normativa de la realidad social de las uniones de hecho, debido a que la extensión de la pensión a las parejas de hecho debe hacerse en igualdad de condiciones respecto a los matrimonios, pues de lo contrario el Estado está fomentando el matrimonio mediante la pensión de viudedad, no atendiendo así a la finalidad con la que fue creada dicha prestación, y por tanto, la desvirtúa, y genera un efecto disuasorio de la existencia de parejas de hecho, pues se obliga a las personas a casarse para poder obtener la prestación en igualdad de condiciones, atentando contra la libertad del individuo de establecer otros modos de convivencia alternativos al matrimonio, en virtud del libre desarrollo de la personalidad configurado en el artículo 10 CE²².

De esta manera, se considera cuestionable que en tanto se regula un modelo familiar diferente, entre opciones legítimas, se puedan atribuir derechos disminuidos sin atentar contra la plena igualdad entre ellos, ya que con esta regulación se pretende primar el matrimonio sobre otras alternativas de familia, no estando justificado.

Sin duda se está ante una materia muy discutida entre la doctrina científica. Se sigue discutiendo si la regulación dada a la pareja de hecho desvirtúa a la misma. Ante lo que una parte de la doctrina considera que no es así, puesto que aunque al configurar el supuesto de hecho se diseña un modelo legal de pareja de derecho, y no de hecho, estableciendo dos modelos convivenciales: el formalizado y el no formalizado, ello es inevitable ya que de alguna manera se ha de poder acreditar la existencia de

20. Consúltese De Castro Mejuto, L. F.: "A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho", *Anuario da Faculta de Dereito da Universida de A Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 239-246.

21. Ballester Pastor ("La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho", *Tribuna Social*, núm. 209, 2008, p. 69) considera que el requisito económico de la dependencia económica del beneficiario respecto del fallecido ha de ser la regla general aplicable a todas las pensiones de viudedad, sea un matrimonio o una pareja de hecho, reconfigurando la pensión con un fin sustitutorio de rentas, como las demás pensiones de Seguridad Social, en vez de indemnizar un mero daño moral o afectivo. Si bien, considera que en tanto no sea igual para parejas de hecho y matrimonios, supone un trato desigual injustificado para las primeras respecto de las segundas.

22. Así lo ha manifestado Martínez Abascal, V. A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", *Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 17, 2010, pp. 59-90.

una pareja de hecho, teniendo una difícil articulación el carácter esencialmente fáctico de una realidad afectiva y convivencial con la necesaria formalización de esa realidad, delimitando el supuesto, pues no resulta fácil insertar en el ámbito jurídico aquello que es esencialmente fáctico sin desvirtuar dicha facticidad. Precisamente, para respetar su naturaleza, se ha de identificar la voluntad de permanencia y estabilidad de la convivencia *more uxorio*, no siendo esto presumible, sino que ha de constatarse por el transcurso del tiempo. Por lo que la existencia de una pareja de hecho no ha de depender de un acto jurídico constitutivo, como ocurre con el matrimonio, ya que esto suprimiría su elemento esencial que es la facticidad, sino que ha de consolidarse a través del transcurso de un tiempo de convivencia afectiva, que ha de poder acreditarse mediante alguna exigencia formal, a través de cualquier medio de prueba válido en Derecho, como es la inscripción en un registro de uniones de hecho²³.

Junto a este intento de la doctrina científica por aclarar sí hay discriminación o no a las parejas de hecho, la jurisprudencia afirma que no hay discriminación por el hecho de regular con distintos parámetros a unos y otros, y considera que establecer determinados requisitos a las parejas de hecho se fundamenta en que aquellos que eligen libremente no asumir los deberes conyugales, no tienen el mismo derecho a la protección social pública en caso de que fallezca su pareja frente a quienes han contraído matrimonio constituyendo una agrupación familiar reforzada para la atención de las necesidades económicas de sus miembros. Además, argumenta que la protección jurídica de la familia se debilita cuando resulta más desventajoso para los ciudadanos contraer matrimonio que convivir *more uxorio*, siendo esto último legítimo, pero más favorable para conservar las opciones del individuo que para la efectividad de las responsabilidades familiares y del interés de la familia. El tribunal parte de la idea de que quienes no quieren asumir obligaciones entre ellos provocan que la sociedad las tenga con ellos²⁴.

También resulta esclarecedora, a estos efectos, la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007, que estableció que se pretendía “adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales y así reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho que acrediten convivencia mutua, estable y notoria” y “una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial”. Sin embargo, se añade: “No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”. Por lo que el legislador parte de la premisa de que estos dos regímenes jurídicos no son equiparables jurídicamente, apoyándose en la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que afirma que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, ya que el primero es una institución social garantizada constitucionalmente, a diferencia de

23. Moliner Navarro, R.: “El derecho a la percepción de una pensión de viudedad para las uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana después de la STC 110/2016, de 9 de junio”, *Derecho Civil Valenciano*, núm. 20, 2016.

24. Véase el comentario en De Castro Mejuto, L. F.: “A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho”, ob. cit., pp. 239-246.

la unión de hecho *more uxorio*, y por tanto, el legislador, en su margen de configuración normativa, establece libremente que las parejas de hecho podrán acceder a la pensión de viudedad en tanto acrediten una serie de requisitos adicionales²⁵.

Para el Tribunal Constitucional los requisitos adicionales exigidos a las parejas de hecho respecto a los matrimonios no suponen un trato discriminatorio hacia éstas²⁶. El Tribunal se basa en que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia supone una vulneración del derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 CE, ya que en este caso las situaciones no pueden considerarse sustancialmente iguales y dicho trato desigual está justificado de manera objetiva y razonable. Además, no hay discriminación por el hecho de que las parejas de hecho que cumplen los requisitos accedan a la pensión de viudedad en detrimento de aquellas que no los cumplen, ya que la ley solo considera pareja de hecho a las primeras. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la exigencia de la constitución formal de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante no vulnera el derecho a la igualdad, siendo un mero medio para constatar la convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, a partir de la cual se podrá identificar que existe una situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad. Y por tanto, solo las parejas de hecho inscritas pueden acceder a esta pensión.

Además, el Tribunal afirma que los requisitos establecidos en el artículo 222.1 LGSS son acumulativos y simultáneos. Por lo que, para que los miembros de una pareja de hecho puedan acceder a esta pensión, independientemente de que se haya desarrollado una auténtica convivencia afectiva y estable, no deben estar impedidos para contraer matrimonio conforme al Código Civil (requisito subjetivo), deben demostrar la convivencia de 5 años (requisito objetivo) y acreditar la pareja de hecho mediante la inscripción en registro o la formalización en documento público (requisito formal). De esta manera, el mencionado artículo atiende a dos realidades: la convivencia afectiva y estable consolidada por el transcurso del tiempo; y la acreditación de la misma a través de determinados medios que el derecho considera válidos para asegurar un determinado nivel de seguridad jurídica²⁷.

Por tanto, según el Tribunal Constitucional, la acreditación de la pareja de hecho válidamente constituida durante al menos 2 años de antelación es un requisito formal (*ad solemnitatem*) independiente del hecho fáctico de la cohabitación, exigida como requisito material durante cinco años anteriores a la fecha del hecho causante, considerando de esta manera que no se trata de un requisito que puede ser cumplido de dos maneras diferentes, sino de dos exigencias distintas: la material que sirve para demostrar la convivencia por un periodo mínimo y la formal que acredita la constitución de la pareja ante derecho con cierta antelación²⁸.

25. Así, Chano Regaña, L.: "El derecho a pensión de viudedad del supérstite de una unión de hecho homosexual", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 31, 2014, pp. 125-137.

26. En este sentido, SSTC 44/2014, 45/2014 y 51/2014, de 7 de abril. Y también la STC 60/2014, de 5 mayo.

27. Ureña Martínez, M.: "Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp. 347-388.

28. Chano Regaña, L.: "El derecho a pensión de viudedad del supérstite de una unión de hecho homosexual", ob.

La doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional también es defendida por parte de la doctrina científica, pues defiende la existencia de ambos periodos de tiempo basándose en que persiguen fines diferentes, en tanto el certificado de empadronamiento acredita una convivencia en común de dos personas en un mismo domicilio, pero no la relación de afectividad análoga a la conyugal, la cual sí queda probada con la inscripción en el registro o documento público²⁹.

Sin embargo, otra parte de la doctrina acepta la idea de exigir una serie de requisitos para acceder a la pensión, pero no en los términos configurados actualmente, pues consideran que tales requisitos deberían ser alternativos y no acumulativos con el fin de evitar injusticias, pues debería pretenderse que tales exigencias sirvieran para acreditar la realidad convivencial, que es el fin último que se pretende y aquello que justifica la protección de la pensión. Pues no se trata de otorgar una prestación económica al que acredita una determinada situación jurídica, sino asistir económicamente al que necesita de esa prestación por el fallecimiento de la persona con la que convivía, debido a la dependencia económica, si existe, o la situación de necesidad surgida. Y en virtud de lo anterior, también afirma que se debería exigir la acreditación de la situación de convivencia y de dependencia o necesidad tanto a las parejas de hecho como al matrimonio para que la pensión de viudedad atendiera a su verdadero fin³⁰.

Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, que reformó varios aspectos de la pensión de viudedad, se planteó ante el Tribunal Constitucional varios recursos de inconstitucionalidad. En el momento actual no son de tanto interés, pero si deben ser tenidos presentes para entender el discurso general y avances de la doctrina fijada por el Alto Tribunal³¹. Recientemente, se ha dictado el ATC n. 8/2019, de 12 de febrero, que

cit., pp. 125-137.

29. Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de familia*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 125.

30. Moliner Navarro, R.: "El derecho a la percepción de una pensión de viudedad para las uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana después de la STC 110/2016, de 9 de junio", ob. cit.

31. Hay que traer a colación la disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007, la cual establecía un régimen transitorio y excepcional por el que se reconocía, pese a no cumplir los requisitos generales establecidos por la norma, la pensión de viudedad a las parejas de hecho cuando se produjere la muerte del cónyuge antes del 1 de enero de 2008 (fecha en entrada en vigor de dicha ley) y acontecieren una serie de circunstancias acumulativas, entre las cuales, se encontraba en el apartado c) de esta disposición la exigencia de que el causante y el beneficiario debían tener, al menos, un hijo en común para acceder a esta pensión en este supuesto excepcional. Ante esto, la STC 41/2013, y posteriormente la STC 55/2013, se pronunciaron sobre dicho requisito, declarándolo inconstitucional por vulnerar la cláusula general de igualdad, dado que este resultaba imposible de cumplir para las parejas de hecho heterosexuales infértiles y homosexuales (en tanto, la adopción es un proceso complejo y demorado en el tiempo), entendiéndose el Tribunal que no era justificable bajo el argumento de que resultaba necesario para acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, y por tanto, se declaró la nulidad de dicho requisito. Además, la disposición adicional 15ª de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que recogía la misma fórmula retroactiva excepcional para la pensión de viudedad de las parejas de hecho en el Régimen de Clases Pasivas, fue posteriormente derogada respecto a dicho precepto por la STC 81/2016, la cual aplicó analógicamente la solución dada en la STC 41/2013 al darse identidad de fundamento y regulación en las dos disposiciones legales cuestionadas.

Por otro lado, la reforma de 2007 introdujo en el antiguo artículo 174.3.5º LGSS una remisión a la legislación específica de ciertas Comunidades Autónomas, pues afirmaba que la consideración y acreditación como pareja de hecho atendería a lo establecido en la legislación específica de aquellas que disponen de Derecho civil propio, mientras que

inadmite por notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona respecto del artículo 174.3, párrafos primero, segundo y tercero, de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1994 (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) (LGSS), en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. El supuesto de hecho trata del fallecimiento de un señor que es pareja de una mujer que percibe una pensión por incapacidad permanente absoluta. Se debe determinar si hay dependencia económica como exige el artículo 221.1 LGSS. La pensión por incapacidad permanente absoluta está exenta según la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Concluye el Tribunal que no es inconstitucional la decisión del legislador de condicionar el derecho a las pensiones de viudedad de las personas sobrevivientes de las parejas de hecho a su situación real de necesidad económica³².

B. La necesaria acreditación como pareja de hecho

Para ser considerado pareja de hecho legalmente en lo que respecta al acceso a la pensión de viudedad se ha de atender exclusivamente a la legislación estatal relativa a la Seguridad Social, y en concreto al artículo 221.1 LGSS, debiendo cumplirse simultáneamente los requisitos enunciados en el mismo. Partiendo de esa premisa, ahora debemos profundizar cómo se pueden cumplir tales requisitos, pues la respuesta dependerá de cómo sea interpretado el artículo que los contiene.

El primer requisito, relativo a la capacidad matrimonial, que es el único compartido con los matrimonios, no tiene discusión alguna, pues se trata de cumplir las exigencias contenidas en el Código Civil para poder casarse. Por contra, los siguientes dos requisitos, se exigen para acreditar la existencia de pareja de hecho y sí han sido objeto de debate y contradicción.

Por un lado, está el requisito objetivo, según el cual, la acreditación de un período de convivencia estable, notoria e ininterrumpida durante al menos los últimos 5 años por parte de la pareja de hecho para ser considerada como tal se ha de documentar, conforme a una interpretación literal de dicho precepto, mediante el certificado de empadronamiento.

De esta manera lo consideraba el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que entendía este certificado como un requisito constitutivo del derecho a la pensión de

en el resto de Comunidades se aplicaría el régimen general establecido en la LGSS (antiguo art. 174.3.4º). Ante esta situación y dado que cada Comunidad había exigido distintas circunstancias para la consideración y acreditación de la pareja de hecho, los requisitos que determinaban el acceso a la pensión de viudedad variaban en función de la residencia o vecindad civil de las personas, lo cual suponía un tratamiento desigual sin justificación objetiva alguna en función del territorio en el que se resida y que además no respeta una competencia básica del Estado, como es la de fijar los requisitos y el régimen de Seguridad Social de forma uniforme para todo el territorio nacional, vulnerando así los artículos 14 y 149.1.17 CE. A consecuencia de tal hecho, este artículo fue declarado nulo por la STC 40/2014.

32. Véase el comentario de Casas Baamonde, M. E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000322.

viudedad, sin que pueda ser sustituido por otros medios de prueba, amparándose además en determinadas sentencias que así lo indicaban como eran las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de abril, 29 de septiembre y 30 de octubre de 2009. En la misma línea había sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria, Asturias y Navarra que consideraban que el precepto del artículo 221.2 LGSS no admitía interpretaciones extensivas, no estando ante un supuesto de prueba libre, puesto que, si así lo fuera, así lo hubiera reflejado el legislador, por lo que se configura como un supuesto de prueba tasada³³.

También parte de la doctrina científica defendía su interpretación literal, afirmando que: “con independencia de su acierto y al margen de razones de oportunidad, este criterio es el que debe mantenerse considerando el certificado de empadronamiento como requisito constitutivo, al ser, en principio, ésta la forma como lo ha configurado el legislador ante la dificultad de acreditar la duración de la convivencia en las parejas de hecho, y como medida que evita el fraude”³⁴.

Sin embargo, otros tribunales consideraban que el certificado no debía ser la única prueba para demostrar la convivencia de la pareja de hecho ya que este no constata fehacientemente que la convivencia sea estable o notoria, pues, ya sea por inactividad del sujeto o con un fin fraudulento, este puede estar empadronado en un lugar y residir en otro³⁵. En consecuencia, no se puede dar valor *ad solemnitatem* a dicho certificado y actuar como presunción *iuris et de iure* de la convivencia de la pareja ya que esto serviría para amparar situaciones fraudulentas con imposibilidad de destruirlas mediante prueba en contrario³⁶. Por ello, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 9 de julio de 2009 considera que este certificado ha de tener presunción *iuris tantum* y servir como medio ordinario de acreditación de la convivencia, compatible con otros medios probatorios, como es el caso de informes policiales, testificales y otros documentos valorables por el juez cuando así estime conveniente³⁷.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de mayo de 2010, vino a sentar doctrina, que fue reiterada en posteriores sentencias, unificando doctrina, al determinar que el empadronamiento municipal no es un medio de prueba exclusivo, contrario a la posición estricta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, pues considera al certificado como un medio probatorio más, entre otros posibles, ya que lo importante es demostrar la existencia real de la pareja de hecho, y no tanto la forma de su

33. Poquet Catalá, R.: “El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿Una realidad?”, ob. cit., pp. 157-188.

34. Molins García-Atance, J.: “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 6, 2008, p. 107.

35. Véase STSJ de Baleares, de 30 de abril de 2009.

36. STSJ Navarra de 28 de julio de 2009. Y resultando perjudicial para la propia Seguridad Social (STSJ de Castilla y León de 22 de abril de 2009).

37. En la misma línea, han sido admitidos como medios de prueba un contrato de compraventa de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal en la STSJ de Baleares de 18 de febrero de 2010 una cartilla bancaria conjunta en la que se domiciliaban los recibos de gastos comunes de la vivienda familiar en la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2009; y un certificado del Ayuntamiento, basado en la información de la Policía Local, que acreditaba el domicilio real en la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de julio de 2009.

acreditación, como ya habían indicado anteriormente la STSJ de Castilla y León, de 10 de junio de 2010 y la STSJ de Cataluña, de 10 de junio de 2009, por lo que podrá llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, en especial si se trata de un documento público, lo cual también es apoyado por las SSTSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2011, de Madrid de 19 de julio de 2010 y de Extremadura de 5 de octubre de 2010. Por tanto, el Tribunal Supremo apuesta por una interpretación flexible, según la cual se puede acreditar la convivencia mediante otras pruebas alternativas en tanto sean lo suficientemente fehacientes, y rechazando pruebas menos convincentes como la prueba testifical o el documento privado³⁸.

Por lo que se refiere al requisito formal, también se ha cuestionado si solo era posible acreditar la existencia de la pareja de hecho mediante la inscripción registral o constitución en documento público de la misma con la antelación establecida (interpretación literal de la norma) o si era posible usar otros medios alternativos de prueba que lo acreditaran (interpretación flexible).

Ante esto, parte de la jurisprudencia consideraba que el elemento constitutivo del derecho a esta pensión era la existencia real de la pareja y no la forma de acreditarla (STS de 25 de mayo de 2010 y SSTSJ Castilla y León de 19 de enero y 18 de febrero de 2010), por lo que la inscripción oficial tiene un simple valor *ad probationem*, pudiendo probarse la realidad de la unión de hecho a través de otros medios no previstos por el legislador, como podrían ser la existencia de hijos comunes o la firma ante notario de un contrato de compraventa de la vivienda familiar (SSTSJ de Baleares, de 18 de febrero de 2010 y de 3 de marzo de 2010) o la tenencia de una cartilla de la Seguridad Social donde aparece la viuda incluida a los efectos de asistencia sanitaria (STSJ de Andalucía, de 13 de abril de 2011). Sin embargo, en la actualidad el Tribunal Supremo estima que la existencia de la pareja de hecho solo puede acreditarse mediante la inscripción registral o constitución ante documento público, no pudiendo ser sustituido por otros medios de prueba, indicando expresamente que el libro de familia no sirve como prueba de la constitución de la pareja, ya que no fue así previsto por el legislador y que solo sirve para acreditar la afiliación, como indican las SSTS de 3 de mayo y de 15 de junio de 2011.

Hay que traer a la palestra la reciente STS de la Sala de lo Social, n. 350/2019, de 9 de mayo³⁹. La cuestión material debatida es la validez de un acta notarial de manifestaciones como documento público para la válida constitución de la pareja de hecho con efectos jurídicos para el acceso a la pensión de viudedad. El Tribunal no admite el recurso de casación para la unificación de doctrina, por falta de contradicción. Ello lleva a afirmar que desde el punto de vista material o sustantivo seguimos sin doctrina unificada en relación a la virtualidad constitutiva de las actas notariales de manifestaciones a los efectos del artículo 221.2 LGSS. Con todo, su indudable carácter de “documento público” no debería ser un impedimento para convertirse en vehículo válido

38. Poquet Catalá, R., “El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿Una realidad?”, ob. cit., pp. 157-188.

39. Ponente M. Calvo Ibarlucea.

para la declaración de la voluntad constitutiva de la pareja “de derecho” que permite el acceso a la pensión de viudedad⁴⁰.

Entre los últimos pronunciamientos destaca la STS de 7 de abril de 2021, n. 480/2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo⁴¹. Concede la pensión de viudedad a un ama de casa tras el fallecimiento de su pareja, un guardia civil (adscrito al régimen de clases pasivas) con el que convivió durante treinta años y con el que tuvo tres hijos. Le concede la pensión de viudedad, aunque nunca se casaron, ni se inscribieron como pareja de hecho en los registros de las Comunidades Autónomas ni de los Ayuntamientos, ni en un documento público. Por lo tanto, corrige lo establecido en la normativa de Clases Pasivas del Estado y de Seguridad Social.

Esta sentencia del alto Tribunal dispone que la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38 4 de la Ley de Clases Pasivas, si no también mediante certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca.

Por último, es preciso traer a colación la STS de 14 de octubre de 2020, Sala de lo Social, recurso n. 2753/2018⁴². Concede la pensión de viudedad de parejas de hecho, siempre que cumpla los restantes requisitos legalmente exigidos, a la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con la pareja en el momento del fallecimiento de ésta. El Tribunal realiza una interpretación con perspectiva de género a la hora de interpretar el artículo 221 LGSS. Así, la ausencia de convivencia no puede ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de violencia pueda acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

IV. LA POLIGAMIA Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD

A. Delimitación de la problemática de la poligamia

En la sociedad actual existe un fuerte flujo migratorio que trae consigo una importante diversidad cultural, que en ocasiones puede dar lugar a ciertos conflictos en el plano jurídico, como ocurre con especial énfasis en el ámbito de las relaciones conyugales, ya que puede darse la situación de que el ordenamiento jurídico de un país extranjero admita un tipo de matrimonio que resulte contrario con el derecho interno español⁴³.

En España el matrimonio es de carácter formal, y por ende, la validez del mismo viene condicionada a que su celebración sea conforme al procedimiento establecido,

40. Un comentario en Vicente Palacio, M. A.: “Pensión de viudedad y el tipo de documento público válido para constituir la pareja de hecho”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019, pp. 1-7.

41. Ponente C. Pico Lorenzo.

42. Ponente I. García-Perrote Escartín.

43. Véase García Valverde, M. D.: “Mujeres musulmanas en España. Poligamia y derecho a la pensión de viudedad”, en Carballeira Debasa, A. M. y González Santos, M. T. (coords.): *Islam: pasado, presente y futuro. ¿Hacia una sociedad intercultural?*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 129-146.

admitiendo los artículos 51 a 59 CC tanto el matrimonio civil como el celebrado en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, teniendo España, en virtud de esto último, firmados acuerdos por lo que se otorga validez al matrimonio celebrado en territorio español conforme a las normas y ritos de otras confesiones religiosas, además de la católica, como son la evangélica, la judía y la musulmana, mediante las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas del 10 de noviembre, respectivamente. Además estos matrimonios han de ser inscritos en el Registro Civil para el pleno reconocimiento de los efectos civiles⁴⁴.

La STC 194/2014, de 1 de diciembre, denegó la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio contraído por el rito islámico sin haberse tramitado el previo certificado de capacidad matrimonial ni inscribirse en el Registro Civil al considerar que dicho vínculo matrimonial no es válido al no cumplir uno de los requisitos establecidos en la Ley 26/1992 del Acuerdo de Cooperación entre España y la Comisión Islámica española, como es la obtención del mencionado certificado, cuya función es demostrar la capacidad nupcial de los contrayentes ante el encargado del Registro Civil, es decir, con el mismo se pretende verificar que estos cumplen los requisitos de fondo para la validez del matrimonio, por lo que sin el mismo tal matrimonio no existe. Si bien, es posible contraer matrimonio sin dicho expediente, pero resultará imprescindible la inscripción del matrimonio en el Registro Civil para otorgar validez al mismo, pues de esta manera se comprueba que se cumplen los requisitos de capacidad del Código Civil para contraer matrimonio⁴⁵.

Distinto es el supuesto de la poligamia. Está permitida en la Ley islámica, conocida como la *Sharia*, en la que el derecho, la tradición y la religión están estrechamente unidos, y en la *Mudawana*, que es el Código de Familia de Marruecos. Conforme a esta, el varón puede contraer matrimonio simultáneo con hasta 4 esposas, siempre y cuando acredite que se dan causas objetivas y de carácter excepcional que justifiquen el nuevo matrimonio y disponga de recursos financieros suficientes para sostener a toda la familia, a la vez que obtenga el consentimiento de la primera esposa, pudiendo esta divorciarse con derecho a ser resarcida en caso de no estar de acuerdo o incluir una cláusula en el pacto matrimonial que prohíba la poligamia⁴⁶.

Pero nuestro Derecho Civil y Penal prohíbe celebrar en territorio nacional el matrimonio polígamo, ya que el artículo 46.2 CC no permite expresamente que aquella persona que ya está ligada a otra conyugalmente celebre un nuevo matrimonio y el artículo 73.2 CC otorga la nulidad del mismo a quienes infrinjan dicha prohibición. Además, el artículo 217 del Código Penal –en adelante, CP– lo tipifica como delito so pena de prisión. Por su parte, la normativa sobre extranjería asume una postura un

44. Sobre esta cuestión existe jurisprudencia (aunque no de forma unánime), como fueron la STC 199/2005, de 15 de noviembre, y la STS de 15 de diciembre de 2004, que le reconocen determinados efectos en el ámbito socio-laboral, pues otorgan la pensión de viudedad a la esposa supérstite de este tipo de matrimonios no inscritos.

45. Blázquez Rodríguez, I.: "Matrimonio celebrado por el rito islámico. Certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 382-399.

46. Saad Bentaouet, M.: "El convenio bilateral hispano-marroquí de seguridad social y su aplicación", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 2, 2018, pp. 91-107.

tanto ambigua, ya que el artículo 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regula el reagrupamiento familiar, estableciendo que no podrá reagruparse más de un cónyuge, incluso aunque la ley personal del extranjero admita esa posibilidad matrimonial, dando a elegir a cuál esposa desea reagrupar.

Por otro lado, existe una norma de conflicto, contenida en el artículo 9.1 CC, que remite a la ley nacional del contrayente a la hora de considerar válido el matrimonio contraído por extranjeros fuera de España, es decir, se considerará válido en España el matrimonio constituido en el extranjero conforme a la ley nacional del contrayente. Además, en el acuerdo hispano marroquí (art. 7 de la Ley 26/1992) se reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica, incluyendo así el polígamo.

Ante dicha premisa, el matrimonio polígamo contraído en un país y por los nacionales de dicho país en el que sea legal debería ser considerado válido en España. Sin embargo, la regla general, que sería la aplicación de la norma de conflicto, se ve restringida en tanto remite a una ley extranjera que colisiona con el orden público internacional español, contenido en el artículo 12.3 CC⁴⁷.

De esta manera, hay numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado –DGRN en adelante– (de 11 de mayo de 1994, de 8 de marzo de 1995, de 3 de diciembre de 1996, de 14 de mayo de 2001 y de 30 de septiembre de 2008), denegando la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios polígamos contraídos legalmente en el extranjero, al considerar inaplicable excepcionalmente las normas que admiten la poligamia al colisionar con el orden público internacional español, al que se refiere el artículo 12.3 CC, argumentando que esta figura atenta contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción monógama del matrimonio en España y, en definitiva, causa un perjuicio para la sociedad española.

Mientras que la legislación civil, penal y específica sobre extranjería rechaza toda unión matrimonial que no sea monógama, existen dos convenios internacionales suscritos por España que atribuyen a las uniones matrimoniales polígamas de los nacionales de los países firmantes el derecho de acceder a la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. El artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí sobre Seguridad Social, firmado el 8 de noviembre de 1979 y publicado en el BOE de 5 de julio de 1982⁴⁸, afirma que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. Con parecidos términos se pronuncia el Convenio Hispano-Tunecino, firmado el 26 de febrero de 2001, publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2001 y en vigor desde el 1 de enero de 2002. Así, estos convenios reconocen la pensión de viudedad a las

47. Asín Cabrera, M. A.: “La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de las relaciones familiares”, *Anuario de la Inmigración en España 2014*, 2015, pp. 302-326.

48. Modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998.

esposas del marido polígamo fallecido. Aunque, en todo caso, la pensión es única y deberá repartirse por partes iguales entre las esposas.

De lo anterior se concluye que dichos convenios reconocen determinados efectos en materia socio-laboral a una figura que está prohibida en la legislación civil y penal de producción interna y que colisiona con determinados principios y valores constitucionales de los artículos 10 y 14 CE.

B. El reconocimiento de la pensión de viudedad a los matrimonios polígamos

En virtud de la propia legislación española, resulta evidente que el matrimonio polígamo, ya sea contraído por españoles o extranjeros, en España o en el extranjero, no es considerado válido en territorio español, y por ende, no despliega todos sus efectos civiles. Sin embargo, que el matrimonio polígamo sea inválido en España no excluye necesariamente la posibilidad de que pueda desplegar determinados efectos, especialmente en el ámbito socio-laboral, en lo relativo al reconocimiento de la pensión de viudedad⁴⁹.

En este sentido, existen numerosas sentencias de nuestros tribunales que han denegado la pensión de viudedad a las esposas supervivientes de un varón polígamo⁵⁰. Estas resoluciones consideraron que la pensión de viudedad, en caso de poligamia, corresponde exclusivamente a la primera esposa del varón, ya que sería el único matrimonio reconocido conforme al Derecho español, siendo nulo de pleno derecho los ulteriores matrimonios producidos en tanto no se disolvió el primero y, por ello, no se les reconoce efectos jurídicos algunos⁵¹.

Frente a esta doctrina judicial, existen otros pronunciamientos que reconocen efectos en materia de protección social a la poligamia⁵². Dentro de las sentencias que reconocen la pensión de viudedad a las esposas de un polígamo, se distingue también entre las que aplican el criterio de reparto establecido en los Convenios de España con Marruecos y Túnez, distribuyendo la pensión a partes iguales entre las beneficiarias⁵³, y las que rechazan el criterio mencionado y aplican por analogía el antiguo artículo 174.2 LGSS, y por tanto, reparten la pensión entre los beneficiarios

49. García Valverde, M. D.: "Mujer musulmana en España. Especial consideración del derecho a la pensión de viudedad", *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, pp. 69-98.

50. Entre otras, SSTSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003; de 25 de abril de 2016 y de 27 septiembre de 2017 (eran matrimonios polígamos contraídos en Gambia y Senegal) y de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 junio de 2005 (segundo matrimonio contraído en México).

51. Valverde Martínez, M. J. y Carrascosa González, J.: "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 718-731.

52. STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de junio de 2015. Concedió la pensión de viudedad a los diversos cónyuges simultáneos del causante, de nacionalidad marroquí, considerando compatible que el matrimonio celebrado por quien ya tenía un vínculo matrimonial previo se estime nulo en la legislación española y se deniegue su acceso al Registro Civil, con el hecho de considerar beneficiaria de la pensión de viudedad a la segunda esposa simultánea.

53. A destacar el caso de nacionales de Senegal, Gambia y Marruecos, reflejado en la STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003.

de manera proporcional en función del tiempo de convivencia con el causante⁵⁴. Pero nunca se otorga una pensión de viudedad completa a cada beneficiaria, pues ello supondría un enriquecimiento injusto de las mismas y perjuicio para la Seguridad Social.

Lo anterior permite concluir que cuando los solicitantes no son de países que tengan firmados convenios internacionales en materia de Seguridad Social que reconozca expresamente la pensión de viudedad en caso de poligamia, no existe una posición definida a la hora de resolver esta cuestión, resultando imprescindible que sea regulada por el legislador o interpretada por el Tribunal Supremo. Mientras que en el caso de que los cónyuges sean marroquíes o tunecinos y se haya contraído los matrimonios simultáneos en sus países de origen, corresponde aplicar los convenios sobre Seguridad Social que España tiene suscrito con tales países, y por tanto, sí se concede la pensión de viudedad. Precisamente el Instituto Nacional Seguridad Social ha sostenido esa postura, como regla general, otorgando la pensión a este tipo de ciudadanos, y aplicando generalmente las reglas de reparto del convenio, si bien no de manera unánime esto último.

Otro paso lo dan las SSTs de 24 enero de 2018 (recurso n. 98/2017) y de 17 de diciembre de 2019 (recurso n. 2679/2017), ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En esta ocasión el tribunal admite, por primera vez, el derecho de una segunda viuda a cobrar la pensión de su cónyuge polígamo, de nacionalidad marroquí, y a repartírsela a partes iguales con la primera esposa, aplicando la regla de reparto establecida en el artículo 23 del convenio hispano-marroquí⁵⁵.

La sentencia parte de que los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero no resultan válidos en España en aplicación del orden público internacional español, pero como el uso del orden para restringir la norma de conflicto es una excepción al normal funcionamiento de la misma, esta excepción debe operar de modo restrictivo, lo cual supone que solo ha de operar cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que sea preciso para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española. Por tanto la excepción (el orden público internacional) no debe fagocitar a la regla general (la norma de conflicto), debiendo actuar la primera solo con el fin de proteger los valores esenciales del Derecho español y solo en la medida estrictamente necesaria para evitar un perjuicio a los mismos⁵⁶.

Sin embargo, pese a todo, en esta sentencia el causante estaba encuadrado en el régimen de clases pasivas al ser un funcionario al que se le aplicaba el régimen vigente hasta el 31 de diciembre de 2010. Y a causa de esto no le resultaba aplicable este convenio, el cual abarca las prestaciones del régimen general y determinados regímenes específicos. Pese a ello, el tribunal aplicó mediante “analogía juris” la tesis

54. En este sentido, la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 y la STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002.

55. Un comentario crítico de ambas sentencias en Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia”. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. VI, núm. 1, 2021, pp. 4-11. También véase López Terrada, E. y Martín-Pozuelo López, Á.: “Los efectos del matrimonio polígamico en España: la pensión de viudedad”, en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 297 y ss.

56. Saad Bentaouet, M., “El convenio bilateral hispano-marroquí de seguridad social y su aplicación”, ob. cit., pp. 91-107.

del orden público internacional atenuado aplicable al convenio, y por ende, estableció que se ha de recurrir al orden público internacional atenuado inclusive cuando no resulte procedente aplicar el convenio, en la búsqueda de un resultado justo. Por tanto, se admite el derecho de la segunda esposa a percibir la mitad de dicha pensión de viudedad, aplicando también la regla de reparto del convenio, sin aceptar la validez del matrimonio en España, puesto que solo se acepta un efecto colateral o periférico del mismo⁵⁷.

V. PENSIÓN DE VIUEDAD EN EL SUPUESTO DE UNIÓN POR EL RITO GITANO

La unión por el rito gitano y sus efectos en lo relativo a la pensión de viudedad ha sido, y sigue siendo, una cuestión controvertida y que no obtiene hasta el momento una solución, ni desde el punto de vista legal ni jurisprudencial.

La STC 69/2007, de 16 de abril, relativa al acceso a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano. El Tribunal denegó la pensión, negando que se produjera cualquier tipo de discriminación, ya que este rito no es reconocido por el legislador como una forma válida de contraer matrimonio y las partes podían haberlo contraído libremente en alguna de las formas admitidas en Derecho. Sin embargo, posteriormente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contradujo al Tribunal Constitucional al reconocer la pensión de viudedad a la recurrente (aunque no plenos efectos civiles al matrimonio), considerando que la denegación de tal derecho suponía una diferencia de trato injustificada y desproporcionada frente a otras situaciones en las que se había extendido el derecho a quienes incumplían algún requisito de validez del matrimonio. Así lo manifestó en su sentencia de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España⁵⁸.

Recientemente, con la STS de 25 de enero de 2018, n. 58/2018⁵⁹, otra vez se vuelve sobre esta cuestión controvertida. El tribunal deniega la pensión de viudedad a la mujer que había contraído unión conforme al rito gitano⁶⁰.

Ahora, en 2021, se ha resuelto el recurso de amparo planteado, con lo que vuelve a estar en la palestra este problema no resuelto. La STC 1/2021, de 25 de enero⁶¹, ha declarado que a la recurrente en amparo no se le ha vulnerado su derecho a no ser discriminada por razón de raza/etnia reconocido en el artículo 14 CE al negarle una pensión de viudedad porque “la unión celebrada conforme a los usos y costumbres

57. Valverde Martínez, M. J. y Carrascosa González, J.: “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, ob. cit., pp. 718-731.

58. Véase Poquet Catalá, R.: “Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021, pp. 287-314 y Blázquez Agudo, E. M.: “La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 422, 2018, pp. 158-163.

59. Ponente L. F. de Castro Fernández.

60. Quintanilla Navarro, R. Y.: “Pensión de viudedad en caso de unión por el rito gitano”, en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pp. 385-392.

61. Ponente E. Roca Trías.

gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio con efectos de validez civil". En consecuencia, no existe una discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos al no haber equiparado la unión de la demandante con las uniones de hecho debida y legalmente formalizadas. Una señal más de lo controvertida que es esta materia lo constituye que el hecho de que la sentencia tiene un voto particular del magistrado Xiol Ríos⁶².

Como venía siendo habitual, también en esta ocasión se ha acudido ante el Tribunal de Estrasburgo a la vista del fallo que deniega la pensión de viudedad a la mujer viuda gitana⁶³. Los argumentos del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son los mismos que en el caso de la señora Muñoz. Hay una discriminación indirecta. Se aplica de forma ciega un requisito legal sin tener presente las circunstancias personales de esta mujer gitana. Se argumenta que se trata de una "discriminación intersectorial", pues entra en juego su origen étnico gitano, también la condición de mujer y rol de los cuidados; y la situación de vulnerabilidad socioeconómica⁶⁴.

Se trata de un litigio, desde la perspectiva doctrinal, muy interesante ya que está en juego la existencia, por una parte, de una posible discriminación racial (contra la población gitana) y también de una posible discriminación indirecta por afectar especialmente a dicha población. El Tribunal Constitucional (tanto en 2007 como en 2021) ha perdido la oportunidad de analizar el litigio desde la perspectiva de una posible discriminación múltiple o interseccional por razón conjunta de raza y género.

Estas situaciones ponen de manifiesto que es precisa una revisión de la normativa reguladora de la pensión de viudedad acorde con los estándares fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La pensión de viudedad ha ido evolucionando desde sus orígenes hasta la actualidad, fruto de la transformación social experimentada durante los siglos XX y XXI, debido a la absoluta integración de la mujer al mercado laboral, la normalización del divorcio

62. El voto particular del magistrado Xiol considera que existe una discriminación indirecta por razón de pertenencia a una minoría nacional en el trato dispensado para denegar la prestación por viudedad a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní que no sean inscritas en los registros específicos. El magistrado, en aplicación de la jurisprudencia constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, argumenta, con una amplia exposición de datos estadísticos, que la denegación de una pensión de viudedad en estas circunstancias implica una desventaja particular de los miembros de la comunidad romaní en relación con el resto de personas que conviven bajo la fórmula de uniones de vida registradas; y que la exigencia de inscripción de las uniones de vida para lucrar la prestación de viudedad cumple una finalidad de garantía que queda satisfecha, incluso en mayor medida, por los elementos que comporta la tradición cultural de la unión de vida celebrada conforme al rito romaní. Asimismo, resalta que no cabe excluir la concurrencia de la buena fe de la demandante de amparo como elemento relevante del juicio de proporcionalidad de la posible lesión del principio de no discriminación ponderado en la jurisprudencia establecida en la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España.

63. Véase noticia publicada en <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-mujer-gitana-demanda-espana-tribunal-estrasburgo-denegarle-pension-viudedad-20210802235929.html>.

64. Un comentario en Rodríguez Bravo de Laguna, J. J.: "Unión por el rito gitano y pensión de viudedad. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero", *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, pp. 133-142.

dentro de la sociedad y la aparición de modos de convivencia alternativos al matrimonio, como es la pareja de hecho. Todo ello ha dado lugar a nuevos escenarios que reconocen como beneficiarios de la pensión a ciertas personas antes no protegidas. También se ha ido transformando la finalidad de la pensión, pasando de ser una pensión que cubría exclusivamente el estado de necesidad en el que se encontraba la viuda desvalida de primera mitad de siglo XX, a ser una pensión compensatoria que pretende resarcir el perjuicio que ha causado la pérdida del cónyuge o pareja.

La reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007 reorienta parcialmente la finalidad de la pensión de viudedad, asociándola a la dependencia económica del superviviente respecto al fallecido, tanto al exigir determinados requisitos económicos a las parejas de hecho como al vincular el acceso de la pensión de viudedad de los excónyuges a la obtención de una pensión compensatoria. Si bien, este nuevo requisito dificulta el acceso a esta pensión por parte de los divorciados, la jurisprudencia ha tendido a flexibilizar tal requisito, ampliando el acceso a la misma a aquellos que disfruten de una pensión cuya finalidad sea similar a la compensatoria, pese a que las partes no la denominen como tal.

La Ley 40/2007 extendió la pensión de viudedad a las parejas de hecho, pero de manera limitada al condicionarlo al cumplimiento de una serie de requisitos simultáneos, conforme al Tribunal Supremo. Si bien, dentro de tales requisitos, la demostración de la convivencia estable y notoria durante los últimos 5 años puede ser tanto mediante certificado de empadronamiento como a través de otro medio de prueba fehaciente que lo corrobore, siguiendo así un criterio flexible. Por el contrario, la acreditación formal de la existencia de la pareja de hecho solo puede hacerse a través de la inscripción en el registro correspondiente o la constitución como tal ante documento público con una antelación mínima de 2 años. De esta manera se prioriza la acreditación formal de la pareja frente a la verdadera relación afectiva y estable que subyace entre los miembros, pudiendo dar lugar a situaciones un tanto injustas, resultando así de gran importancia conocer estas exigencias.

Precisamente como las nuevas realidades imponen nuevos escenarios que han de ser amparados por el Derecho, la proliferación de matrimonios polígamos contraídos en el extranjero y que viven en España, a consecuencia de la globalización y los fuertes flujos migratorios entre España y determinados países musulmanes, ha provocado estos últimos años la obligación de tener que determinar si este tipo de matrimonios puede acceder a la pensión de viudedad. En este sentido, tras varios años de múltiples sentencias contrapuestas de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, actualmente se sigue la doctrina asentada por el Tribunal Supremo. Según este, se concederá la pensión de viudedad, a partes iguales, a todas las esposas simultáneas del fallecido, siempre que este sea nacional de alguno de los países firmantes de los acuerdos sobre Seguridad Social con España (Marruecos y Túnez), en tanto así viene determinado en dichos acuerdos y en aplicación del orden público internacional atenuado por el que se permite a la poligamia, pese a estar prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, producir unos determinados efectos periféricos

con vistas a cubrir una situación merecedora de protección por parte de la pensión de viudedad.

Sin embargo, cuando el matrimonio polígamo se celebre entre sujetos de otro país distinto de los anteriores, no hay una doctrina clara, unánime y definitiva que conceda o deniegue la pensión en tal caso, lo que supone un atentado contra el principio de seguridad jurídica.

Además, la pensión de viudedad no solo se ve afectada por las transformaciones experimentadas por la estructura familiar, sino también está condicionada por las nuevas realidades sociales tan importantes como es la violencia de género. Una lacra social que afecta a todas las vertientes de la vida.

Son muchos los problemas que rodean a la pensión de viudedad. También son muy abundantes los pronunciamientos de nuestros Tribunales de Justicia, en todas las instancias, y no solo en el orden jurisdiccional social, pues la jurisdicción contencioso-administrativa tiene mucho que decir en este tema. Tampoco es un tema olvidado por la doctrina científica. Quizás será el momento de plantear una reforma integral de la pensión de viudedad.

Para finalizar se debe, una vez más, afirmar que la regulación de la pensión de viudedad adolece de todos los defectos, lagunas y contradicciones que siempre se dan cuando se utiliza un método de reforma de una institución jurídica como el que se ha utilizado al ir reformando esta pensión. Como dijo Bernardo Gonzalo González, allá por los años 90 del siglo pasado: “falta diseño y abunda la política menuda y el bricolaje”. Sirva el recuerdo de estas palabras como mi reconocimiento a su valía profesional, *in memoriam*.

Bibliografía

- Allueva Aznar, L. y Ginés i Fabrellas, A.: “La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.
- Asín Cabrera, M. A.: “La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de las relaciones familiares”, *Anuario de la Inmigración en España 2014*, 2015.
- Ballester Pastor, I.: “La cónyuge supérstite tiene derecho a acrecer su pensión de viudedad si fallece la cónyuge histórica-divorciada, con quien compartía ésta”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021.
- Ballester Pastor, I.: “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, *Tribuna Social*, núm. 209, 2008.
- Blasco Rasero, C.: “Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad”, *Temas Laborales*, núm. 121, 2013.
- Blázquez Agudo, E. M.: “La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 422, 2018.
- Blázquez Rodríguez, I.: “Matrimonio celebrado por el rito islámico. Certificado de capacidad matrimonial y derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015.
- Casas Baamonde, M. E.: “La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019.

- Cervilla Garzón, M. J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- Chamales, T. T.: *Cuando hierva la sangre*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1985.
- Chano Regaña, L.: "El derecho a pensión de viudedad del supérstite de una unión de hecho homosexual", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 31, 2014.
- De Castro Mejuto, L. F.: "A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho", *Anuario da Faculta de Dereito da Universida de A Coruña*, núm. 12, 2008.
- Desdentado Daroca, E.: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de familia*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- Gala Durán, C.: "Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad", *IUSLabor*, núm. 1, 2007.
- García Valverde, M. D.: "Mujer musulmana en España. Especial consideración del derecho a la pensión de viudedad", *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015.
- García Valverde, M. D.: "Mujeres musulmanas en España. Poligamia y derecho a la pensión de viudedad", en Carballeira Debasa, A. M. y González Santos, M. T. (coords.): *Islam: pasado, presente y futuro. ¿Hacia una sociedad intercultural?*, Dykinson, Madrid, 2016.
- Gutiérrez Pérez, M.: "La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018.
- López Rodríguez, J.: "El derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género en los supuestos de separación o divorcio", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, Murcia, 2018.
- López Terrada, E. y Martín-Pozuelo López, Á.: "Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018.
- Martínez Abascal, V. A.: "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?", *Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 17, 2010.
- Moliner Navarro, R.: "El derecho a la percepción de una pensión de viudedad para las uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana después de la STC 110/2016, de 9 de junio", *Derecho Civil Valenciano*, núm. 20, 2016.
- Molins García-Atance, J.: "La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social", *Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 6, 2008.
- Peña García, M. V.: "Las prestaciones específicas de seguridad social para la mujer víctima de violencia de género", en Barrios Baudor, G. L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.): *Derecho Vivo de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019.
- Poquet Catalá, R.: "El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿Una realidad?", *Temas Laborales*, núm. 119, 2013.
- Poquet Catalá, R.: "Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021.
- Quintanilla Navarro, R. Y.: "Pensión de viudedad en caso de unión por el rito gitano", en AA.VV.: *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018.
- Rodríguez Bravo de Laguna, J. J.: "Unión por el rito gitano y pensión de viudedad. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero", *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021.
- Saad Bentaouet, M.: "El convenio bilateral hispano-marroquí de seguridad social y su aplicación", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 2, 2018.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia". *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. VI, núm. 1, 2021.

- Ureña Martínez, M.: "Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.
- Valverde Martínez, M. J. y Carrascosa González, J.: "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018.
- Vicente Palacio, M. A.: "Pensión de viudedad y el tipo de documento público válido para constituir la pareja de hecho", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019.



La videovigilancia en el ámbito laboral. Algunos aspectos destacados en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia (2019-2020)

VIDEO SURVEILLANCE IN THE WORKPLACE. SOME DISTINGUISHED ASPECTS IN THE RECENT DOCTRINE OF THE SPANISH HIGH COURTS OF JUSTICE (2019-2020)

Jaime Román Lemos

Universidad de Sevilla

jaime.roman.lemos@gmail.com 0000-0001-6537-647X

Recibido: 01.11.2021. Aceptado: 08.11.2021

RESUMEN

La videovigilancia es un medio más de control por las empresas de la prestación laboral. Pero este derecho empresarial debe ser conjugado con los derechos –constitucionales en algún caso– del trabajador. De ahí que legislación y tribunales exijan que el uso de videocámaras responda a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En este artículo estudiamos la posición de los Tribunales españoles sobre el alcance de la información previa que debe ofrecerse a los trabajadores, si se requiere o no sospechas previas de comportamiento ilícito de los trabajadores, cuál debe ser la finalidad de la videovigilancia o el lugar de instalación de las cámaras (si con carácter general es ilícita la instalación de cámaras encubiertas, circunstancias excepcionales harán viable su empleo). Finalmente, analizamos las consecuencias de la obtención ilícita de imágenes en orden a la calificación del despido en que aquellas han sido utilizadas por la empresa.

ABSTRACT

Video surveillance is another work control mechanism exercised by companies. However, this business right must be combined with the worker's rights –which are sometimes constitutional–. Therefore both the legislation and the courts require workplace video recording to be aligned with the suitability, necessity and proportionality principles. This article is done in order to study the spanish courts' standpoint in relation with the scope of prior information offered to workers, whether previous suspicions of illegal behavior by workers are required or not, what video surveillance's aim must be or where video cameras should be installed (although the installation of hidden cameras is generally illegal, its application is legally viable under certain circumstances). Finally, we analyse the consequences of obtaining images illegally regarding the judicial classification of the dismissal.

PALABRAS CLAVE

Control empresarial
Videovigilancia
Instalación de cámaras
Protección de datos personales

KEYWORDS

Corporate control
Video surveillance
Video cameras installation
Personal data protection

SUMARIO

- I. PODERES EMPRESARIALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR: VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO A LA INTIMIDAD
 - II. EXAMEN DE ALGUNOS REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES DE LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL
 - A. Información a los trabajadores
 - B. Consentimiento “implícito”
 - C. Lugar de instalación de las cámaras
 - D. La sospecha como requisito: solo para la instalación de cámaras ocultas
 - III. FINALIDAD DE LA VIDEOVIGILANCIA
 - IV. LICITUD DE LA INSTALACIÓN DE CÁMARAS OCULTAS
 - V. CONSECUENCIAS LABORALES DE LA OBTENCIÓN ILÍCITA DE IMÁGENES
 - VI. RECAPITULACIÓN
- Bibliografía
Anexo: índice analítico de las sentencias consultadas

I. PODERES EMPRESARIALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR: VIDEOVIGILANCIA Y DERECHO A LA INTIMIDAD

La relación laboral es esencialmente subordinada, en tanto uno de los sujetos, el trabajador, presta sus servicios “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores; ET en adelante¹). La posición superior del empleador le otorga, como señala la doctrina laboralista, tres tipos de poderes: directivos, de control y disciplinarios; pero en el ejercicio de esos poderes el empresario “queda sometido al respeto del conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos y garantizados constitucionalmente”².

Nosotros nos vamos a centrar en uno concreto de esos poderes, el de control de la prestación laboral, a cuyo efecto dispone el artículo 20.3 ET que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. El precepto concede al empresario “un amplio margen de discrecionalidad”³ a la hora de elegir los instrumentos de control, de modo que “se permite la utilización de cualquier medida o medio de control, sin excluir *a priori* ninguno de los posibles actualmente imaginables o desarrollables en el futuro conforme a nuevas tecnologías”⁴.

1. Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre de 2015).

2. Cfr. Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 212 y 217.

3. Montoya Melgar, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”, en Sánchez Trigueros, C. y González Díaz, F. A. (dirs.): *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 39-40. Dicho de otro modo: “La ley es en principio bastante permisiva” (Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 672).

4. Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 239.

Entre tales medios de control ocupa un lugar destacado la videovigilancia, técnica – señalan los autores– “muy recurrente por parte de las empresas”⁵. Pero si los derechos que asisten al empresario amparan la utilización de videocámaras, los que asisten al trabajador exigen el respeto a su intimidad (o, si se quiere, la protección de sus datos personales). No cabe duda de que las nuevas tecnologías vienen incrementando desde hace un tiempo las posibilidades de control del empresario⁶, pero en igual medida se incrementa el riesgo de lesión a los derechos del trabajador⁷; de ahí que se haga preciso establecer lo que la doctrina francesa denominó “deontología de controles”⁸.

En definitiva, pues, la problemática reside en cómo conjugar derechos, en algunos casos del mismo rango –constitucional–, que amparan a cada una de las partes de la relación laboral. Los términos del debate nos los deja bien claro el siguiente pronunciamiento: “Los derechos que se ven enfrentados son tanto el derecho a la intimidad de los trabajadores (art. 18.1 Constitución Española) y a la protección de datos, al establecer el artículo 18.4 de la Constitución Española que la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el derecho al honor y a la intimidad y, de otro lado, el derecho a la libertad de empresa, artículo 38 de la Constitución Española y el derecho del empresario de ejercer la vigilancia y control sobre la prestación laboral recogido en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores”⁹.

Damos por sentado que el derecho a la protección de datos, derivado directamente del derecho reconocido en el artículo 18 CE, no es ilimitado, como no lo es ningún derecho fundamental: “El derecho a la protección de datos no es ilimitado, y lo encuentra [el límite] en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución, entre los que está el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva”¹⁰.

5. Y “la razón es más que evidente, y es que, la instalación de estas técnicas, constituye una herramienta sumamente eficaz para la acreditación de los incumplimientos contractuales” (Murga Fernández, J. P.; Fernández Scagliusi, M. Á.; Palma Ortigosa, A.; Lorenzo Cabrera, S.: “Normativas sectoriales afectadas por la protección de datos”, en Murga Fernández, J. P. y Fernández Scagliusi, M. Á. y Espejo Lerdo de Tejada, M. (dirs.): *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía. Curso de «Delegado de Protección de Datos»*, Reus, Madrid, 2018, pág. 299).

6. Loy, G.: “El dominio ejercido sobre el trabajador”, en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 61.

7. Cfr. Valle Muñoz, F. A.: “El control empresarial del piquete informativo huelguista mediante videocámaras”, en Marín Alonso, I. e Igartua Miró, M. T. (dirs.) y Solís Prieto, C. (coord.): *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020, p. 430. También Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Poder de dirección y derecho contractual”, en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 23, y García Salas, A. I.: “Videovigilancia y control empresarial del trabajador. Su regulación en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”, en De la Puebla Pinilla, A., y Mercader Uguina, J. R. (dirs.): *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 538. El riesgo es tanto que ya desde el siglo pasado “se ha visto [en la captación se imágenes]..., sin que sea exagerado, un atentado a las libertades de los trabajadores en el seno de la empresa y el principio del establecimiento de un nuevo orden coincidente con conocidas distopías literarias”, señaladamente la que nos presentaba George Orwell en su conocida *1984*: vid. Martínez Fons, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pp. 67-68, con cita de doctrina española y extranjera.

8. Auvergnon, P.: “Poder de dirección y respecto a la persona asalariada”, en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 45.

9. Cita del Tribunal Constitucional recogida, por ejemplo, en STSJ de Cataluña de 7 de enero de 2020 (AS 2020, 1365), FD cuarto, y STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2020 (AS 2021, 209), FD tercero.

10. STSJ de Madrid de 30 de abril de 2020 (JUR 2020, 207752), FD sexto.

Ahora bien, no siendo ilimitado, sí debe garantizarse –también en el ámbito laboral– un espacio sin el cual el derecho dejaría de ser reconocible, debiéndose además “extremar las cautelas” en tal ámbito por la distinta posición de las partes del contrato de trabajo¹¹. Todo esto supone que cualquier medida que limite aquel derecho debe estar a su vez limitada, ajustándose a unos parámetros que los tribunales, siguiendo una larga trayectoria que se remonta a instancias europeas, cifran en idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹². Es decir, “[l]a instalación de cámaras de seguridad... [tendrá que ser] una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros), apta para el logro de ese fin y necesaria y proporcionada al fin perseguido”¹³. Es lo que la doctrina denomina “test de proporcionalidad”¹⁴.

Las cámaras de videovigilancia serán un instrumento válido de control, pues no entenderlo así significaría para nuestros tribunales que prácticamente ningún sistema de control lo sería: “La instalación de cámaras en el lugar donde se desarrolla la actividad laboral, sin perjuicio de las excepciones que también conlleva, es una medida adecuada para ejercer tal derecho a menos que se entienda que cualquier medida de vigilancia y control atenta a la intimidad de los trabajadores, lo que por absurdo debe rechazarse, pues sería tanto como negar que tal derecho exista”¹⁵. Es más, en algunos casos será prácticamente el único medio idóneo de control: “Las cámaras están señaladas y [...] no hay otro modo para probar el incumplimiento”¹⁶. Pero, siendo un instrumento válido de control, esa validez no es absoluta, sino que habrá de acomodarse a determinados requisitos.

En resumen, nos encontramos con diversos derechos en juego, cuyo equilibrio conduce a que la videovigilancia esté sujeta para su licitud a determinadas condiciones o requisitos. A continuación, pretendemos acercarnos a cómo los Tribunales Superiores de Justicia han interpretado esos requisitos. Para ello hemos consultado las sentencias recopiladas por la Base de Datos *Aranzadi Digital* para

11. En palabras de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD en adelante) “la posición de desequilibrio entre la empresa y la persona trabajadora exige extremar las cautelas” (AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, mayo 2021, p. 8).

12. “El sistema de video-vigilancia cuestionado cumple los parámetros que sanciona la doctrina constitucional, también del TEDH, para afirmar su legitimidad, es decir, (a) idoneidad, por ser apto para acreditar los hechos imputados a la demandante, (b) necesidad, por inexistencia de otros medios más módicos o menos gravosos con el mismo fin, y (c) proporcionalidad, por importar mayor provecho para el interés general de la empresa que agravio sobre el DF que la trabajadora invoca” [STS] de Galicia de 27 de enero de 2020 (AS 2020, 1536), FD quinto.6ª].

13. STSJ de Madrid de 25 de enero de 2019 (AS 2019, 1174), FD primero.

14. Que engloba tres tipos de análisis: “- La medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). - La medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada o menos invasiva para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad). - La medida en sí misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (Murga Fernández, J. P.; Fernández Scagliusi, M. Á.; Palma Ortigosa, A.; Lorenzo Cabrera, S.: “Normativas sectoriales afectadas por la protección de datos”, ob. cit., p. 295).

15. STSJ de Galicia de 27 de enero de 2020 (AS 2020, 1536), FD quinto. 5ª.

16. STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de diciembre de 2020 (AS 2021, 520), FD cuarto. “Puede calificarse de proporcionada e idónea, pues en el caso no era posible emplear otros medios de control menos invasivos en la intimidad personal” [STS] de Galicia de 21 de septiembre de 2020 (AS 2021, 209), FD cuarto].

el período 2019-2020¹⁷. Se trata de sentencias pronunciadas con posterioridad a la aprobación Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 6 de diciembre de 2018; LOPDGDD en adelante): aunque por motivos temporales la mayoría de tales sentencias aplica la normativa previa, no les es desconocida la nueva regulación, utilizada en algún caso como criterio interpretativo.

En cuanto a por qué hemos escogido la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, es en este ámbito judicial donde se resuelven, en su caso, la mayoría de cuestiones litigiosas laborales en la materia que nos ocupa (normalmente demandas individuales frente a despidos u otras sanciones)¹⁸, ya que el sistema jurisdiccional social sigue el llamado “modelo de única instancia y doble grado”¹⁹, de manera que las sentencias de los Juzgados de lo Social son recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia, entrando el Tribunal Supremo a conocer en su caso del denominado recurso de casación para unificación de doctrina (que se da ante sentencias contradictorias de diferentes Tribunales Superiores de Justicia). Con estas premisas nos acercamos a la doctrina judicial más reciente, analizando un total de veintinueve sentencias; los principales puntos tratados en las mismas pueden sistematizarse como sigue.

II. EXAMEN DE ALGUNOS REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES DE LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

A. Información a los trabajadores

La necesaria información a los trabajadores es uno de los requisitos –quizás el principal– que más debate y litigiosidad ha producido, y de hecho aquel cuyo cumplimiento han destacado los tribunales²⁰. El artículo 5 de la anteriormente vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE de 14 de diciembre de 1999; en adelante LOPD-1999) se refería en general al “derecho de información en la recogida de datos”, estableciendo que habría de procederse “de modo expreso, preciso e inequívoco”; la actual LOPDGDD contiene ya una mención específica a la vigilancia en el ámbito laboral, señalando en su art. 89.1 que “los empresarios habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores... y, en su caso, a sus representantes, acerca ... [de

17. Para su identificación hemos seguido la siguiente ruta del Tesoro Social de la base de datos: derechos laborales del trabajador/derechos en la relación de trabajo/derecho a la intimidad/medidas de vigilancia y control/instalación de cámaras. Buscando la máxima actualización, la última consulta la realizamos el 31 de mayo de 2021.

18. De hecho, para el período referido y utilizando las mismas voces de búsqueda del Tesoro la base de datos de *Aranzadi Digital* no recoge sentencias del Tribunal Supremo.

19. Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 689.

20. “Y finalmente también se ha dado cumplimiento por la demandada a las debidas garantías, existiendo justificación de la medida, proporcionalidad y sobre todo información previa, clara, inequívoca y precisa de la instalación de las cámaras de seguridad y de su finalidad de control de la actividad laboral” [STS] de las Islas Canarias (Las Palmas) de 10 de marzo de 2020 (JUR 2020, 278002), FD tercero; el subrayado es nuestro].

los sistemas de cámaras o videocámaras para ejercer sus funciones de control]”²¹. La cuestión es qué debe entenderse por una información de las características señaladas. El repaso de la doctrina judicial nos servirá para aclarar la cuestión, aunque parcialmente, porque se pueden distinguir dos corrientes si no abiertamente contrapuestas, sí al menos divergentes.

Una primera interpreta de forma amplia qué debe entenderse por información. Así, cuando se trataba (bajo el imperio de la Ley de 1999) del contenido de la información a facilitar, se nos dirá con cita de abundante jurisprudencia que “para cumplir el deber de información previa establecido en el artículo 5 LOPD es suficiente con que el trabajador conozca la existencia de la instalación en la empresa del sistema de control por video-vigilancia, «sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia de la relación laboral, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control», de modo que «sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados»”²².

Se nos decía también que, “por lo que se refiere al ámbito laboral, la obligación de informar previamente del dispositivo instalado quedaba cumplida con la colocación del correspondiente distintivo avisando de su existencia”²³.

En algún caso se hacía incluso alusión a que la antigüedad y funciones realizadas por la trabajadora “hacen que, difícilmente, pueda concluirse en su ignorancia sobre el método de observación establecido”²⁴.

Pero es que, aún más, pese a constatar la inexistencia de comunicación expresa al trabajador o los representantes de la instalación de la cámara, los tribunales darán por cumplido el requisito siempre que conste el conocimiento por parte del trabajador del sistema de videovigilancia; paradigmático es el supuesto en que un trabajador llega a manipular la dirección de la cámara a fin de no ser grabado: “El trabajador conocía la existencia de una cámara de videovigilancia, que se había instalado dos meses antes, aunque no había sido notificado de forma expresa su instalación concreta ni al demandante ni al comité de empresa... El trabajador no es grabado sorpresivamente realizando una acción por la que posteriormente pudiera ser sancionado, sin tener conocimiento de que estaba siendo grabado, sino que tiene conocimiento de la existencia de la cámara y mueve y dirige el objetivo enfocando hacia el cielo. Desde el momento en que conoce la existencia del sistema de videovigilancia se entiende que la información es clara, precisa y suficiente y el hecho que justo en la terraza almacén no existiera un cartel identificativo de la cámara, cuando éste sí existe en el acceso previo

21. Indica la doctrina que la nueva Ley, al contener un tratamiento específico de la videovigilancia en el ámbito laboral, constituye un “importante avance” en la materia, hasta el punto de que con la misma “se va a marcar época” (García Salas, A. I.: “Videovigilancia y control empresarial del trabajador. Su regulación en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”, ob. cit., p. 539).

22. STSJ de Madrid de 24 de abril de 2019 (AS 2019, 2350), FD segundo.

23. STSJ de Madrid de 8 de junio de 2020 (AS 2020, 2251), FD tercero.

24. STSJ de Galicia de 27 de enero de 2020 (AS 2020, 1536), FD quinto. 5ª. No obstante, y aunque sea cierto que el tribunal acude a este dato indiciario, también lo es que no deja de valorar la existencia de carteles indicativos.

a dicha terraza, no desacredita la concurrencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”²⁵.

Otra corriente, en cambio, se muestra más rígida a la hora de considerar cuándo se entiende cumplido el requisito de información. Podemos sistematizarla como sigue:

1. La información, tanto al trabajador como a sus representantes, ha de ser adecuada y suficiente. Una mera indicación de que se han instalado unos equipos de vigilancia no es admisible: “En el presente caso, a tenor de los hechos probados, no se ha acreditado que se hubiera informado expresamente al trabajador de la existencia del sistema de grabación, ni que éste tuviera conocimiento de ello, ni que la empresa hubiera colocado los distintivos genéricos de la Agencia de Protección de Datos. La empresa solamente comunicó a la representación legal de los trabajadores la instalación de nuevos equipos de vigilancia en determinados puntos con especificación de los mismos ... pero al demandante no le fue notificada la realización de la captación de su imagen durante el desempeño laboral ni la utilización de la misma con finalidad disciplinaria... Lo decisivo es la total ausencia de conocimiento y de comunicación expresa así como la inexistencia de las advertencias públicas y genéricas obligatorias, respecto a la instalación de un sistema de grabación de imágenes”²⁶.
2. Abundando en lo anterior, no basta con que las cámaras sean visibles para los trabajadores o tengan conocimiento de ellas: “La ilegalidad de la conducta empresarial, desde luego, no desaparece por el hecho de que la existencia de las cámaras fuera apreciable a simple vista, porque era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a la trabajadora de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”²⁷. O, en otras palabras, “no es posible considerar subsanados dichos incumplimientos por la circunstancia de que la cámara fuera visible o que el trabajador pudiera conocer de su existencia, y, en consecuencia, consideramos que la obtención

25. STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2020 (JUR 2020, 247270), FD segundo; el subrayado es nuestro.

26. STSJ de Madrid de 16 de enero de 2020 (AS 2020, 1369), FD tercero.

27. STSJ de Cataluña de 7 de enero de 2020 (AS 2020, 1365), FD quinto. Repitiendo parcialmente esa misma literalidad, y acudiendo a doctrina constitucional, nos decía la STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2019 (AS 2020, 1711) que “La ilegalidad de la conducta empresarial no desaparece por el hecho de que la existencia de las cámaras fuera apreciable a simple vista, puesto que conforme a la citada STC 29/2013 (RTC 2013, 29) «No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida” (FD segundo).

de dichas imágenes se ha producido con infracción del derecho fundamental a la protección de datos del trabajador”²⁸.

3. La información debe ser actualizada, de suerte que si se modifica el sistema de vigilancia o se intensifica, debe procederse a trasladar la nueva situación a los trabajadores: “Aunque existió una comunicación general al Comité de empresa en ... 2014 y personalmente a cada trabajador en fecha ...2015 de que existía un sistema de videograbación en los diversos ámbitos del centro de trabajo, lo cierto y verdad es que en el concreto puesto de trabajo del obrador las cámaras se colocaron después y no antes de estas advertencias, sin que conste que se comunicara su instalación a la Agencia Española de Protección de Datos ni que se notificara a la representación del personal, por lo que no se cumplió adecuadamente con el precitado deber de información”²⁹. En relación con esto, cabe decir que tampoco basta con una indicación en el contrato de posibles instalaciones futuras³⁰.

¿Cuándo se entenderán pues cumplidos los requisitos de la información?

Algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, que aplican ya el vigente artículo 89.1 LOPDGDD, señalan que, no precisándose una comunicación personal al respecto³¹, aquella información quedará cubierta siempre que:

- a) La empresa comunique a los representantes de los trabajadores, “a fin de que [informen] a toda la plantilla”, de la instalación de cámaras, “cuyo objeto principal [es] velar por la seguridad de los clientes, proveedores, y cualquier otra persona que se encuentre en las dependencias [de la empresa]”.
- b) Se informe a la representación de los asalariados, a fin igualmente de que a su vez informe a la plantilla, de que las imágenes captadas “podrán ser utilizadas en materia disciplinaria pudiendo sancionarse a los trabajadores por la captación de conductas ilícitas, incluso el despido, de concurrir circunstancias suficientes para ello”.
- c) Finalmente, el trabajador conozca la existencia de las cámaras situadas en lugar visible y con el correspondiente aviso³².

28. STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2019 (AS 2019, 1923), FD segundo. En el mismo sentido STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2019 (AS 2019, 1948): “Todo lo expuesto nos lleva a concluir que no ha existido cumplimiento de los deberes informativos derivados de la normativa de protección de datos, en la medida en que ni siquiera existía el dispositivo informativo en la cámara en cuestión, por lo que a juicio de la Sala no es posible considerar subsanados dichos incumplimientos por la circunstancia de que la cámara fuera visible o que el trabajador conociera de su existencia” (FD segundo).

29. STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2019 (AS 2019, 1923), FD segundo.

30. “En este caso la empresa incumplió las obligaciones de información al trabajador, previstas en la Ley Orgánica de Protección de Datos; pues en la referencia que se hace en las cláusulas anexas del contrato de trabajo suscrito, se limita a comunicarle la instalación de un sistema de video vigilancia a futuro, al expresar «la empresa instalará un sistema de video vigilancia”, en los diferentes centros de trabajo, y que acepta este sistema dentro de la ley de protección de datos” [STJS de Cataluña de 9 de noviembre de 2020 (JUR 22021, 52883, FD tercero)].

31. Pues “como mantiene la jurisprudencia no es exigible la notificación particular de la colocación de las cámaras a cada trabajador” [STJS de Galicia de 27 de julio de 2020 (JUR 2020, 264122), FD segundo].

32. Cfr. STSJ de Madrid de 30 de abril de 2020 (JUR 2020, 207752), FD sexto.

Hay que señalar también, en relación con lo anterior, que algún Tribunal Superior de Justicia aclara que información expresa no equivale a escrita, admitiendo la información verbal³³.

Digamos por último, en lo referente a la información a los trabajadores, que no han dejado los tribunales de aclarar que la importante doctrina derivada de las famosas sentencias López Ribalda (I y II), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solo era aplicable en supuestos de vigilancia encubierta, no en aquellos otros en que se han dado los requisitos antedichos³⁴: “Debe insistirse... que la trabajadora demandante fue informada de que... se activaría un servicio de video-vigilancia y que las imágenes obtenidas en el control de la actividad laboral podrían ser utilizadas con fines disciplinarios, y ello impide considerar que, en la obtención de la prueba videográfica aportada..., se pudiera haber producido alguna vulneración de su vida privada conforme a la Jurisprudencia comunitaria del asunto López Ribalda porque dicha Sentencia se refiere a un sistema de «videovigilancia encubierta» que, en el caso que nos ocupa, no es posible apreciar”³⁵. Más adelante (§ IV) nos ocupamos de los posibles casos –excepcionales– de licitud de la vigilancia encubierta.

33. Será correcta la actuación empresarial porque, entre otros motivos, “La empresa informó verbalmente al personal trabajador de la instalación de las cámaras tanto para control de actuaciones de terceros, como para la determinación de posibles incumplimientos laborales” [STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2020 (AS 2021, 209), FD cuarto].

34. Suficientemente conocidas ambas sentencias, baste decir aquí que unas trabajadoras de una cadena de supermercados fueron despedidas al haber sido grabadas cometiendo diversos hurtos; existían sospechas previas y la empresa dispuso cámaras visibles (de las que informó a la plantilla) y también cámaras encubiertas; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 9 de enero de 2018 (TEDH 2018,1; sentencia López Ribalda I), entendió que se conculcó el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: *vid.* García Salas, A. I.: “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2018, pp. 117 y ss., y Rodríguez-Rico Roldán, V.: “Las facultades empresariales de vigilancia y los derechos fundamentales de los trabajadores: su difícil equilibrio en la era tecnológica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 29, 2018. Con posterioridad, sin embargo, la sentencia del mismo Tribunal de 17 de octubre de 2019 (TEDH 2019, 144; conocida como López Ribalda II), revisó la tesis anterior, considerando lícita la videovigilancia encubierta *en determinadas circunstancias*: *vid.* Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: “Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2019. Como es natural, nuestra jurisprudencia no ha dejado de hacerse eco de la innovación que supuso la segunda resolución del TEDH; valga citar por todas la reciente STS de 13 de octubre de 2021 (JUR 2021, 332005), que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina contra sentencia del TSJ de Galicia de 24 de julio de 2018 (anterior por tanto a López Ribalda II): el órgano gallego, como indica el TS, “aplica la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 9 de enero de 2018... (López Ribalda I). Se trataba de un supuesto de videovigilancia encubierta” (FD primero, 1), pero enseguida nos recuerda el Tribunal Supremo que “Posteriormente la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), rectificó la citada doctrina y consideró que grabar a empleados con cámara oculta no vulnera la intimidad cuando se trata de una medida proporcionada y legítima” (FD primero.1), de manera que, “en determinadas circunstancias, la STEDH ... López Ribalda II, admite que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni del emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia, sin que ello conduzca a la nulidad de la prueba de videovigilancia que sustenta y acredita la sanción al trabajador” (FD tercero.6).

35. STSJ de Madrid de 24 de abril de 2019 (AS 2019, 2350), FD segundo. También STSJ de Andalucía (Granada) de 31 de enero de 2019 (JUR 2019, 111967): “La situación expuesta no es en absoluto equiparable a la contemplada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda y otros contra España [aquí López Ribalda I], dictada respecto de trabajadores sujetos a un sistema de videovigilancia oculto por parte de la empresa, que había detectado la producción de sustracciones por parte de sus trabajadores o clientes, en las cajas del establecimiento. El Tribunal acabó concluyendo la inobservancia de la obligación de informar a los

B. Consentimiento “implícito”

La anterior LOPD-1999 señalaba que “el tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado” (art. 6.1), si bien en el artículo 6.2 exceptuaba de dicho requisito los supuestos en que los datos recogidos “se refieran a las partes de un contrato o... de una relación... laboral... y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”. Se consideraba que entre estas excepciones se encontraba la vigilancia en el ámbito laboral, ya que “si la dispensa del consentimiento prevista en el artículo 6 LOPD [1999] se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. *El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario*”, de modo que “la exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el artículo 4.1 LOPD viene dada, en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el artículo 20.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador”³⁶. Han afirmado así los tribunales que “en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, como regla general, a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial”³⁷, por lo que solo será necesario si el tratamiento de las imágenes no guarda relación directa con el control de la relación laboral³⁸.

trabajadores de modo expreso, preciso e inequívoco, sobre la existencia de un sistema de recogida de datos de carácter personal, por lo que se habría venido a infringir el artículo 8 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999, relativo al respeto a la vida privada y familiar” (FD tercero).

36. STSJ de Madrid de 8 de junio de 2020 (AS 2020, 2251), FD cuarto (el subrayado es nuestro). También, por ejemplo, STSJ de Andalucía (Málaga) de 8 de julio de 2020 (AS 2021, 147), FD cuarto. O SSTSJ de Cataluña de 4 de junio de 2019 (AS 2019, 1923), FD segundo, y de 14 de mayo de 2019 (AS 2019, 1948), FD cuarto; estas mismas sentencias conectan el consentimiento previsto en la Ley de 1999 con el posterior Reglamento comunitario 2016/679 y, finalmente, con la vigente regulación de la Ley Orgánica 3/2018: “Esta exención matizada del consentimiento en el ámbito de la relación laboral se mantiene vigente por el Reglamento 2016/679 UE (LCEur 2016, 605), que en su artículo 6º, relativo a la licitud del tratamiento señala que éste únicamente será lícito si se cumple al menos una de las condiciones que señala en sus diferentes apartados, y en el apartado b.) se dice expresamente que el tratamiento será lícito «cuando sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales», previsión también recogida en la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629), debiendo concluirse que en el momento en que se producen los hechos enjuiciados, y vigente una relación laboral entre las partes, el tratamiento de datos personales relacionados con el mantenimiento y ejecución de la relación laboral no descansaba en el consentimiento, siempre y cuando se trate de datos adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con la finalidad perseguida”.

37. *Vid.* citando textualmente doctrina constitucional y del Tribunal Supremo, STSJ de Andalucía (Málaga) de 10 de julio de 2020 (AS 2020, 434), FD quinto; STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 de febrero de 2020 (JUR 2020, 175904), FD segundo; STSJ de Galicia de 27 de julio de 2020 (JUR 2020, 264122), FD segundo; STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2020 (AS 2021, 471), FD primero.

38. Cfr. STSJ de Madrid de 24 de abril de 2019 (AS 2019, 2350), FD segundo, recordando pronunciamientos del Tribunal Supremo: “para cumplir el deber de información previa establecido en el art. 5 LOPD (RCL 2018, 1629) es suficiente con que el trabajador conozca la existencia de la instalación en la empresa del sistema de control por video-vigilancia, «sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia de la relación laboral, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control», de modo que «sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación

La vigente LOPDGDD de 2018 no hace mención al consentimiento del trabajador al tratar esta materia, pues –señala la Agencia de Protección de Datos– “la base jurídica para el control de las personas trabajadoras mediante videovigilancia es el contrato de trabajo y las facultades legales de control concedidas al empleador (art. 20.3 del ET)”: de ahí que, de forma tajante, sostenga la Agencia que “no se requiere el consentimiento”³⁹.

C. Lugar de instalación de las cámaras

Obviamente, uno de los puntos más importantes de la videovigilancia es el lugar de instalación de las cámaras, importante en un doble sentido:

- a) Para el empresario de cara a garantizar un efectivo control del cumplimiento de la prestación laboral.
- b) Para el trabajador en orden a que, por muy justificada que sea la videovigilancia (idónea, necesaria y proporcional), no se invadan parcelas que ni aun en el marco de la relación laboral escapan a su derecho a la intimidad.

Pues bien, ninguna mención se contenía al respecto en la LOPD-1999, algo relativamente coherente si tenemos en cuenta que no contenía un tratamiento específico de la videovigilancia en el ámbito laboral.

Tampoco se aludía a ello en la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre tratamiento de datos personales con fines de videovigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE de 12 de diciembre de 2006). Aunque se trataba también de una norma general (que únicamente dejaba fuera de su campo de aplicación las imágenes obtenidas en el ámbito personal o familiar⁴⁰), hubiera sido deseable que la Instrucción diese al menos unos criterios orientativos sobre el emplazamiento de las cámaras. La única referencia a algo parecido a la situación de las mismas era tangencial, y se refería a la captación, por aparatos situados en interiores, de imágenes de espacios públicos: “Las cámaras y videocámaras instaladas en espacios privados no podrán obtener imágenes de espacios públicos salvo que resulte imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por razón de la ubicación de aquéllas” (art. 4.3).

La escasez (más bien ausencia) de mención normativa al respecto dio lugar a una casuística en la labor judicial, que tuvo que analizar la colocación de cámaras

directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados».

39. AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, ob. cit., p. 51; la misma idea en p. 49: “El consentimiento de la persona trabajadora no es necesario, pues la base jurídica para la implantación de medidas de control de las personas trabajadoras y para el tratamiento de los datos personales que en tal contexto sean captados se encuentra en el artículo 20.3 del ET”.

40. Artículo 1.3: “No se considera objeto de regulación de esta Instrucción el tratamiento de imágenes en el ámbito personal y doméstico, entendiéndose por tal el realizado por una persona física en el marco de una actividad exclusivamente privada o familiar”.

en diferentes lugares. Esta labor ha venido a ser recogida en parte en la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos de 2018 (que como sabemos contiene un tratamiento específico de la videovigilancia en el ámbito laboral); la LOPDGDD delimita ahora el lugar de instalación de cámaras: “En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de... videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores..., tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos” (art. 89.2); así lo recoge también la Agencia Española de Protección de Datos en su reciente guía para las relaciones laborales⁴¹.

Como hemos dicho, la regulación actual recoge, aunque solo parcialmente, la doctrina judicial precedente. Conviene pues resumir dicha doctrina por dos motivos: por un lado, para comprobar que efectivamente la norma de 2018 adapta las tesis previas de los tribunales; por otro, porque esa doctrina judicial precedente nos puede ser útil para interpretar la dicción vigente e integrar lagunas. Muy sintéticamente, podemos resumir los pronunciamientos judiciales de la siguiente forma:

1. La instalación de cámaras resulta adecuada en zonas “públicas” de la empresa, máxime cuando puede tratarse del medio idóneo para comprobar el correcto comportamiento laboral: “Su empleo [de medios de grabación]... se encaminaba al control de las irregularidades laborales que pudieran producirse, tanto de clientes como de los propios trabajadores en el desempeño de la actividad contractualmente asumida. El uso de tales medios aparece como adecuado a la finalidad pretendida, tratándose de una zona plenamente pública de un establecimiento de restauración dotada de barra de atención al público, desconociéndose qué otros medios podrían haberse empleado para determinar el origen de las faltas apreciadas en el stock de bebidas existente en el establecimiento”⁴².
2. En cualquier caso, subsiste en lo laboral el derecho fundamental a la intimidad, bien que limitado en lo que los tribunales han dado en llamar con acertada expresión “zonas de reserva”: “En el ámbito laboral el derecho a la intimidad se restringe a las denominadas «zonas de reserva» dentro de la empresa, en las que existe la confianza legítima por parte de los trabajadores de que su imagen, comportamiento o conducta no va a ser observada, por lo que le está vedado al empresario penetrar en ellos y se vulnerará el derecho a la intimidad personal si así lo hace”⁴³.

41. “Está prohibida la instalación de sistemas de grabación de imagen y/o sonido en lugares destinados al descanso o esparcimiento de las personas trabajadoras, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos” (AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, ob. cit., p. 53).

42. STSJ de Andalucía (Granada) de 31 de enero de 2019 (JUR 2019, 111967), FD tercero.

43. STSJ de Madrid de 25 de enero de 2019 (AS 2019, 1174), FD primero. Otros pronunciamientos se refieren a “lugares reservados”: “Respecto de la videocámara colocada en la nave de la empresa, los trabajadores eran conocedores de la existencia de la misma, puesto que se ha acreditado que existían carteles que lo indicaba, a mayor abundamiento la misma se encontraba no en lugar reservado” [STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 de febrero de 2020 (JUR 2020, 175904), FD cuarto]. De “lugares sensibles” nos hablaba Martínez Fons, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, ob. cit., p. 105.

3. En desarrollo de lo anterior, se nos dirá que no resulta válida la videovigilancia en zonas en que no se desarrolla la prestación laboral (lo que parece lógico si tenemos en cuenta la finalidad de tal sistema de control, que sería comprobar el cabal cumplimiento de dicha prestación⁴⁴). Repárese en lo aproximado de la literalidad del artículo 89.1 LOPDGDD al siguiente pronunciamiento: “Los requisitos para que las pruebas obtenidas mediante grabaciones de audio o vídeo (o ambas) sean lícitas exigen... que se obtengan en el regular ejercicio de los poderes de vigilancia y control. Por ello, no se consideran idóneas las medidas de video vigilancia instaladas en lugares de la empresa donde no se desarrolla la relación laboral, como en los aseos, vestuarios, duchas, comedores, etc. Así, las pruebas obtenidas de la filmación de tales lugares han de reputarse, en principio, ilícitas”⁴⁵.

Aunque el tema del lugar de instalación de las cámaras solo lo tocan de soslayo, queremos traer aquí como excursio breve algunos pronunciamientos judiciales que se han enfrentado a la denuncia de instalación de cámaras sin ser advertidos los trabajadores, cámaras que sin embargo no llegaron a ser puestas en funcionamiento. En tanto que no se llegó a captar imágenes, concluyeron los tribunales que no se produjo lesión del derecho a la intimidad: “Sin grabación ni reproducción de imagen el mero emplazamiento no supone a juicio de este Tribunal una intromisión ilegítima en el derecho de intimidad del actor que propugna como vulnerado, que pueda constituir la premisa necesaria por su gravedad para ser declarada un incumplimiento grave y culpable del empresario que permita amparar la acción extintiva del contrato de trabajo a instancia del trabajador”⁴⁶.

44. Como ya hace tiempo habían señalado los autores, las cámaras no son aptas “para grabar... hechos no relevantes a los fines de la valoración del cumplimiento de la prestación laboral... En definitiva, el trabajador, al igual que cualquier ciudadano, tiene derecho a un espacio reservado o de intimidad en el lugar de trabajo” (De Vicente Pachés, F.: *El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, pp. 325-326).

45. STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2019 (AS 2020, 1711), FD segundo, 2.3, que continúa con trascripción de jurisprudencia: “puesto que «La invasión ilegítima en la intimidad que los aseos públicos representan invalida la legitimidad de la prueba aquí obtenida. (...), no cabe duda que esa intimidad sólo se puede perturbar con la debida autorización judicial por estimarse que los lavabos, baños o aseos de los establecimientos públicos, son una prolongación de la privacidad que a toda persona corresponde en lo que es su domicilio. Ahora bien, se ha considerado lícito poner controles en las puertas de los aseos, siempre que no se visualice el interior...”.

46. STSJ de Madrid de 2 de abril de 2020 (AS 2020, 1937), FD tercero, repitiendo la literalidad de STSJ de Madrid de 25 de abril de 2019 (AS 2019, 2394), FD tercero. En el primer caso “en el mes de abril de 2018, por la empresa demandada se procedió a la instalación de una cámara de grabación oculta, simulando ser un detector de humos, en el centro de trabajo sito en ..., lo cual fue denunciado a la Inspección de Trabajo en fecha 12/04/2018 por Dª ..., no constando que se procediera a efectuar grabaciones con la misma, y habiendo sido retirada dicha cámara por la propia demandante a principios del mes de julio de 2018” (Antecedente de Hecho segundo). En el segundo caso “en abril de 2018, la empresa demandada colocó una cámara oculta en un detector de humos simulado, enfocando la puerta del centro de trabajo en el que prestaba servicios el actor, encima de la cual se encontraba un reloj, sin que hubiera llegado a instalar en ningún momento la tarjeta de memoria necesaria para su funcionamiento, ni a comunicar su existencia a la Agencia de Protección de Datos” (Antecedente de Hecho segundo).

D. La sospecha como requisito: solo para la instalación de cámaras ocultas

Entre las diversas alegaciones de los trabajadores objeto de medidas disciplinarias se suele encontrar la ausencia de sospechas previas que justifiquen la videovigilancia como medio de control. La finalidad de esta alegación es clara: llamar a la aplicación de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia López Ribalda II, una sentencia, en palabras de los tribunales españoles, que “reconoce la relevancia de la existencia de sospechas razonables de que se había cometido una infracción grave, que había comprometido la propiedad con pérdidas de alcance, una situación en la que el buen funcionamiento de una empresa estaba en riesgo no solo por la sospecha del mal comportamiento de un solo empleado, sino más bien por la sospecha de una acción concertada por parte de varios empleados, creando así una atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo; por lo que concluyó que podía entenderse que concurría una justificación suficiente para la ausencia de información”⁴⁷.

Con la alegación lo que se pretendía era la aplicación de la referida sentencia *a contrario sensu*: si López Ribalda II consideró lícita la grabación de imágenes, dada la existencia de sospechas previas, de ahí se seguía que de no darse tales sospechas sería ilícita la captación de imágenes, lo que invalidaría la prueba que sirvió de soporte a la sanción disciplinaria.

Frente a esta casi general alegación, nuestros tribunales se han ocupado, primeramente, de precisar el supuesto enjuiciado por la referida sentencia López Ribalda II, que no es otro que la obtención de imágenes con cámaras ocultas o encubiertas, exigiéndose en tales casos la sospecha previa para legitimar la videovigilancia. Ergo de no tratarse de videovigilancia encubierta, sino correctamente informada y anunciada, no cabe acudir al pronunciamiento europeo⁴⁸; en consecuencia, no se exigirá la existencia de sospechas anteriores: “La existencia de previas y fundadas sospechas de comportamientos laborales irregulares viene siendo exigida por la jurisprudencia cuando se trate de instalación de cámaras ocultas, esto es, cuando la colocación de las cámaras en el centro de trabajo se efectúe sin informar a los trabajadores de su existencia. Pero en el presente caso no nos hallamos ante cámaras ocultas, sino ante

47. STSJ de Madrid de 16 de enero de 2020 (AS 2020, 1369), FD tercero. Como hemos dicho antes (nota 34), el TS nos recuerda que “en determinadas circunstancias, la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (López Ribalda II), admite que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni del emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia, sin que ello conduzca a la nulidad de la prueba de videovigilancia que sustenta y acredita la sanción al trabajador” [STS de 13 de octubre de 2021 (JUR 2021, 332005), FD tercero.6]

48. Señala la STSJ de Madrid citada en nota anterior, *ibidem*, que “en el presente litigio no consta acreditada en la empresa ninguna situación como la descrita, pues en los hechos probados no se recoge que la empresa tuviera sospechas o indicios claros de la existencia de una acción de uno o de varios empleados, que hubiera dado lugar a la instalación de un sistema de videovigilancia. En cambio, se afirma en el hecho probado 8º que la actividad de videovigilancia es continuada, efectuándose comprobaciones aleatorias. Ello no es ilícito, pero exige una información adecuada, que en este caso no puede ser excusada”. N.B.: la sentencia reconoce la inexistencia de sospechas previas, y acoge la pretensión del trabajador, pero no por aplicación de la sentencia López Ribalda II, sino porque no fue debidamente informado de la instalación de cámaras de videovigilancia. *Vid.* también STSJ de Andalucía (Granada) de 31 de enero de 2019 (JUR 2019, 111967).

cámaras cuya existencia era conocida por los trabajadores (y en concreto por el actor), habida cuenta de los avisos informativos que fueron colocados en el centro de trabajo y en los accesos al mismo"⁴⁹.

III. FINALIDAD DE LA VIDEOVIGILANCIA

El tema de la finalidad de la obtención de imágenes mediante videovigilancia también ha sido objeto de diversos pronunciamientos del período que estamos estudiando, en un doble aspecto:

- a) Cuál haya de ser dicha finalidad a efectos laborales.
- b) Si la misma debe integrar expresamente la información a suministrar a los trabajadores.

La vigente LOPDGDD señala que podrán utilizarse dispositivos de videovigilancia "para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores... previstas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores" (art. 89.1). Es decir, delimita el ámbito de actuación de las cámaras, fuera del cual se entenderá que su empleo es ilícito. Por otra parte –continúa el precepto– "los empleadores habrán de informar... a los trabajadores... y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida". ¿Esa información alude a la existencia de la videovigilancia, o también a la finalidad perseguida con la misma, esto es, para qué podrán utilizarse las imágenes obtenidas?

La anterior LOPD-1999 no contenía mención específica, como hemos dicho repetidamente, a la videovigilancia laboral, pero no puede olvidarse –y no lo hicieron los tribunales– que en su artículo 5 establecía con carácter general un derecho de información a los interesados "de la finalidad de la recogida de [sus datos de carácter personal]".

Pues bien, ¿cuál fue la posición de los Tribunales Superiores de Justicia al respecto? Del análisis de las sentencias de estos dos años podemos concluir que los tribunales no dejaron de hacer hincapié, a la hora de convalidar una medida disciplinaria, en la importancia de haber informado a los trabajadores de la finalidad perseguida con la instalación de las cámaras. Buen ejemplo es el siguiente pronunciamiento: "la empresa ha dado a los representantes de los trabajadores, vía Comité de Empresa, información adecuada y suficiente *no solo sobre la instalación de cámaras de videovigilancia, sino también de la finalidad perseguida con las mismas*, entre las que se encuentra «el cumplimiento de la normativa interna en materia operativa de caja y servicio... En consecuencia, la prueba obtenida mediante el sistema de videovigilancia, es válida, proporcional y adecuada a sus fines, así como se ajusta los parámetros constitucionales"⁵⁰.

49. STSJ de Madrid de 8 de junio de 2020 (AS 2020, 2251), FD cuarto.

50. STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de mayo de 2019 (AS 2019, 1751), FD primero; el subrayado es nuestro. También la ya citada STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 10 de marzo de 2020 (JUR 2020, 278002): "Y finalmente

Habida cuenta de la importancia que otorgaban los tribunales a este aspecto, parece lógico sostener que ahora el artículo 89.3 LOPDGDD debería interpretarse en el sentido de que la información sobre la medida habrá de incluir también la expresa mención a la finalidad. Y así cabe deducirlo de algún pronunciamiento que aplica ya la Ley vigente, para el cual “el derecho a la protección de datos incluyendo el deber informativo sobre la existencia de cámaras de videovigilancia y *la expresa finalidad para la que utilizan* se ha respetado en el caso enjuiciado”⁵¹.

Con todo, hay que señalar que las sentencias que aún no han aplicado la Ley Orgánica 3/2018 en realidad utilizaban el argumento como un dato más para entender correcta la sanción, pero no dejaron en ocasiones de tratar la cuestión con cierta amplitud, de forma que no se exigía (sin perjuicio de que fuera conveniente y en su caso un dato a tener en cuenta) una expresa y detallada mención a la finalidad disciplinaria. Una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es ilustrativa a este respecto. El supuesto que la originó es el de un trabajador que fue grabado cuando, conduciendo una carretilla, hacía uso del teléfono móvil, lo que obviamente suponía un incumplimiento de las medidas de prevención. Pues bien, el Juzgado consideró ilícita la sanción, ya que se hubiera requerido una específica información al trabajador de que las imágenes podían ser utilizadas para controlar posibles incumplimientos en materia preventiva⁵². El Tribunal Superior de Justicia, en cambio, partió de que por su ubicación (el almacén de la empresa) la finalidad de la cámara era necesaria y estrictamente laboral, entendiendo cumplidos los requisitos para la validez de las imágenes obtenidas para sancionar al empleado: “Existía... en la entrada en el almacén carteles anunciadores de la instalación de cámaras de videovigilancia en la zona estrictamente laboral, solo utilizada por los trabajadores. La instalación era conocida por los trabajadores desde el comienzo de la relación laboral... Su finalidad y tratamiento era estrictamente laboral, por lo demás como resulta de los lugares en que la instalación

también se ha dado cumplimiento por la demandada a las debidas garantías, existiendo justificación de la medida, proporcionalidad y sobre todo información previa, clara, inequívoca y precisa de la instalación de las cámaras de seguridad y de su finalidad de control de la actividad laboral, lo que incluye la finalidad disciplinaria, en su caso” (FD tercero, el subrayado es nuestro).

51. STSJ de Madrid de 11 de septiembre de 2020 (JUR 2020, 307297), FD decimoquinto; el subrayado es nuestro. En realidad, aquí la videovigilancia no se utilizaba para el control del cumplimiento de la prestación laboral, pues en la información remitida a los trabajadores en su día se dijo que las cámaras se utilizarían para prevenir riesgos que afectaran a la seguridad y protección de personas, locales y bienes. Lo que ocurre es que el trabajador, en situación de baja médica, acudió al taller de la empresa (su oficio era mecánico) y realizó determinadas reparaciones en su vehículo particular, lo que lleva al tribunal, que entendió correcto el despido por transgresión de la buena fe, a sostener que “lo que en el caso enjuiciado sucede es que se graban acontecimientos vinculados a esa finalidad preventiva e indagatoria acerca de las instalaciones y bienes empresariales. No se está en ningún caso grabando al trabajador en su puesto de trabajo y realizando su actividad laboral, entre otras cosas porque su contrato en ese momento estaba suspendido, por lo que las grabaciones efectuadas no han violentado las previsiones en orden a la información precisa y exigencia de proporcionalidad que impone el artículo 89 LOPD que por ello no resulta de aplicación al supuesto fáctico analizado”.

52. “La resolución de instancia parte de la afirmación de que a pesar de que la empresa había advertido mediante carteles indicativos de la existencia de cámaras de grabación y de que ellas eran manifiestas y notorias y aun reconociendo que cumplen todos los requisitos para entender su instalación correcta y que no invaden la intimidad de los trabajadores, sin embargo entiende que su finalidad era la de preservación de los bienes materiales de la empresa y no podían servir para acreditar el incumplimiento laboral del trabajador a las órdenes que en materia de prevención de riesgos laborales existía en ella, pues para ello hubiera sido preciso la existencia de una específica comunicación al trabajador de tal finalidad” [STJ de Cataluña de 20 de enero de 2020 (AS 2020, 1754), FD tercero].

se había realizado... La vigilancia era estrictamente laboral, sin que recayera sobre extremo alguno distinto, que pudiera afectar a la intimidad del trabajador... No afectaba a ninguna circunstancia de la relación laboral, más allá de lo que pudiera constituir un claro incumplimiento... Por todo ello ha de entenderse que la grabación y su utilización como prueba en el acto de juicio fueron legales, por lo que debe entenderse como hábiles a los pretendidos efectos de acreditar la comisión del incumplimiento”⁵³.

Aunque nuestro trabajo está centrado en la captación de imágenes, la cuestión de la finalidad nos permite hacer una breve incursión en la utilización de otro tipo de dispositivos de vigilancia, los dirigidos a la grabación de sonidos.

Teniendo en cuenta que la finalidad de los medios de vigilancia es el control de la prestación laboral, la doctrina judicial previa a la vigente LOPDGDD estableció que podía utilizarse la captación de imágenes, pero no con carácter general la de sonidos (pues no sirven para acreditar un correcto o incorrecto cumplimiento de los deberes del trabajador): “La grabación indiscriminada de voz es desproporcionada. En primer lugar, porque la grabación de voz es una mayor intromisión en la intimidad que la de la imagen, y en segundo lugar, porque la grabación de conversaciones entre trabajadores o entre éstos y clientes no se justifica por la verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones o deberes”, se admitían sin embargo excepciones en sectores específicos, “precisamente en casos como el tele marketing en que el trabajo se realiza a través exclusivamente de conversaciones telefónicas con clientes”⁵⁴.

El vigente artículo 89.3 LOPDGDD viene a recoger esta tesis judicial, aunque parece incluso más restrictivo. Efectivamente, solo admite la grabación de sonidos “cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas”, pero sin hacer referencia explícita a la finalidad de control laboral, lo que no va a dejar de plantear problemas –señala la doctrina– en sectores como el *telemarketing*, en que las grabaciones de voz constituían una imprescindible medida de control⁵⁵; habrá que estar atentos a cómo los tribunales afrontan estos supuestos especiales en el futuro.

IV. LICITUD DE LA INSTALACIÓN DE CÁMARAS OCULTAS

Ya hemos apuntado en páginas anteriores alguna idea sobre la instalación de cámaras ocultas (cuando tratamos de la existencia de sospechas previas como requisito,

53. *Ibíd.*

54. STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2019 (AS 2020, 1711), FD segundo. Ya la doctrina nos decía hace tiempo que la introducción de medios de control debía acomodarse a los principios de buena fe, debiendo “separar las dos esferas que se mezclan en la práctica, la laboral y la que no lo es... Por eso la autorización del vídeo, y el rechazo de la grabación de conversaciones, mucho más intensa y diferenciada” (Fernández López, M. F.: “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en Casas Baamonde, M. E.; Durán López, F. y Cruz Villalón, J. (coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 632-633).

55. García Salas, A. I.: “Videovigilancia y control empresarial del trabajador. Su regulación en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”, *ob. cit.*, p. 556.

o la no aplicación de la sentencia López Ribalda II en supuestos en que la videovigilancia había sido debidamente informada). Por lo demás, de cuanto hemos dicho hasta ahora cabe concluir sin mayores problemas que, con carácter general, los trabajadores –como cualquier otra persona– tienen derecho a ser informados de la instalación de cámaras, en este caso en su centro de trabajo. Será, por tanto –insistimos en que con carácter general– ilícita la instalación de cámaras encubiertas o sin aviso y, consecuentemente, inválidas las imágenes obtenidas en orden a justificar una medida disciplinaria.

Sin embargo, circunstancias especiales y muy excepcionales avalarán la licitud de la videovigilancia oculta. En este sentido se nos dirá que “el informe previo al trabajador (o al empresario) habrá de ser excepcionado en los casos de indicios razonables de realización de actos contrarios a la buena fe contractual que puedan merecer sanción de despido o extinción del contrato por el trabajador y en que la grabación de vídeo no tenga vocación de permanencia (tiempo estrictamente necesario), sino que sea el único medio para probar la conducta del trabajador o del empresario: por ejemplo supuestos de acoso laboral o de sustracción de dinero de la empresa”⁵⁶.

De forma más sistemática un Tribunal Superior de Justicia fija en seis los aspectos a valorar a la hora de concluir la posible licitud de la instalación de cámaras ocultas. Aunque establecidos para un caso de vigilancia en una residencia de personas discapacitadas, pueden extrapolarse *mutatis mutandi* a otros supuestos:

1. Firmes “y contundentes” sospechas de irregularidades.
2. Imposibilidad racional de control en caso de comunicación previa a los asalariados.
3. Gravedad de los comportamientos detectados.
4. Sospechas referidas a la actuación de un grupo de trabajadores y no de uno concreto e identificado.
5. Necesidad de adoptar la medida para una adecuada seguridad de los usuarios en su caso.
6. Que la medida resulte precisa para salvaguardar los intereses empresariales⁵⁷.

V. CONSECUENCIAS LABORALES DE LA OBTENCIÓN ILÍCITA DE IMÁGENES

Dando por hecho la comisión de la falta por el trabajador, y dada también la ilicitud de la grabación que permitió comprobar el incumplimiento, el problema es qué consecuencia se sigue de ello. Lo que sí está claro es, naturalmente, que lo acreditado por

56. STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2019 (AS 2020, 1711), FD tercero.

57. Cfr. STSJ de Andalucía (Málaga) de 4 de marzo de 2020 (JUR 2020, 210970), FD cuarto. También se ha indicado que no basta con la sospecha de cualquier incumplimiento laboral, sino que la sospecha “tingui com causa una posible conducta molt greu i/o un perjudici notable per a l’empresa” [STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2020 (AS 2020, 1623), FD quinto].

la grabación ilícita no podrá ser tenido en cuenta, desplazándose la cuestión entonces a si el despido o sanción debe ser considerado improcedente o nulo.

El Estatuto de los Trabajadores califica como improcedente el despido cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario (art. 55.4), mientras que será nulo cuando tenga por móvil alguna causa de discriminación o “se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador” (art. 55.5). La diferencia es sustancial en orden a los efectos, ya que, declarado improcedente el despido, el empleador podrá optar entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización (art. 56.1); en cambio la nulidad conlleva la readmisión inmediata (art. 55.6).

A este respecto existen dos tesis judiciales contrapuestas. Una primera aboga por que la videovigilancia oculta se traduce simplemente en que, no pudiéndose acreditar lícitamente la causa del despido, el mismo será calificado de improcedente: “La supuesta utilización de un medio probatorio no admitido en Derecho comportaría que dicho medio probatorio no se admitiese ni (caso de haberse admitido) pudiera tenerse en cuenta para resolver, conforme al artículo 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; pero ello no implicaría por sí mismo la declaración de nulidad del despido, sino a lo sumo su improcedencia por falta de acreditación de los hechos imputados al no poderse tener en cuenta tales medios probatorios”⁵⁸.

Otra corriente, en cambio, entiende que la ilicitud de la prueba no afecta solo a lo procesal (negar su validez), sino que repercute en lo que llama “ámbito sustantivo” de la calificación del despido. Buen ejemplo es el siguiente pronunciamiento: “El fundamento de la calificación de nulidad del despido radica en la circunstancia de que el método utilizado por la empresa para conseguir la acreditación de que el trabajador ha incurrido en incumplimientos laborales sancionables con despido ha supuesto una vulneración de sus derechos fundamentales, y la reparación de dicha vulneración no puede limitarse a la mera anulación de la prueba así obtenida, sino que la reparación de dicha lesión... debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos y, en consecuencia, considerar el despido nulo”⁵⁹.

Hasta aquí dos tesis que tratan el despido basado en una grabación ilícitamente obtenida, pero ¿qué sucede si se dan otros elementos para acreditar el incumplimiento del trabajador? Existe aquí una línea judicial que, manteniendo lógicamente la ilicitud de la prueba de videovigilancia y su consecuente falta de validez, no considera que ello deba traducirse en nulidad, sino que habrá que estar a lo que resulte del resto del material probatorio: “Lo decisivo es que el magistrado de instancia no basa... la conclusión fáctica alcanzada... en dicha prueba de video vigilancia ni basa en

58. STSJ de Madrid de 8 de junio de 2020 (AS 2020, 2251), FD quinto.

59. “En la medida en que si la prueba ilícita no hubiera existido no hubiera podido producirse el despido del trabajador, de modo que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador ha de provocar tal calificación, lo contrario supondría que un trabajador cuyos derechos fundamentales se han visto vulnerados podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, sin que la lesión de sus derechos fundamentales tuviera reparación alguna” [STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2019 (AS 2019, 1923), FD tercero]; idéntica dicción en STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2019 (AS 2019, 1948), FD séptimo.

la misma la calificación como despido procedente... sino que... los hechos relativos a la conducta del trabajador se acreditan mediante... documento... y prueba testifical, es decir que no es determinante en la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo la prueba de videovigilancia, por lo que la pretendida nulidad de la prueba alegada no vicia la valoración de la prueba practicada por el Juez a quo ni la conclusión de la sentencia de instancia⁶⁰.

VI. RECAPITULACIÓN

Terminado nuestro análisis, conviene dedicar un último epígrafe a resumir y sistematizar algunos de los principales puntos tratados, en una recapitulación que en una lectura rápida ofrezca al lector una visión de conjunto:

1. El Estatuto de los Trabajadores concede amplias facultades al empresario para que, en el ejercicio de su poder de dirección, controle el cumplimiento de la prestación laboral. Entre los posibles medios, cada vez más amplios por el desarrollo de las nuevas tecnologías, se encuentra la videovigilancia.
2. Si la Constitución ampara el ejercicio del poder de dirección, también reconoce a los trabajadores derechos que han de ser respetados en el desarrollo de su prestación. Se hace en consecuencia necesario buscar un equilibrio entre los derechos de ambas partes, que se traduce en ajustar la utilización de videocámaras a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
3. Estudiando la Ley de Protección de Datos de 1999, observamos en los tribunales dos corrientes sobre la información a los trabajadores de los sistemas de control. Para una bastaba con que el trabajador tuviera conocimiento de la instalación de las cámaras. Otra en cambio resultaba más estricta, exigiendo información suficiente, actualizada y que específicamente aludiera a que las imágenes podían ser utilizadas con fines disciplinarios.
4. Los pronunciamientos –aún escasos– que analizan el vigente artículo 89 LOPDGDD, consideran que, para entender cubierto el requisito de información, se precisa: a) información a los representantes, para que a su vez informen al resto de trabajadores, de la instalación de las cámaras; b) información en las mismas condiciones de que la vigilancia puede utilizarse con fines disciplinarios; c) instalación de las cámaras en lugar visible y con el correspondiente aviso.
5. Se entiende con la Agencia Española de Protección de Datos que no es preciso, para la captación de imágenes con finalidad de control, el consentimiento del trabajador, pues aquel control encuentra su base en el contrato de trabajo y las facultades legales concedidas al empresario.

60. STSJ de Andalucía (Málaga) de 10 de julio de 2020 (AS 2020, 434), FD noveno. También cabe deducir esta tesis de las SSTSJ de Cataluña de 7 de enero de 2020 (AS 2020, 1365), FD primero; 22 mayo 2020 (JUR 2020, 264785), FD cuarto; y de 9 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 52883), FD cuarto.

6. Bajo el imperio de la Ley 15/1999, que no hacía referencia al lugar de emplazamiento de las cámaras, los tribunales habían señalado que no podían situarse en las denominadas “zonas de reserva”, tesis que ha sido recogida expresamente en el vigente artículo 89 LOPDGDD, al inadmitir la videovigilancia en vestuarios, aseos, etc.
7. El uso de la videovigilancia como medio de control, debidamente anunciada e informada, no requiere de sospechas previas de un comportamiento ilícito de los trabajadores.
8. En relación con la finalidad de la obtención imágenes, se observa cierta amplitud en la doctrina judicial previa a la aplicación de la vigente LOPDGDD, que en ocasiones no exigieron una expresa mención al fin de control y disciplinario. Con la nueva normativa parece que los pronunciamientos pueden ser más estrictos, reclamando esa información expresa.
9. Teniendo en cuenta la finalidad de control del cumplimiento de la prestación laboral que ha de predicarse de los medios de vigilancia, se entendía con la Ley de 1999 que dicha finalidad excluía la grabación de sonidos con carácter general, admitiéndose por los tribunales solo alguna excepción (*telemarketing*) en que justamente la grabación de sonidos es determinante. La Ley de 2018 resulta más restrictiva aun en su literalidad que la doctrina judicial precedente, y la no mención a la finalidad de control no va a dejar de plantear problemas en relación con esos sectores en que los tribunales consideraron lícito aquel medio de verificación del cumplimiento de la prestación.
10. Con carácter general resulta ilícita la instalación de cámaras encubiertas. No obstante, circunstancias excepcionales pueden hacer viable su empleo. Para ello los tribunales exigen estrictos requisitos, como son sospechas firmes de comportamientos ilícitos, gravedad de los mismos, imposibilidad de utilización de otro medio de verificación, necesidad de la medida para asegurar la seguridad de terceros o los intereses empresariales.
11. En cuanto a las consecuencias de la obtención ilícita de imágenes, cuando estas han sido determinantes para acreditar el incumplimiento del trabajador, observamos dos corrientes judiciales. Una primera se decanta simplemente por la anulación de la prueba con la consiguiente consideración del despido como improcedente, al no acreditarse el incumplimiento por medios lícitos. La segunda tesis entiende que los efectos de la lesión de derechos fundamentales del trabajador deben ir más allá, con la calificación de nulidad. Para el caso de que existan otros medios que acrediten el incumplimiento, existe una corriente judicial para la que, no traduciéndose la ilicitud de la videovigilancia en nulidad, el descarte de dicho medio de prueba hace que, para la calificación como procedente o improcedente del despido, se esté a los demás medios probatorios.

Bibliografía

- Auvergnon, P.: "Poder de dirección y respecto a la persona asalariada", en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.
- De Vicente Pachés, F.: *El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.
- Fernández López, M. F.: "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en Casas Baamonde, M. E.; Durán López, F. y Cruz Villalón, J. (coords.): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española*, La Ley, Madrid, 2006.
- García Salas, A. I.: "El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018", *Revista de Información Laboral* núm. 2, 2018.
- García Salas, A. I.: "Videovigilancia y control empresarial del trabajador. Su regulación en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos", en De la Puebla Pinilla, A. y Mercader Uguina, J. R. (dirs.): *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Loy, G.: "El dominio ejercido sobre el trabajador", en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Martínez Fons, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2019.
- Montoya Melgar, A.: "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales", en Sánchez Trigueros, C., y González Díaz, F. A. (dirs.): *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- Murga Fernández, J. P. y Fernández Scagliusi, M. Á.; Palma Ortigosa, A.; Lorenzo Cabrera, S.: "Normativas sectoriales afectadas por la protección de datos", en Murga Fernández, J. P. y Fernández Scagliusi, M. Á.; Espejo Lerdo de Tejada, M. (dirs.): *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía. Curso de «Delegado de Protección de Datos»*, Reus, Madrid, 2018.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Poder de dirección y derecho contractual", en Escudero Rodríguez, R. (coord.): *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- Rodríguez-Rico Roldán, V.: "Las facultades empresariales de vigilancia y los derechos fundamentales de los trabajadores: su difícil equilibrio en la era tecnológica", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 29, 2018.
- Valle Muñoz, F. A.: "El control empresarial del piquete informativo huelguista mediante videocámaras", en Marín Alonso, I. e Igartua Miró, M. T. (dirs.) y Solís Prieto, C. (coord.): *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020.

Anexo: índice analítico de las sentencias consultadas

Las remisiones se hacen al correspondiente apartado o subapartado en que se cita la sentencia, y dentro de este a la nota correspondiente (número entre paréntesis).

TSJ Andalucía (Granada)

31 enero 2019 (JUR 2019, 111967)

Doctrina López-Ribalda: solo aplicable en caso de videovigilancia encubierta: II.A (35). Emplazamiento de las cámaras: zonas públicas: II.C (42). Doctrina López-Ribalda: exigencia de sospechas solo en caso de videovigilancia encubierta: II.D (48).

TSJ Andalucía (Málaga)

4 marzo 2020 (JUR 2020, 210970)

Videovigilancia encubierta: licitud en supuestos excepcionales: requisitos: IV (57).

8 julio 2020 (AS 2021, 147)

Consentimiento del trabajador: implícito en el contrato de trabajo: II.B (36).

10 julio 2020 (AS 2020, 434)

Consentimiento del trabajador: implícito en el contrato de trabajo: II.B (37). Consecuencias de la obtención ilícita de imágenes: procedencia de la sanción si puede acreditarse el incumplimiento por otros medios: V (60).

TSJ Andalucía (Sevilla)

12 febrero 2020 (JUR 2020, 175904)

Consentimiento del trabajador: implícito en el contrato de trabajo: II.B (37). Emplazamiento de las cámaras: ilicitud en lugares reservados: II.C (43).

TSJ Castilla y León (Burgos)

15 mayo 2019 (AS 2019, 1751)

Contenido de la información: relevancia de informar sobre la finalidad de control: III (50).

TSJ Cataluña

14 mayo 2019 (AS 2019, 1948)

Información a facilitar: requisitos: no basta con que la cámara sea visible o el trabajador pueda conocer su existencia: II.A (29). Información actualizada: II.A (27). Consentimiento: no es necesario el consentimiento expreso del trabajador: II.B. (36). Consecuencia de la obtención ilícita de imágenes: nulidad de la sanción: V (59).

4 junio 2019 (AS 2019, 1923)

Información a facilitar: requisitos: no basta con que la cámara sea visible o el trabajador pueda conocer su existencia: II.A (28). Información actualizada: II.A (29). Consentimiento: no es necesario el consentimiento expreso del trabajador: II.B. (36). Consecuencia de la obtención ilícita de imágenes: nulidad de la sanción: V (59).

17 diciembre 2019 (AS 2020, 1711)

Información a facilitar: requisitos: no basta con que la cámara sea visible: II.A (27). Emplazamiento de las cámaras: ilícitas en lugares donde no se desarrolle la actividad laboral: II.C (45). Grabación de sonido: medida desproporcionada con carácter general; excepciones: III (54). Videovigilancia encubierta: licitud en supuestos excepcionales: IV (56).

TSJ Cataluña

- 7 enero 2020 (AS 2020, 1365) Art. 18 CE vs. arts. 38 CE y 20 ET: I (9). Información a facilitar: requisitos: no basta con que la cámara sea visible: II.A (27). Consecuencias de la obtención ilícita de imágenes: procedencia de la sanción si puede acreditarse el incumplimiento por otros medios: V (60).
- 20 enero 2020 (AS 2020, 1754) Contenido de la información: finalidad: por la ubicación de la cámara su finalidad era estrictamente laboral: III (52) (53).
- 7 febrero 2020 (AS 2020, 1623) Videovigilancia encubierta: licitud en supuestos excepcionales: requisitos: IV (57).
- 22 mayo 2020 (JUR 2020, 264785) Consecuencias de la obtención ilícita de imágenes: procedencia de la sanción si puede acreditarse el incumplimiento por otros medios: V (60).
- 9 noviembre 2020 (AS 2021, 52883) Información actualizada: no sirve indicación de instalación futura: II.A (30). Consecuencias de la obtención ilícita de imágenes: no conlleva la nulidad de la sanción si puede acreditarse el incumplimiento por otros medios: V (60).

TSJ Comunidad Valenciana

- 10 diciembre 2020 (AS 2021, 520) Videovigilancia: único medio para probar incumplimiento del trabajador: I (16).

TSJ Galicia

- 27 enero 2020 (AS 2020, 1536) Test de proporcionalidad: I (12). Idoneidad videovigilancia: I (15). Conocimiento de la videovigilancia: antigüedad y funciones como indicios: II.A (24).
- 27 julio 2020 (JUR 2020, 264122) Información: no se exige notificación particular: II.A (31). Consentimiento: implícito en el contrato de trabajo: II.B (37).
- 21 septiembre 2020 (AS 2021, 209) Art. 18 CE vs. arts. 38 CE y 20 ET: I (9). Videovigilancia: único medio de prueba para probar incumplimiento del trabajador: I (16). Información verbal: II.A (33).

TSJ Islas Canarias (Las Palmas)

- 10 marzo 2020 (JUR 2020, 278002) Relevancia de la información previa: II.A (20). Contenido de la información: relevancia de informar sobre la finalidad de control: 3 (50).

TSJ Madrid

- 25 enero 2019 (AS 2019, 1174) Test de proporcionalidad: I (13). Emplazamiento de las cámaras: ilícitas en zonas de reserva: II.C (43).
- 24 abril 2019 (AS 2019, 2350) Alcance de la información a facilitar: II.A (22). Doctrina López-Ribalda: solo aplicable en caso de videovigilancia encubierta: II.A (35). Consentimiento del trabajador: solo se precisa para fines ajenos al control de la relación laboral: II.B (38).
- 25 abril 2019 (AS 2019, 2394) Instalación de cámaras que no llegan a funcionar: no intromisión en el derecho a la intimidad: II.C (46).
- 16 enero 2020 (AS 2020, 1369) Información a facilitar: requisitos: II.A (26). Doctrina López-Ribalda: relevancia de la existencia de sospechas previas: II.D (47) (48).

TSJ Madrid

- 2 abril 2020 (AS 2020, 1937) Instalación de cámaras que no llegan a funcionar: no intromisión en el derecho a la intimidad: II.C (46).
- 30 abril 2020 (JUR 2020, 207752) Art. 18 CE: límites: 1 (10). Información a facilitar: requisitos (aplica LO 3/2018): II.A (32).
- 18 mayo 2020 (JUR 2020, 247270) Actuación que delata el conocimiento de la cámara: suficiente pese a no existir notificación: II.A (25).
- 8 junio 2020 (AS 2020, 2251) Alcance de la información a facilitar: II.A (23). Consentimiento: implícito en el contrato de trabajo: II.B (36). Doctrina López-Ribalda: exigencia de sospechas solo en caso de videovigilancia encubierta: II.D (49). Consecuencias de la obtención ilícita de imágenes: no conlleva la nulidad de la sanción: V (58).
- 11 septiembre 2020 (JUR 2020, 307297) Contenido de la información: relevancia de informar sobre la finalidad de control: III (51).
- 19 octubre 2020 (AS 2021, 471) Consentimiento del trabajador: implícito en el contrato de trabajo: II.B (37).



Recensiones



Recensión de la obra de María José Cervilla Garzón: *Jurisprudencia y doctrina sobre el concepto de trabajador dependiente en el siglo XXI*, Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2021

Silvia Fernández Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

silviafernandez.martinez@usc.es  0000-0002-9093-4100

Recibido: 07.09.2021. Aceptado: 10.09.2021

La obra objeto de esta reseña, elaborada por María José Cervilla Garzón, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, y publicada en la prestigiosa editorial Thomson Reuters-Aranzadi en el año 2021, analiza, de forma monográfica, un tema clásico, y a la vez siempre actual, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como lo es el concepto de trabajador dependiente. De hecho, tal y como afirma la propia autora en varias ocasiones a lo largo de toda la obra, el concepto de trabajador dependiente podría considerarse el sustrato fundamental del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La monografía se estructura en un total de once capítulos. En la introducción, que se corresponde con el capítulo I, la autora explica que esta tiene como punto de partida el proyecto investigador que preparó para concursar a una plaza de Profesor Titular de la Universidad de Cádiz, y que ganó con sobrados méritos. Además, se enmarca en el proyecto de I+D “Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral” (JURISDOC), en el que participó como miembro del equipo investigador. En el marco del citado proyecto, la profesora Cervilla Garzón eligió el concepto de trabajador dependiente como temática para reflexionar sobre cómo la doctrina está condicionando las resoluciones judiciales. Este concepto puede considerarse una categoría privilegiada sobre la que realizar la investigación que se proponía el proyecto, por un lado, debido a su carácter inmutable y, por otro, porque es necesario ir adaptándolo para adecuarlo de la realidad social sobre la que se proyecta.

El capítulo II lleva por título “El Derecho del Trabajo como categoría histórica”. En él, la autora expone los argumentos que la llevan a afirmar que el Derecho del Trabajo es una categoría histórica. Cabe destacar que la profesora Cervilla Garzón entiende que el Derecho del Trabajo, como disciplina, no está en “crisis”, sino que se encuentra en un proceso de “continua adaptación”, pues ha ido cambiando a medida que lo hacía la realidad social a la que se dirige. En consecuencia, la delimitación del concepto de trabajador dependiente se configura como un tema que siempre va a ser objeto de interés para los estudiosos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tal y como hemos podido ver en los últimos años en relación con los *riders*. La autora considera que, para hacer frente a estas nuevas realidades, en la actualidad, los presupuestos que definen el concepto de trabajador dependiente –núcleo central e inmutable del Derecho del Trabajo– deben aplicarse de forma más flexible.

En el capítulo III, se realiza un repaso de los caracteres esenciales y permanentes del trabajador asalariado, a saber, la realización de una actividad productiva y de forma personalísima, la voluntariedad, la retribución, la dependencia y la ajenidad, aspectos que se desarrollarán de forma separada y por extenso en los sucesivos capítulos de la monografía.

Antes de entrar a analizar cada uno de ellos, la autora llama la atención sobre el hecho de que, al contrario de lo que ocurre con la constante adaptación del Derecho del Trabajo a lo largo de los años, el concepto normativo de trabajador dependiente ha permanecido inmutable en el tiempo. La autora entiende que la decisión del legislador de dejar en manos de los tribunales la labor de ajustar dicho concepto a las nuevas realidades es la mejor manera de mantener vivo el propio concepto de trabajador dependiente.

A continuación, en el capítulo IV, la autora se ocupa de estudiar las nuevas realidades sociales del siglo XXI que influyen en la determinación del concepto y la protección del trabajador autónomo como ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo. La profesora Cervilla apunta que, en el siglo XXI, el Derecho del Trabajo ya no equivale a un Derecho centrado exclusivamente en la protección de los trabajadores dependientes. Si bien la autora admite que esta cuestión no incide en el concepto de trabajador dependiente, tema objeto de la monografía, sí que tiene una gran importancia, ya que implica que la doctrina laboralista ya no tiene que preocuparse sólo del alcance del concepto de trabajador dependiente, sino también del autónomo. En cualquier caso, entiende que la extensión del Derecho del Trabajo hacia la protección del trabajador independiente no implica una pérdida de la identidad de nuestra disciplina, sino únicamente una adaptación a las nuevas realidades.

Del capítulo V al X se estudian de forma pormenorizada algunos de los aspectos de mayor relevancia sobre los distintos caracteres esenciales y permanentes del trabajador asalariado. Para ello, la profesora Cervilla Garzón se centra en la doctrina y en la jurisprudencia que ha analizado el alcance de los citados elementos en el siglo XXI.

En primer lugar, el capítulo V versa sobre el necesario desarrollo de una actividad profesional, requisito que conecta con la formación del trabajador y con el ejercicio de labores de representación sindical. La profesora Cervilla se centra en el establecimiento

de una frontera entre el desempeño de actividades formativas y profesionales, una de las tareas que todavía tienen que seguir realizando la doctrina y la jurisprudencia en el siglo XXI. En concreto, analiza la doctrina del Tribunal Supremo sobre la situación de los becarios y también se detiene en los posibles problemas que podría plantear de cara al futuro la actual tendencia a potenciar la formación profesional dual. Por otro lado, en este quinto capítulo, la autora también menciona otra cuestión que ha analizado recientemente el Tribunal Supremo: la posibilidad de que el trabajador no haya realizado ninguna actividad productiva en la empresa, por haberse dedicado únicamente a llevar a cabo tareas de representación de los trabajadores.

El capítulo VI lleva por título “La realización del trabajo de forma personal ¿en crisis?”. En él, la profesora Cervilla analiza, de manera separada, otro de los aspectos que configuran el primero de los caracteres esenciales y permanentes del trabajador asalariado –la realización de una actividad productiva y de forma personalísima–. La necesidad de que el trabajo asalariado sea una prestación de carácter personalísimo, en la que no resulte posible sustituir al trabajador, es un tema al que se ha prestado poca atención. Sin embargo, la autora pone de manifiesto que, en la actualidad, existen dos puntos críticos en relación con esta temática: la tendencia jurisprudencial a admitir la sustitución del trabajador y los conflictos jurídicos derivados de la presencia de robots en el lugar de trabajo que realizan tareas que podría desarrollar un trabajador.

El capítulo VII está dedicado al estudio del trabajo voluntario *versus* las nuevas formas de esclavitud laboral. La autora se analiza en el que considera el elemento más inmutable de los distintos caracteres esenciales del trabajador asalariado, esto es, la necesidad de que se realice de forma voluntaria, poniéndolo en contraposición con distintos fenómenos, como el trabajo forzoso o las denominadas “nuevas formas de esclavitud laboral”. La profesora Cervilla hace una reconstrucción de la regulación de estos fenómenos a nivel internacional, pero se centra también en la normativa española de referencia. Con todo, la autora puntualiza que los tribunales españoles se han pronunciado en pocas ocasiones sobre el trabajo forzoso y el mayor número de referencias corresponden a las actividades de prostitución y alterne, ámbito en el que existen resoluciones judiciales divergentes.

El capítulo VIII se titula “La protección del trabajador no retribuido: las labores de cuidado en el hogar”. Dicho capítulo versa sobre los puntos críticos que, a juicio de la autora, afectan a la retribución como factor que determina la existencia de trabajo dependiente, en concreto, en las formas de trabajo no retribuido que se desarrollan dentro del hogar familiar. La profesora Cervilla analiza dos fenómenos: el cuidado de personas dependientes (cuidado directo) y la realización de actividades domésticas (cuidado indirecto). En relación con el cuidado directo, al igual que en el capítulo anterior, se expone la regulación existente en el ámbito internacional y nacional y, en concreto, en relación con este último, el estudio se concentra en los retos que plantea la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

En el capítulo IX, titulado “Hacia una redefinición del contenido de la dependencia laboral: las nuevas dependencias tecnológica y digital”, la profesora Cervilla reflexiona sobre el alcance del contenido de la dependencia laboral, a efectos de configurar el concepto de trabajador asalariado. La autora considera que las nuevas formas de trabajo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación –como el trabajo en plataformas– y el uso de formas de trabajo que permiten al trabajador desarrollar su actividad fuera del centro de trabajo –en particular el teletrabajo o el trabajo a distancia– generan la necesidad de reinterpretar el concepto de dependencia. En consecuencia, analiza con detalle los contornos de las nuevas manifestaciones de la “dependencia tecnológica” y de la “dependencia digital”, desde la perspectiva jurisprudencial y legal. La profesora Cervilla se refiere a las últimas novedades legislativas sobre la materia, como, por ejemplo, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, pero también a las primeras sentencias de distintos tribunales nacionales que se encargaron de delimitar los contornos de las nuevas manifestaciones de la dependencia. La autora presta particular atención a la determinación de la laboralidad de las prestaciones de servicios mediante plataformas digitales. De hecho, menciona las resoluciones judiciales más importantes sobre los *riders* y también se hace eco de los últimos avances en el ámbito del diálogo social que han conducido a la reforma del Estatuto de los Trabajadores.

El capítulo X trata de la ajenidad como posible factor emergente a la hora de determinar la laboralidad de determinadas prestaciones de servicios, en particular de aquellas ejercidas a distancia o mediante plataformas digitales. La profesora Cervilla reproduce el debate que existe a nivel doctrinal sobre la cuestión y también trae a colación las distintas líneas jurisprudenciales existentes. No solo se refiere al caso de los *riders*, sino también al criterio fijado por el Tribunal Supremo en relación los traductores e intérpretes. En concreto, en dicha sentencia, el Alto Tribunal consideró que la inexistencia de organización empresarial propia del trabajador era un factor realmente decisivo para determinar el carácter laboral de una prestación de servicios. Después de analizar la argumentación del Tribunal en ese caso, la autora concluye que la ajenidad no es el factor decisivo para determina la laboralidad de los *riders*, pero sí puede serlo en otros supuestos. Con todo, en opinión de la autora, la postura mantenida por el Tribunal Supremo en relación con los traductores e intérpretes puede conducir a pensar que el abandono de la dependencia y del trabajo personal como criterios definitorios del trabajo asalariado va a provocar una extensión del ámbito del Derecho del Trabajo hacia formas de empleo autónomas, por la vía de los hechos.

En cualquier caso, la profesora Cervilla concluye la monografía objeto de esta reseña señalando que la ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo más allá del trabajo dependiente no implica que este último deje de ser la esencia y el sustrato fundamental sobre el que se construye nuestra disciplina. La autora ve en la dependencia, unida a la voluntariedad, la piedra angular en la que se asienta el concepto de trabajo dependiente, y entiende que su papel se refuerza debido a la importancia que van a adquirir en el futuro las nuevas formas de trabajo derivadas del uso de las nuevas tecnologías.

La monografía que he tenido el placer de reseñar constituye, sin duda, uno de los libros de referencia sobre el concepto de trabajador dependiente. La profesora Cervilla realiza una lectura renovada y actual de un concepto clásico, como lo es el del trabajador dependiente, sobre el que se fundamenta el Derecho del Trabajo y de la Seguridad, y del que, por lo tanto, es necesario partir para poder realizar cualquier investigación en nuestra disciplina. El estudio pormenorizado y sistemático de la jurisprudencia sobre los caracteres esenciales que configuran el trabajo asalariado es extremadamente útil, puesto que se trata de un análisis del “Derecho vivo”. En conclusión, la monografía constituye un importante aporte a la doctrina científica, ya que aglutina en un único libro las posiciones de la jurisprudencia y de la doctrina sobre muchos de los temas que han suscitado un mayor interés en el debate social en los últimos años, utilizando el concepto de trabajador dependiente como hilo conductor.



Resenha da obra de Marcos Paulo da Silva Oliveira: *E-sindicalismo: trabalho e reconhecimento na era do software*, CRV, Curitiba, 2019

Maria Cecília Máximo Teodoro

Doctora en Derecho Laboral por la Universidad de São Paulo - USP (Brasil)

Catedrática de Derecho Laboral

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (Brasil)

cecimax@pucminas.com  0000-0003-3239-8394

Recibido: 23.11.2021. Aceptado: 23-11.2021

A obra *E-sindicalismo: trabalho e reconhecimento na era do software* do autor Marcos Paulo da Silva Oliveira, foi publicada no Brasil em 2019 pela Editora CRV, atualmente em sua primeira edição. O livro, dividido em cinco capítulos, trata das mudanças do mundo do trabalho e dos impactos das novas tecnologias nas relações coletivas laborais. O autor faz uso de variados marcos referenciais do Direito do Trabalho e também da sociologia do trabalho, sendo destacadas as teorias do sociólogo Zygmunt Bauman no diagnóstico da “era do software” e a teoria do reconhecimento recíproco de matriz honnethiana.

Trata-se de uma obra de Direito Coletivo do Trabalho com abordagem interdisciplinar, voltada para investigações não só legislativas, mas também econômicas e sociais. Conforme o autor, o mundo do trabalho passa por grandes transformações, uma vez que o trabalho fabril nos moldes fordistas aparece cada vez mais distante. Atualmente, a estabilidade e os projetos de longa duração passam a dar vez a produções enxutas, terceirizadas, de pronta entrega, que visam satisfazer o imediato. Assim, desde a crise do petróleo dos anos 1970 e especialmente diante da indústria 4.0, voltada para as tecnologias da informação e comunicação, o trabalhador, o Direito do Trabalho e os sindicatos obreiros se encontram em agudizada crise existencial.

O primeiro capítulo da obra denominado “a era do hardware e o Direito do Trabalho” examina as condições teóricas e práticas do capitalismo industrial, que para Zygmunt Bauman seriam uma época típica da modernidade sólida, que por meio do desenvolvimento capitalista industrial, ainda que permeado por diversas contradições e lutas históricas, permitiu o desenvolvimento dos sindicatos e do Direito do Trabalho.

No segundo capítulo, as bases do capitalismo tecnológico, da “era do software”, são o objeto de investigação. Aqui, Oliveira examina os complexos modos de trabalhar, a individualização que acomete a classe trabalhadora por meio do consumo em massa e o fenômeno da “síndrome de patrão”, que afasta os trabalhadores do sindicato e os aproximam de um reconhecimento com os seus algozes, os empregadores. Oliveira nesse capítulo parece tentar compreender o atual cenário no qual o sindicalismo está inserido diante do discurso neoliberal.

No terceiro capítulo, a legislação brasileira que versa sobre os sindicatos ganha destaque pelas lentes do autor, numa tentativa que parece ser a de compreender em que medida as alegadas debilidades legislativas contribuem para o atual cenário de enfraquecimento dos sindicatos.

Oliveira promove uma investigação sobre o arcabouço legislativo brasileiro no que tange aos sindicatos dos trabalhadores, desde a CLT até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, permitindo críticas a respeito da unicidade sindical, da contribuição sindical obrigatória, da noção de categoria e base territorial.

Mais ao final do capítulo, a Lei 13.467/2017, conhecida como a reforma trabalhista brasileira, é trazida ao foco pelo autor, com o intuito de entender em que medida os institutos da referida legislação podem potencializar ou arrefecer as lutas sindicais na garantia de direitos à classe trabalhadora.

No quarto capítulo, Oliveira faz com que a teoria do reconhecimento de Axel Honneth suas teorizações sobre o mercado capitalista numa perspectiva de integração social sejam o objeto de análise para a superação da crise do sindicalismo brasileiro. As reflexões do autor trazem à baila as experiências de grupos historicamente oprimidos, que se insurgem contra a dominação sistêmica em prol do reconhecimento social de sua identidade.

No capítulo final, o autor aponta uma nova ideia de sindicalismo diante das contradições tecnológicas e dos discursos e contradições neoliberais. Oliveira apresenta uma nova proposta de sindicatos obreiros diante das tecnologias da informação e da comunicação, chamada de “e-sindicalismo”.

Ao fazer sua proposta de “e-sindicalismo”, o autor indica que o sindicato deve se horizontalizar, reconhecer as novas subjetividades, incorporar outras lutas que não apenas as econômicas e vinculadas à relação de emprego e a partir disso se contrapor às opressões sistêmicas. Do ponto de vista mais prático, nota-se que o autor faz uma proposta de que os sindicatos obreiros utilizem os instrumentos informacionais que facilitem a interação entre os trabalhadores.



As a result of the COVID-19 pandemic, the world has been forced to re-evaluate its priorities and the way it operates. The pandemic has highlighted the importance of health and safety, and the need for a more sustainable and resilient world. It has also shown the power of technology and innovation to help us overcome challenges and build a better future.

In the wake of the pandemic, there has been a renewed focus on environmental sustainability and social responsibility. Companies and governments are being held accountable for their actions, and there is a growing demand for transparency and ethical practices. This has led to a shift in the way we think about business and the role of corporations in society.

One of the key areas of focus is the transition to a low-carbon economy. The world is facing a climate crisis, and it is essential that we take action to reduce greenhouse gas emissions and limit global warming. This requires a fundamental change in the way we produce and consume goods and services, and a focus on renewable energy and sustainable practices.

Another important area is the promotion of social equality and the well-being of all people. The pandemic has exposed deep inequalities in society, and it is crucial that we address these issues and create a more inclusive and equitable world. This involves investing in education, healthcare, and social services, and ensuring that everyone has access to the opportunities and resources they need to thrive.

Technology and innovation are also playing a central role in shaping the future. The pandemic has shown the power of digital tools and platforms to help us stay connected and continue our work and lives. It has also highlighted the need for responsible and ethical use of technology, and the importance of protecting privacy and data security.

As we move forward, it is essential that we embrace a holistic and integrated approach to development. We need to consider the interconnectedness of the environment, society, and the economy, and work towards a more sustainable and resilient world for all. This requires collaboration and partnership between governments, businesses, and citizens, and a commitment to shared values and common goals.

The future is bright and full of potential. By working together and embracing change, we can build a world that is more sustainable, more equitable, and more resilient than ever before. Let us strive for a future where everyone has the opportunity to live a healthy and fulfilling life, and where the planet is protected for generations to come.

In conclusion, the COVID-19 pandemic has been a turning point in world history. It has forced us to re-evaluate our priorities and the way we operate, and it has shown the power of technology and innovation to help us overcome challenges. As we move forward, let us embrace a holistic and integrated approach to development, and work towards a more sustainable and resilient world for all.

The future is bright and full of potential. By working together and embracing change, we can build a world that is more sustainable, more equitable, and more resilient than ever before. Let us strive for a future where everyone has the opportunity to live a healthy and fulfilling life, and where the planet is protected for generations to come.

In conclusion, the COVID-19 pandemic has been a turning point in world history. It has forced us to re-evaluate our priorities and the way we operate, and it has shown the power of technology and innovation to help us overcome challenges. As we move forward, let us embrace a holistic and integrated approach to development, and work towards a more sustainable and resilient world for all.

The future is bright and full of potential. By working together and embracing change, we can build a world that is more sustainable, more equitable, and more resilient than ever before. Let us strive for a future where everyone has the opportunity to live a healthy and fulfilling life, and where the planet is protected for generations to come.

In conclusion, the COVID-19 pandemic has been a turning point in world history. It has forced us to re-evaluate our priorities and the way we operate, and it has shown the power of technology and innovation to help us overcome challenges. As we move forward, let us embrace a holistic and integrated approach to development, and work towards a more sustainable and resilient world for all.

The future is bright and full of potential. By working together and embracing change, we can build a world that is more sustainable, more equitable, and more resilient than ever before. Let us strive for a future where everyone has the opportunity to live a healthy and fulfilling life, and where the planet is protected for generations to come.