

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

Número extraordinario ▸ 2023

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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 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 Dº 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. Gijsbert 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
Dª. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España
Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España
Dra. Maria 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 Iniesta, 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 Pùblico do Trabalho Escola Superior do Ministèrio Pùblico 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. María Salas Porras, Universidad de Málaga, España
Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España
Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad Jaume I de Castellón, 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

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 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).

Financiación Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al presupuesto, para el curso académico 2022/2023, del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Málaga

Dirección y contacto

Postal c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España.

Correo-e csrodas@us.es

Webs https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social
https://revistascientificas.us.es/index.php/erips Tf.: (34) +34 954 55 76 01

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.

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

ÍNDICE

Numero extraordinario ▸ 2023

MONOGRÁFICO

"DESAFÍOS JURÍDICOS DE LAS NUEVAS REALIDADES PRODUCTIVAS: PROTECCIÓN SOCIAL Y NO DISCRIMINACIÓN"

Coordinadores: Francisco Vigo Serralvo y María Salas Porras

Presentación / *Presentation*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.01
Francisco Vigo Serralvo / María Salas Porras 8-12

TRIBUNA

El impacto de las novedades normativas y jurisprudenciales sobre igualdad en la práctica jurídico-laboral / *The impact of new regulations and jurisprudence on equality in legal-labor practice*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.02
Eduardo Ruíz Vegas 14-19

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La identificación del empleo atípico por la Organización Internacional del Trabajo y su impacto en el genérico reformado sistema de contratación laboral español de 2022 *The identification of atypical employment by the International Labor Organization and its impact on the generic reformed Spanish labor recruitment system of 2022*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03
Luis Ángel Triguero Martínez 21-35

Trabajo atípico, desempleo y (des)protección social / *Atypical work, unemployment and (no) social protection*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04
Esther Carrizosa Prieto / Maiedah Jalil Naji 36-70

Los/as trabajadores/as de plataforma en el marco del Derecho europeo / *Platform workers within the EU law*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05
Tania Bazzani 71-91

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 4 - 12
ISSN 2445-3269 ▸ http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02

Trade unions and the protection of migrant workers in Europe: barriers, approaches and interventions / *Los sindicatos y la protección de los trabajadores inmigrantes en Europa: barreras, enfoques e intervenciones*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06
Manwel Debono 92-110

El derecho de residencia de los trabajadores comunitarios en paro involuntario y el riesgo de indigencia / *The right of residence of involuntarily unemployed community workers and the risk of destitution*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07
Thais Guerrero Padrón..... 111-130

O trabalhador empreendedor: luzes e sombras da promessa de proteção social / *The enterprising worker: Lights and shadows of the promise of social protection*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08
Thereza C Nahas 131-146

"Non-standard" work in Germany: self-employed and "mini-jobs" / *Empleo no estandarizado en Alemania: trabajadores por cuenta propia y trabajadores en mini-empleos*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09
Stamatia Devetzi 147-158

Protección social para las trabajadoras domésticas desde la perspectiva española / *Social protection for domestic workers from the Spanish perspective*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10
María Iluminada Ordóñez Casado 159-178

La protección social de las trabajadoras del servicio de ayuda a domicilio como modalidad de empleo atípico / *Social protection of home help service workers as a type of atypical employment*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11
Jorge Baquero Aguilar 179-201

Sobre la prevención de riesgos laborales para las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar: algunos cambios recientes y otros todavía pendientes / *On the occupational risk prevention for domestic workers: some recent changes and others still pending*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12
María Cristina Méndez Úbeda..... 202-218

La inteligencia artificial. Custodia de la seguridad y salud de las personas trabajadoras/ *Artificial intelligence. Safety and health custody of working people*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13
María del Carmen Macías García 219-237

La difícil –acaso imposible– concreción del trabajo sexual excluido de la subordinación laboral / *The difficult –perhaps impossible– delimitation of sexual work excluded from labor subordination*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14
Francisco Vigo Serralvo 238-264

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 4 - 12
ISSN 2445-3269 ▸ http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02

Las trabajadoras sexuales como colectivo sujeto de acoso y discriminación / *Sex workers as a group subject to harassment and discrimination*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15
Fernando Fita Ortega 265-288

Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales / *Labour aspects of Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination. In particular, dismissal in a situation of illness: new legal criteria and first judicial pronouncements*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16
Carlos Javier Galán Gutiérrez 289-303

Las medidas de ajuste razonable como canon de legalidad de las decisiones empresariales / *Reasonable adjustments as legality canon of the employers' decisions*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17
María Salas Porras 304-319

Law 15/2022, A Comprehensive Law for the Equality of Treatment and Non-Discrimination: a 'milestone' and 'a meaningful tool' in the fight against racism in the workplace? / *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: ¿un 'hito' e 'instrumento trascendental' para la lucha contra el racismo en el empleo por cuenta ajena?*
http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18
Shelagh McKenzie 320-343

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 4 - 12
ISSN 2445-3269 ▸ http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.i02



Monográfico

“Desafíos jurídicos de las nuevas realidades productivas: protección social y no discriminación”

Coordinadores:
Francisco Vigo Serralvo y María Salas Porras

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Presentación*

PRESENTATION

Francisco Vigo Serralvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
fvs@uma.es 0000-0003-0437-1565
María Salas Porras
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
mariasalas@uma.es 0000-0002-1146-6880

Recibido: 08.12.2023 | Aceptado: 09.12.2023

Este número especial de la Revista Internacional de Protección Social es el resultado conjunto de dos iniciativas académicas llevadas a cabo en la Universidad de Málaga en el mes de mayo de 2023: De un lado, el Taller Internacional sobre la Protección Social de los Trabajadores Atípicos, que tuvo lugar los días 11 y 12 en la Facultad de Derecho bajo la dirección de la profesora Salas Porras. De otro, el Congreso Nacional sobre el Nuevo Marco Jurídico en Materia de Igualdad y No Discriminación, celebrado en la Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo los días 15 y 16, bajo la dirección mancomunada del profesor Vigo Serralvo y la profesora Aragüez Valenzuela. Sendas iniciativas surgían desde una preocupación común por las nuevas realidades que desafían la actual ordenación jurídica de las relaciones laborales y cuestionan la eficacia de sus garantías tradicionales. También por la aparición de nuevas sensibilidades frente a problemas clásicos del Derecho del Trabajo que, igualmente, exigen una adecuada respuesta normativa. En definitiva, lo que se quiso con la organización de estas jornadas académicas fue propiciar un marco de discusión sobre la respuesta normativa apropiada para hacer frente a estos retos, no solo desde un punto de vista técnico-jurídico, sino también desde la reflexión teórica sobre los fines propios del modelo de Estado Social que nos sirve de marco de convivencia.

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al presupuesto, para el curso académico 2022/2023, del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Málaga.

Con este *leitmotiv,* las distintas ponencias permitieron componer un espacio de debate altamente estimulante, del que pretendemos ahora hacer partícipe a todo el que se acerque a estas páginas. Son las reflexiones que se expusieron en aquellas actividades las que ahora, con mayores posibilidades de extensión, se presentan en los diferentes artículos que integran este número monográfico. En concordancia con las líneas de investigación que se trataron originalmente, las distintas contribuciones pueden ordenarse del siguiente modo:

Un grupo principal de artículos se referirá a los retos de la protección social de los trabajadores atípicos. Las diferentes aportaciones que aquí se incluyen tratan de analizar los distintos déficits que exhiben nuestras estructuras de protección social frente a las singularidades de aquellas realidades productivas que escapan del estándar común de trabajo asalariado. A saber, según la relación enunciativa elaborada por la OIT: trabajo en proformas, trabajo temporal o a tiempo parcial, trabajo a domicilio, el trabajo por cuenta propia económicamente dependiente, etc. En esta línea, encontramos el artículo del profesor Triguero Martínez y el de las profesoras Carrizosa Prieto y Jalil Naji. El primero de los referenciados, en el estudio rubricado *La identificación del empleo atípico por la Organización Internacional del Trabajo y su impacto en el genérico reformado sistema de contratación laboral español de 2022*, pone de manifiesto cuestiones de la más rabiosa actualidad que inciden directamente en el corazón de la ordenación jurídico-normativa de estas nuevas relaciones productivas. La disquisición irresoluta sobre si están necesitadas de un tratamiento *ad hoc* revela las situaciones de vértigo en que se halla el estado de la cuestión. *Trabajo atípico, desempleo y (des)protección social,* es el título bajo el que las profesoras Carrizosa y Jalil exponen de forma exhaustiva los déficits de cobertura que presenta la actual regulación de la prestación por desempleo al ser aplicada sobre algunas manifestaciones del trabajo atípico. A los trabajadores de plataformas digitales –forma de trabajo atípico por antonomasia cuyo régimen jurídico ha excitado un debate político, judicial y académico sin precedentes– alude la profesora Bazzani en su artículo *Los trabajadores de plataforma en el marco del Derecho europeo,* en el que se presentan los intentos comunitarios para dotar de una ordenación normativa a estas formas de producción económica de contornos amplios, difusos y cambiantes. Aun sin abandonar el ámbito comunitario, el profesor Debono y la profesora Guerrero Padrón proponen novedosas reflexiones que hurgan en las entrañas de la protección social dispensada a dos colectivos muy específicos, el de los migrantes y el de las personas desempleadas cuando ejercen su derecho a la libre circulación. Así, con el título *Trade unions and the protection of migrant workers in Europe: barriers, approaches and interventions,* el profesor Debono presenta un estudio centrado en las estrategias que los sindicatos desarrollan y podrían desarrollar en este ámbito. No se escatiman esfuerzos, por su parte, para identificar, además, los obstáculos que este colectivo halla para sindicarse y las desventajas estructurales que los acompañan por doquier. *El derecho de residencia de los trabajadores comunitarios en paro involuntario y el riesgo de indigencia,* es la rúbrica que ampara el estudio de la Dra. Guerrero, quien pone sobre la mesa sin titubeos la necesaria atención que este colectivo demanda y que tan escasamente se le otorga en textos normativos, políticos y científicos.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 8 - 12
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.01

Los trabajadores por cuenta propia también han sido uno de los colectivos que ha suscitado interés en estas jornadas. En esta línea encontramos las contribuciones de la profesora Nahas, *O trabalhador empreendedor: luzes e sombras da promessa de proteção social,* y de la profesora Devetzi, *Non-standard work in Germany: Self-employed and mini-jobs*. Sendos artículos exponen lo que es una realidad denunciada desde hace tiempo en distintos estamentos académicos o políticos: la precarización del empleo por cuenta propia como un régimen de prestación de servicios que no es siempre libremente asumido, sino que, en ocasiones, viene impuesto como una vía para la huida del Derecho del Trabajo. Esta constatación, exponen las autoras, recomienda repensar los fines del Derecho Social para hacerlo aplicable de forma más intensa al colectivo de trabajadores por cuenta propia, al menos en aquellos casos en los que la división capital-trabajo no sea del todo nítida.

Se incluyen además algunos artículos que, abundando en la protección social de los trabajadores atípicos, connotan la implicación que tiene en este asunto el componente de género: Nos referimos ahora, por ejemplo, a las aportaciones de la profesora Ordóñez Casado, *Protección social para las trabajadoras domésticas desde la perspectiva española,* y del profesor Baquero Aguilar, *La protección social de las trabajadoras del servicio de ayuda a domicilio como modalidad de empleo atípico.* Ambos artículos evidencian cómo la falta de adecuación normativa a la realidad –o realidades– de los trabajos atípicos afecta singularmente a ocupaciones altamente feminizadas, como son el empleo doméstico, bien sea a través de la contratación directa o a través del servicio externo de ayuda a domicilio. En esta misma línea cabría incluir el estudio de la doctoranda Méndez Úbeda, intitulado *Sobre la prevención de riesgos laborales para las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar: algunos cambios recientes y otros todavía pendientes,* en el que se analizan las novedades normativas y jurisprudenciales que afectan a la seguridad e higiene en el trabajo de las empleadas domésticas. La autora señala la exclusión histórica de este colectivo de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y cómo algunos recientes hitos normativos parecen indicar un cambio de tendencia cuyo resultado está aún por determinarse. Y aún con relación a la prevención de riesgos laborales, el estudio de la profesora Macías García abunda en reflexionar cuando hace su aparición la inteligencia artificial. Así, bajo la rúbrica *La inteligencia artificial. Custodia de la seguridad y salud de las personas trabajadoras*, invita la autora a asomarnos a este nuevo paradigma productivo desde las ventajas y desventajas que, para la mejora de la prevención, trae consigo la digitalización de las relaciones productivas.

Con algunos matices, la cuestión de género aparece también implicada en la problemática abordada en sus respectivos artículos por los profesores Vigo Serralvo y Fita Ortega: la desatención normativa del trabajo sexual. Al referirse a esta cuestión ambos autores denuncian la inseguridad jurídica y la desprotección a las que quedan expuestas las personas trabajadoras de este sector, casi copado por mujeres. Esto es propiciado, sobre todo, por la doctrina emanada del orden social de la Jurisdicción que, a falta de cualquier disposición legal al respecto, excluye del ámbito del Derecho del Trabajo a la prostitución ejercida en régimen de subordinación. Es esta doctrina

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 8 - 12
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.01

judicial la que, desde distintos flancos, atacan estos autores: El primero de ellos, el profesor Vigo Serralvo, en su artículo *La difícil –acaso imposible– concreción del trabajo sexual excluido de la subordinación laboral,* para criticar la indeterminación que se da sobre el ámbito objetivo material de esa doctrina. El segundo, el profesor Fita Ortega, en su artículo *Las trabajadoras sexuales como colectivo sujeto de acoso y discriminación,* para denunciar cómo la indicada situación de anomía expone a este colectivo a algunos riesgos que quedarían en parte neutralizados, o cuanto menos aminorados, con la aplicación de la legislación laboral ordinaria.

Por último, otra cuestión muy presente en aquellas jornadas académicas fue la protección jurídica en materia de igualdad y no discriminación. Sobre esta materia encontramos las contribuciones del magistrado Galán Gutiérrez, la profesora Salas Porras y la profesora McKenzie. La primera de estas aportaciones, la del magistrado Galán Gutiérrez, se titula *Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales.* Aborda la problemática interpretativa derivada del nuevo marco normativo español en materia de igualdad y no discriminación. Principalmente se analiza el controvertido asunto relativo a la calificación judicial del despido del trabajador enfermo, y ello se hace desde la privilegiada visión del autor sobre la conflictividad empírica de las relaciones laborales. La segunda de estas contribuciones, la de la profesora Salas Porras, *Las medidas de ajuste razonable como canon de legalidad de las decisiones empresariales,* se refiere ahora a la protección de la igualdad, en su dimensión positiva y material, para lograr la integración productiva de aquellos trabajadores que presentan necesidades especiales por razones de salud o discapacidad. De hecho, esta contribución puede asociarse a la anterior pues, como con insistencia defiende la autora, la ejecución de las medidas de ajustes razonables constituirá, en muchas ocasiones, un elemento determinante para valorar la corrección jurídica de aquellas decisiones patronales –extintivas o no– que afecten al trabajador enfermo. Por último, dentro de este último bloque, encontramos la aportación de la profesora McKenzie, *Law 15/2022, A Comprehensive Law for the Equality of Treatment and Non-Discrimination: A 'milestone' and 'a meaningful tool' in the fight against racism in the workplace?,* donde se reivindica un marco normativo más efectivo frente a la discriminación racial en el entorno de trabajo. Su trabajo demuestra de qué modo una forma tradicional de discriminación como esta aún no ha encontrado una respuesta normativa definitiva, especialmente frente a las formas de discriminación más sutiles.

No puede cerrarse esta introducción sin evacuar unos sumarios, pero ineludibles y sinceros agradecimientos: 1) A la Universidad de Málaga y al Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en primer lugar, por posibilitar, a través de distintas líneas de financiación, la realización de las jornadas matrices de este número y la posterior publicación de sus ponencias. 2) A los ponentes, especialmente a los ajenos a esta universidad, por el esfuerzo realizado para contribuir a generar un espacio de debate, estimulante como pocos, con aportaciones de una altísima solvencia académica, según comprobará el lector que se acerque a este número. 3) Al conjunto

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 8 - 12
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.01

de los asistentes, por propiciar que ese espacio de debate fuese aún más dinámico y dotar de sentido a la divulgación académica. 4) A la profesora Sánchez-Rodas Navarro, por su participación en aquellas jornadas y por la invitación para compartir sus resultados a través de esta revista. 5) Finalmente, a la profesora Solís Prieto, por su imponderable buen hacer editorial y por su, también inconmensurable, sosiego y tolerancia frente a las omisiones, atrasos y negligencias de los coordinadores de este número monográfico.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 8 - 12
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.01



Tribuna

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

El impacto de las novedades normativas y jurisprudenciales sobre igualdad en la práctica jurídico-laboral

THE IMPACT OF NEW REGULATIONS AND JURISPRUDENCE ON EQUALITY IN LEGAL-LABOR PRACTICE

Eduardo Ruíz Vegas
Graduado social
Presidente del Excelentísimo Colegio de Graduados Sociales de Málaga y Melilla
presidente@graduadosociales.com 0009-0001-8089-0052

Recibido: 08.12.2023 | Aceptado: 08.12.2023

Ante todo, quiero agradecer la iniciativa divulgativa de esta materia tan crucial para entender las relaciones laborales en nuestra actualidad normativa. Y, por supuesto, agradecer el haber sido invitado a participar como ponente en las jornadas de la que surge este número monográfico, lo que me supuso un honor, tanto personal como profesional, al ir representando al colectivo de graduados sociales.

En mi intervención para aquellas sesiones hice referencia, junto a otros participantes de la mesa redonda, a la particularidad siguiente: "El impacto de las novedades normativas y jurisprudenciales en la práctica jurídico-laboral", aspecto que para los graduados sociales es central dado que en nuestro quehacer diario tiene una presencia permanente.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha supuesto un punto de inflexión determinante para la gestión de las relaciones laborales, colocando en primera plana las consideraciones que conlleven discriminación, obligando a que las organizaciones dispongan de un nuevo paradigma de valoración de las líneas que debe observar para la protección de sus integrantes ante casos de discriminación.

Las organizaciones tienen el deber de velar por la salud de sus colaboradores y personas trabajadoras, así como por su integridad moral. Esta referencia se recoge en el artículo 10 de la Ley 15/2022, en su apartado tercero, lo que está relacionado con la protección frente a riesgos psicosociales que contempla la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Por tanto, en base a lo anterior, las organizaciones tienen que poner en primera línea la observancia de las políticas de prevención de la no discriminación por cualquier materia que ello pudiera ser posible, cuestión nada sencilla, dadas las múltiples vertientes de las que puede derivar, sancionándose tanto una discriminación directa o indirecta, en materias como las siguientes:

> Artículo 3. Ámbito objetivo de aplicación.
>
> 1. Esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos:
>   a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.
>   b) Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.
>   c) Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
>   d) Educación.
>   e) Sanidad.
>   f) Transporte.
>   g) Cultura.
>   h) Seguridad ciudadana.
>   i) Administración de Justicia.
>   j) La protección social, las prestaciones y los servicios sociales.
>   k) Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar.
>   l) Acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público, así como el uso de la vía pública y estancia en la misma.
>   m) Publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información.
>   n) Internet, redes sociales y aplicaciones móviles.
>   ñ) Actividades deportivas, de acuerdo con la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.
>   o) Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación.

Ante este amplio abanico de áreas a considerar, las organizaciones y, en particular, las empresas, deben poner en marcha, a la hora de organizar su estructura de funcionamiento, una clara política de observación y vigilancia para la evitación de acciones y conductas, tanto empresariales como de su personal, desde una perspectiva interna y externa, que puedan provocar casos de discriminación, y lo deben de realizar con decisión y claridad por la gran importancia que su cumplimiento tiene, ya no solo en aras del cumplimiento de la legalidad vigente o por la necesidad de sortear sanciones, sino también por una clara necesidad de cuidar a las personas que forman sus equipos, pues la gerencia o dirección de una empresa que no entienda que la salud de su organización comienza por la salud de las personas, difícilmente alcanzará un desarrollo positivo y el éxito en sus objetivos o misiones.

Un aspecto destacado que nos plantea la Ley 15/2022 es el efecto de la nulidad de los despidos por causas de discriminación en el supuesto del artículo 2, aparado 1, en concreto, por razón de enfermedad o condición de salud. Este supuesto de

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 14 - 19
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.02

causa discriminatoria se trata a diario por los graduados sociales, pues, hay que tener en cuenta que las situaciones de bajas por incapacidad temporal derivadas de enfermedad común se producen cada día, en un número muy importante a todos los niveles, es decir: la proporción es muy alta a nivel empresarial, a nivel de su consideración de la repercusión estadística por autonomías, así como por afectación desde la perspectiva estatal. Para ilustrar este planteamiento, os ofrezco los datos extraídos del informe editado por la consultora especializada en recursos humanos Randstad, a partir de datos del INE del primer semestre de 2023, con el antecedente de que el absentismo laboral terminó 2022 creciendo, con más de 945.000 trabajadores con baja ausentándose a diario, según su informe del cuarto trimestre de 2022. Son unas cifras oficiales procedentes de la Encuesta Trimestral de Costes Laborales del Instituto Nacional de Estadística (INE). "Los datos correspondientes al primer trimestre de 2023 ponen de manifiesto que en España el nivel de absentismo ha provocado la pérdida de un 6'3 % de las horas pactadas, mientras que el absentismo por incapacidad temporal ha supuesto la pérdida de un 4'9 % de las horas pactadas en el período referido. Se puede contar con una aproximación al volumen de trabajadores que se ausentan de su puesto de trabajo si se tiene en cuenta que en el primer trimestre de 2023 el número de ocupados según la Encuesta de Población Activa (EPA) ascendía a 20'45 millones de personas. En dicho caso, un 6,3% de absentismo equivale a que, en promedio, cada día un total de 1.290.244 personas no acudieron a su puesto de trabajo, de las cuales un total de 992.078 personas se encontraban de baja médica durante el primer trimestre del año. (...) Los datos interanuales de absentismo laboral han ido en aumento. Así, el 6'2 % del final de 2022 supera al 5'9 % del mismo periodo en 2021". Especialmente llamativa es la diferencia entre el primer trimestre de 2022 y el mismo periodo de 2021. Mientras que en los tres primeros meses de 2021 la tasa de absentismo laboral era del 6 %, en 2022 alcanzó el 7'1 %.

Teniendo en cuenta estos datos, se observa lo relevante que es la incidencia en las empresas de esta situación de incapacidad temporal, la cual ha ido en aumento. Este reflejo estadístico pone de manifiesto que es urgente adoptar medidas para la mejora de la salud de las personas trabajadoras, pues es evidente que la vigilancia de la salud es deficitaria, en general, y ese aspecto debe ser el principal a proteger. Recordemos la obligación que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales exige a las organizaciones respecto de la prevención y protección de la salud en el trabajo. Claro que los casos que integran estas estadísticas no se refieren solo y exclusivamente a causas que se puedan generar en el lugar de trabajo, pero, aun siendo contingencias comunes, sí que muchas se generan en los centros de trabajo, bien por contagios, desde un resfriado común a situaciones que o se generan en el trabajo o se agudizan en el desarrollo de la jornada laboral, como es el estrés.

En cualquier caso, sea por falta de medidas preventivas de la vigilancia de la salud o sea por razones externas a las actividades profesionales, la incidencia de las bajas por incapacidad temporal en las empresas y organizaciones está alcanzando unas cotas de dramatismo en las plantillas que están suponiendo una sobrecarga del personal que asume la tarea de los que se ausentan en el trabajo, la falta de resultados

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 14 - 19
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.02

óptimos en los procesos de producción así como en la competitividad de las empresas. Todo ello con un notable reflejo en las relaciones laborales, que en muchas ocasiones se trasladan a casos de extinción de contratos que se ven afectados por reclamaciones de nulidad de los despidos en base a la premisa de no discriminación por razón de salud.

Por todo ello, los que nos dedicamos a la gestión de las relaciones laborales y los recursos humanos y tenemos que afrontar los procedimientos ante los juzgados de lo social, nos vemos necesitados de disponer de herramientas que nos permitan atender estas cuestiones de manera óptima. Pero ese reto no es sencillo y, de hecho, está planteando muchas incertidumbres, lo que requiere de una acuciante formación especializada en la gestión del absentismo y la no discriminación. Por ello, aprovecho para volver a felicitar y agradecer a la organización de este congreso su acción formativa.

En el plano jurídico, el artículo 31 de la Ley 15/2022 hace referencia a las reglas relativas a la carga de la prueba se redacta del siguiente modo:

> 1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
> 2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo primero, el órgano judicial o administrativo, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.
> 3. Lo establecido en el apartado primero no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores, ni a las medidas adoptadas y los procedimientos tramitados al amparo de las normas de organización, convivencia y disciplina de los centros docentes".

En su consideración, desde una visión simple de la postura de la empresa, como parte demandada en los procesos de despido en los que pueda tener alguna relación la situación de incapacidad temporal del demandante y se alegue discriminación por razón de enfermedad del trabajador, la empresa deberá fundamentar el despido en causas que nada tengan que ver con esa alegación de discriminación, pero todos y todas los que nos dedicamos a lidiar en los juzgados con estos procedimientos sabemos que la cuestión no es nada sencilla, por muchas razones, entre ellas, porque la justificación de la causa del despido siempre es compleja, pues, desligar la causa cuando la persona trabajadora está en situación de incapacidad temporal o lo ha estado recientemente, está provocando resoluciones judiciales en sentidos tanto de la nulidad como de improcedencia, siempre, claro está, que no alcancen la procedencia del despido y, todo ello, a la espera que de que el Tribunal Supremo unifique doctrina y pueda dar certidumbre a las cuestiones que marquen criterios más claros para abordar estos casos.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 14 - 19
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.02

Es patente que se producen ciertas complicaciones en el tratamiento de la causa de discriminación por razón de enfermedad, relacionadas con el control de la incapacidad por los servicios de salud. Las organizaciones están muy necesitadas de tener la certeza de la veracidad de las bajas por incapacidad temporal que tanto afectan al funcionamiento diario de éstas, por dos razones fundamentales: la primera, como antes apuntaba, para tomar medidas de prevención y mejorar la vigilancia de la salud de sus plantillas, lo que contribuiría a bajar las incidencias que conlleven bajas laborales; y, la segunda, para dotarlas de confianza, es decir, que, tanto la plantillas que tiene que soportar y cubrir las tareas de la persona que se ausenta, como la dirección de las empresas, que tienen que sortear esas ausencias, con un aumento de los costes laborales, tanto por la falta de producción como de la eventual sustitución del puesto, se verían amortiguadas y, seguramente, se evitarían situaciones de crispación, si éstas disponen de confianza en el control de la incapacidad temporal.

El conocimiento y la seguridad de la certeza de la situación de incapacidad temporal no tiene por qué estar reñido con la protección de los datos relativos a la salud del trabajador, es decir, no tendría por qué conocerse la causa de la baja laboral, preservando la intimidad del trabajador, pero sí parece que es razonable aumentar la confianza de las empresas y de las plantillas de éstas, que esas bajas laborales son ciertas y fiables, pues no creo que sea aventurado ni extravagante exponer que la confianza general en los servicios de control de las incapacidades no es muy elevado, al menos es una impresión que extraigo de la práctica profesional de quien cada día lidia con estas situaciones. Aunque no hay, al menos no he encontrado, estadísticas sobre el fraude en situaciones de baja por enfermedad, estas existen y son una realidad, por los casos que han sido confirmados, así como por la picaresca que se puede dar en estas situaciones. Pero esa falta de confianza en los servicios de control de las incapacidades laborales temporales se ha agravado con la reforma reciente en la gestión de los partes de incapacidad temporal, los cuales ya no tienen que ser entregados por las personas trabajadoras a las empresas, así como tampoco los partes de confirmación de estas bajas, lo que desliga notablemente y distancia a la persona enferma con la empresa durante esa situación.

En definitiva, el refuerzo de la protección frente a la discriminación de la persona trabajadora por razón de la salud parece aconsejable que deba ser acompañado de un refuerzo en la vigilancia y control de los procesos de incapacidad temporal, que éstos den certidumbre a las empresas, a las organizaciones, e incluso, tranquilidad a las plantillas que sufren, de primera mano, la sobrecarga de trabajo de los ausentes. Siendo así, con esa búsqueda del equilibrio tan necesario en la gestión del absentismo por esta concreta circunstancia se daría la posibilidad de evitar, por un lado, que se produjeran casos lamentables de discriminación; y, por otro lado, contribuiría a evitar, como consecuencia de lo anterior, procesos de extinciones de contratos como resultado de conflictos derivados de esa desconfianza en la veracidad de la causa de baja laboral, que podrían conllevar la nulidad de los despidos. Por otro lado, tal como se encuentra la Jurisdicción Social, en general y, en Málaga, en particular, estos procedimientos de despidos tienen unos tiempos de tramitación muy elevados –en

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 14 - 19
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.02

la actualidad están llegando a superar los 18 meses desde la demanda hasta la sentencia de instancia–, sin considerar los posibles recursos, lo que avoca a un escenario penoso, tanto para la empresa, como también para la persona actora, que no ve la solución a su caso en un tiempo razonable, causando daños palpables, tanto patrimoniales como de satisfacción personal y emocional.

Espero que estos comentarios puedan servir al lector de una visión, no sé si relevante, pero al menos acercarlo a la que en el día a día se trata y comenta en los círculos laboralistas y es una preocupación muy notable en la práctica jurídico-laboral.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 14 - 19
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.02



Artículos doctrinales

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

La identificación del empleo atípico por la Organización Internacional del Trabajo y su impacto en el genérico reformado sistema de contratación laboral español de 2022*

THE IDENTIFICATION OF ATYPICAL EMPLOYMENT BY THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND ITS IMPACT ON THE GENERIC REFORMED SPANISH LABOR RECRUITMENT SYSTEM OF 2022

Luis Ángel Triguero Martínez
Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
ltriguero@ugr.es 0000-0002-5720-996X

Recibido: 05.10.2023 | Aceptado: 29.11.2023

RESUMEN

Algunas de las modalidades y/o de los rasgos del empleo atípico que señala la Organización Internacional del Trabajo siguen estando presentes en el ordenamiento jurídico laboral español. El nuevo sistema de contratación nacido de la reforma laboral de 2022, no lo ha afrontado con la seriedad y profundidad que debiera. Hay flecos no firmados ni recogidos en la regulación que abren la posibilidad a producir relaciones laborales total o parcialmente atípicas.

PALABRAS CLAVE

Empleo atípico
Reforma laboral española
Contratos de trabajo

ABSTRACT

Some of the modalities and/or features of atypical employment indicated by the International Labor Organization are still present in the Spanish labor legal system. The new hiring system born from the 2022 labor reform has not faced it with the seriousness and Depth it should. There are fringes not signed or included in the regulation that open the possibility of producing totally or partially atipical labor relations.

KEYWORDS

Atypical employment
Spanish labor reform
Employment contracts

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. LAS RAZONES SOCIALES Y POLÍTICAS JUSTIFICADORAS (EN PARTE) DE LA REFORMA LABORAL DE 2022. ¿QUÉ HAY DETRÁS?
III. LAS ¿NOVEDOSAS? MODALIDADES CONTRACTUALES
A. El objetivo: la contratación indefinida como canon
B. Los contratos de duración determinada: la excepción a la regla general
1. *El contrato por circunstancias de la producción*
2. *El contrato de sustitución*
3. *El híbrido: la contratación fija discontinua como alternativa al canon de indefinida*
C. Un paso ¿firme? hacia la contratación indefinida: la temporalidad a través de la formación
1. *Contrato de formación en alternancia*
2. *Contrato formativo para la práctica profesional: el comúnmente denominado contrato en prácticas*
IV. A MODO DE REFLEXIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional del Trabajo señala a la temporalidad en el trabajo y/o su realización a tiempo parcial como formas atípicas de empleo. Materializan una flexibilidad. Es destacable la que se produce en el momento del acceso al mercado de trabajo a través de las formas de contratación y/o mediante la forma de su organización. Son caballo de batalla técnico-jurídica y de política del derecho.

España siempre ha venido siendo modelo ejemplar de la gran cantidad de modelos y formas de contratos de trabajo existentes. Todos ellos, precisamente, se ajustaban a los cánones que marca la citada. Y lo que es más paradójico: su finalidad. Situación, por ende, de atipicidad.

Esta realidad estructural se está intentando atajar con los cambios de fondo sobre el modelo que hubo en materia contractual en el marco de la última gran reforma laboral española, la 2021-2022. El empleo estándar es el marcador de referencia al que se aspira a entender para la erradicación del empleo atípico identificado.

II. LAS RAZONES SOCIALES Y POLÍTICAS JUSTIFICADORAS (EN PARTE) DE LA REFORMA LABORAL DE 2022. ¿QUÉ HAY DETRÁS?

Que España llegase a finales de 2021 con una más que hiperactividad normativa –a veces sin lógica secuenciada– en materia sociolaboral afectante a los contratos de trabajo y a la gestión de las relaciones laborales fruto de sus condiciones, fue fácil de percibir. Sin embargo, difícil de entender, argumentar y, como resultado inmediato, de aplicar. La pandemia del COVID-19 hizo también sus estragos en el derecho laboral.

Venían aconteciendo constantemente cambios, uno tras otro, incluso con escasa vigencia y entrada en vigor de uno posterior. Una vorágine legislativa frenética con la justificación de atender las modificaciones que, con máxima inmediatez, tuvo que

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

afrontar el Derecho del Trabajo desde comienzos de 2020. Su impacto ha afectado a casi todos los aspectos de las relaciones laborales. Derecho y realidad, necesariamente, han de converger y no transcurrir paralelamente.

Incluso, dando un paso más allá, se han producido regulaciones jurídico-políticas de realidades en la organización del trabajo que se han visto exponencialmente incrementadas ante los cambios tecnológicos, como el trabajo a distancia o la prestación de servicios profesionales en el marco de las plataformas digitales de reparto. Estas últimas también son concebidas por la Organización Internacional del Trabajo como formas de trabajo totalmente atípicas. Cabría preguntarse ya si una situación excepcional como la pandemia generó el acudir a la atipicidad como una necesaria salida de emergencia adoptada con urgencia.

Esto no impide que la situación, en su conjunto, se pueda identificar como una de las impulsoras de la reforma laboral española de finales de 2021 y comienzos del 2022: el intento de tratar de poner orden en la deriva caótica de regulación de las relaciones de trabajo y del acceso al mercado laboral.

Esta visión se puede identificar desde un perfil más técnico. Sale a la palestra un Derecho del Trabajo susceptible de calificarse como pandémico que, sin perder su social razón de ser, trató de atender y proteger a las personas trabajadoras para seguir la misma tendencia postpandemia. A costa de lo que fuese, las realidades empresariales no tuvieron tanto esta visión o finalidad y sí la del mantenimiento de su actividad y la recuperación en un contexto económico muy difícil. Era y es (ya de una forma más acotada) indistinta la apuesta por formas típicas o atípicas de empleo, muy particularmente en modalidades contractuales y en la organización del trabajo. El fin justifica los medios.

Sin embargo, en contra de lo que puedan pensar los operadores del derecho, en esta última reforma laboral acontecida, prevalece la razón política. De una parte, formaba parte del programa de gobierno socialista el derogar la reforma laboral del año 2012. De otra parte, la recepción de los fondos económicos europeos para España orientadas a paliar los efectos de la pandemia, en el ámbito sociolaboral, estaban supeditados a presentar una reforma laboral antes del 31 de diciembre de 2021. En relación a la misma y en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su componente 23, se alude a la baja productividad y debilidad estructural de la economía española. Circunstancia argumentada como legitimadora de la última.

Valorando lo señalado, dos cuestiones suscitan ya debate: el especificar los años 2021-2022 y el pensar si realmente es una reforma laboral.

La reforma laboral fue aprobada en forma de Real Decreto-ley. El número 32/2021, de 30 de diciembre, entrando en vigor el 31 de diciembre de 2021. Ahora bien, en el mismo se estableció que todo lo relativo a la nueva contratación temporal tendría vigencia tres meses después. Es decir, el 31 de marzo de 2022.

Siguiendo el mandato del artículo 88 de la Constitución, tras ser sometida a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, fue convalidada como Ley el 3 de febrero de 2022 y, por ende, quedó como tal.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

La valoración sobre si se está ante una reforma laboral es más controvertida. Su consideración stricto sensu sería la que afectaría con profundidad a las políticas de empleo, la contratación, la flexibilidad interna o regulación del desarrollo de las relaciones de trabajo y a las modalidades extintivas.

Este escenario no es el caso. Habría que entenderla, pues, como una revisión de la señalada de 2012 en sus aspectos más controvertidos en su consideración y aplicación. En última instancia, leitmotiv histórico de que hubiese un acuerdo social entre Gobierno, patronal y sindicatos. Significativo es que el texto legal lleva por título medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

En este sentido, con esta reforma laboral se pretende, por encima de todo, evitar males mayores en el mercado laboral y en unos inicios serios de recuperación económica siempre susceptibles de interpretación diversa contrastando con diversos factores y evolución. Con ello se persigue como objetivo el acompañar una creación de empleo superior cuantitativa y cualitativamente a la que el modelo económico-productivo español está acostumbrado. Uno de los medios: la reformuladas, reformadas y nuevas modalidades contractuales nacidas. A priori, está tendida la alfombra para salir sorteando lo atípico y mirar al empleo típico estándar.

Ahora bien, el que se hubiesen identificado elementos nucleares del entramado de nuestro ordenamiento jurídico-laboral que necesitaban una especial atención, no significa que fuesen a estar resueltos cortoplacistamente. Sí se plantan y consolidan los pilares a los efectos. Si la generación de empleo no es eficaz, si no se reduce la dualidad en el mercado de trabajo, la temporalidad imperante, los desequilibrios van a seguir persistiendo.

Llama la atención la preocupación existente al respecto hasta el hecho de que al Estatuto de los Trabajadores se le haya sumado la disposición adicional 24, ad hoc, sobre la cuestión. Queda refrendado un compromiso: la reducción de la tasa de temporalidad. Para ello, el Gobierno de turno, en enero de 2025, evaluará las medidas, publicando con carácter oficial la tasa de temporalidad y por sectores. Una evaluación que se repetirá bianualmente. En el caso de que se compruebe que las medidas no surten un efecto favorable, el Gobierno que se trate ha de elevar a la mesa de diálogo social un bloque de medidas adicionales en aras de su tratamiento interno y la formalización de acuerdos puntuales.

En esta dirección, no hay que olvidar la Directiva de la Unión Europea 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Siguiendo su articulado y, más concretamente el artículo primero, de un lado, en el apartado primero, su finalidad es la mejora de las condiciones laborales a través de un empleo transparente y previsible garante de la capacidad de adaptación del mercado de trabajo; y, de otro lado, en su apartado segundo, la concreción del estándar mínimo de derechos para todas las personas trabajadoras con contrato laboral atendiendo, especialmente, a la legislación laboral y los convenios colectivos.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

Así pues, un eje vertebrador de esta última reforma laboral ha sido la reordenación de las modalidades contractuales. Es clásica la culpabilidad atribuida siempre al Derecho del Trabajo de su rigidez en la regulación de los diferentes tipos de contrato de trabajo y su falta de adaptación a la realidad social más inmediata del mercado de trabajo, muy especialmente en escenarios económicos desfavorables. Cuanto menos, se ha tratado de dar solución a este dilema.

III. LAS ¿NOVEDOSAS? MODALIDADES CONTRACTUALES

Uno de los grandes aciertos que ha tenido la reforma laboral de 2022 ha sido la reestructuración de los tipos de contratos de trabajo existentes. Se ha terminado con un elevadísimo elenco de modalidades contractuales que hacía que el empleador, en el momento de la contratación, no sólo no supiese con certeza cuál se adaptaba mejor a sus intereses, sino que también se habían estirado los ámbitos subjetivos de los diferentes tipos. Hasta el límite de que determinadas actividades profesionales cada vez se incluían con más asiduidad en modalidades más precarias, habiendo un uso y abuso de la temporalidad, entre otros. Circunstancias que el "derecho jurisprudencial", en muchos casos, no venía pudiendo ya frenar.

Cierto es que desaparecen determinados tipos de contrato de trabajo. Pero, sin embargo, el espíritu de otros se refunda en uno único del que derivan unas acotadas submodalidades con el fin de adaptarse lo más concisamente posible a la actividad laboral a desarrollar. El problema es que, a priori, se ha partido de un escenario demasiado idílico o cuadriculado que, atendiendo al tejido productivo español y/o el existente en diferentes regiones y su desarrollo económico, dificultan su viabilidad. En cualquier caso, se ha pretendido poner fin a una flexibilidad que estaba resultando negativa y derivando en situaciones atípicas.

Pese a ello, hay que ser conscientes de que está por venir toda una construcción jurisprudencial sobre los mismos. O, en su caso, su perfilamiento hacia un empleo típico, atípico o típicamente matizado. No se está tardando.

A. El objetivo: la contratación indefinida como canon

La regla general de la que se parte es muy sencilla y básica. Todo contrato de trabajo se ha de hacer y formalizar por tiempo indefinido, sin límite temporal. Sí o sí, no hay otra. El apartado primero del vigente artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores deja constancia de ello de una forma más suave en sus términos de expresión jurídica (pero que no resta un ápice de contundencia) al concretar expresamente que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. Vara de medir con la que se quiere atajar y erradicar la temporalidad.

Consecuentemente, el que se acuda a cualquier otra modalidad contractual es la excepción. Renace con mucha fuerza la causalidad. Causalidad que había quedado no sólo relegada a un segundo plano, sino que también casi olvidada. El por qué no

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

se acude al contrato indefinido ha de quedar muy bien perfilado. Si no es así, se presume y pasa a ser indefinido. El modelo estándar que califica la OIT como estándar.

Destaca el hecho de que, expresamente, en el apartado cuarto del propio artículo 15, se concrete que, si no hay causa pertinente que justifique el haber contratado temporalmente, de forma automática, el contrato de la persona trabajadora pasa a ser indefinido. Se concibe como un incumplimiento de la regla general.

Igual hecho sucede si la persona contratada temporalmente no ha sido dada de alta una vez haya se haya igualado o pasado el plazo de duración del período de prueba.

Adicionalmente, se concreta en el apartado quinto que la regla general se cumplirá (es decir, será contrato indefinido) cuando la persona trabajadora enlace dos o más contratos temporales o haya estado contratada temporalmente por circunstancias de la producción de forma continuada durante, como mínimo, dieciocho meses dentro de un período de veinticuatro. Ahora bien, precisa: mismo puesto de trabajo, misma empresa o grupo de empresas, contratada directamente o a través de la puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. Mutatis mutandis, expresa el precepto las mismas condiciones también para los casos de sucesión o subrogación empresarial.

Para ambos casos previstos en los apartados indicados y, en este caso, del apartado noveno se pueden establecer tres mecanismos garantistas:

- El procedimental documental-informativo empresarial: en un plazo máximo de diez días, sobre la empresa recae la responsabilidad de expedir a la persona trabajadora un documento que justifique su paso a indefinida. E, igualmente, ha de informarlo a la representación legal de los trabajadores en la empresa.
- El procedimental documental acreditativo de la persona trabajadora: ésta está facultada para acudir a la Oficina del Servicio Público de Empleo correspondiente para que le emita un certificado de los contratos de duración determinada o temporales que haya celebrado y provocado su conversión en fija.
- -El procedimental institucional: el Servicio Público de Empleo competente pone en conocimiento de la emisión del anterior tanto a la empresa en cuestión como a la Inspección de Trabajo, siempre y cuando ésta última advierta de que se hubiesen incumplido los límites temporales señalados.

Por su parte, en el apartado octavo hay una remisión a la autonomía colectiva. Los convenios colectivos pueden concretar criterios objetivos sobre los que sustentar la conversión de los contratos temporales de duración determinada en indefinidos. Análogamente, las consecuencias que se puedan derivar de su incumplimiento. Se equipara así la ley con el convenio colectivo (aunque este, por sí mismo, tiene naturaleza normativa).

Tal y como estaba regulado, la indemnización por despido objetivo es de veinte días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

B. Los contratos de duración determinada: la excepción a la regla general

Como ya se ha señalado, se parte de la presunción de que todo contrato firmado es indefinido. Como opción exhaustivamente causalizada, en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores se reorganizan los contratos de duración determinada, dejando sólo dos opciones: de una parte, el contrato por circunstancias de la producción; de otra parte, el contrato por sustitución de la persona trabajadora.

En ambos casos no cabe la discriminación, respecto a las personas trabajadoras contratadas indefinidamente, en el ejercicio de sus derechos reconocidos legalmente y convencionalmente, inclusive atendiendo a criterios de antigüedad.

Asimismo, también se les ha de informar la existencia de vacantes ajustadas a su perfil para que puedan ser contratadas indefinidamente.

El límite de tiempo general de concatenación de contratos de duración determinada para pasar a ser indefinidas: el estar ocupadas más de dieciocho meses dentro de un período de veinticuatro, indistintamente a su continuidad, para cualquier puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas. La particularidad: el ser contratado directamente por la empresa o, en su caso, mediante contratos de puesta a disposición a través de las empresas de trabajo temporal.

1. El contrato por circunstancias de la producción

En el apartado segundo del citado artículo se encuentra su definición. Precisa que las propias circunstancias de la producción son sólo las debidas a un incremento ocasional y no previsto de la actividad y los cambios que, aun siendo parte de la actividad normal de la empresa, alteren, provoquen un desequilibrio temporal entre el empleo estable totalmente disponible y el que, en teoría, se requiere.

Llama la atención que se entiendan a las vacaciones como hecho causal para contratar por circunstancias de la producción. Circunstancia más que controvertida por las consecuencias técnico-jurídicas que acarrea: el derecho a las vacaciones es un derecho indisponible de la persona trabajadora. Éste no puede ser motivo de disposición y justificación de una contratación de duración determinada. Se está dando pie a una atipicidad desde lo ajustado a lo típico, a lo ordinario, a lo coherente, a lo estándar.

A lo que se ha de adicionar su impacto en la política de empleo: ¿hasta qué punto realmente se va a jugar con las cifras resultantes para definir la misma? ¿Se está impulsando con ello las políticas activas de empleo? ¿Activando las políticas pasivas de empleo? Difícil una respuesta articulada coherentemente.

Aunque no sea lo procedente, por el elevado coste que supone en España la contratación de una persona trabajadora, la utilización de esta modalidad contractual permanentemente en este supuesto concreto va a desembocar en la prestación de servicios profesionales por otra persona no contratada ajustada a derecho. Una atipicidad en la relación laboral o un contrato atípico. También es factible que el desequilibrio señalado en la norma se oculte de facto sobre la base del mantenimiento de los

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

niveles de actividad normales de la empresa, acudiendo a una mayor carga de trabajo de aquéllos que no están ejerciendo su derecho.

En cualquier caso, al margen de esta particularidad, como regla general la duración del contrato será de seis meses como máximo. Ésta, por convenio sectorial puede ser diferente, abriendo la puerta a que sea mayor, siempre con el límite de un año. En el supuesto de que el contrato sea firmado por un tiempo menor a los máximos indicados, por acuerdo entre las partes, se puede prorrogar sólo una vez sin superarlos bajo ningún concepto.

Un supuesto que se presta a controversia en materia de duración de este contrato de trabajo es el de que se redefina restrictivamente la concepción legal general apuntada: situaciones ocasionales, previsibles, con una duración reducida y claramente delimitada. Ésta última: noventa días dentro del año natural, con una duración no continuada. Para ello, se pueden contratar tantas personas como sean necesarias. Ahora bien, éstas han de estar identificadas en el contrato.

En tanto en cuanto esta última posibilidad parece la óptima para las contratas, subcontratas o concesiones administrativas en actividades de la misma empresa, inmediatamente se cierra la puerta a esta posibilidad, quedando prohibida en la propia ley.

Poniendo de manifiesto implícitamente la a priori tarea de cogestión empresarial por parte de la representación legal de los trabajadores, a ésta se le ha de informar de la previsión que tiene la empresa de contratar utilizando esta forma.

Si no se cumple cualquier requisito de los descritos, la persona trabajadora pasa a tener la condición de fija. Modelo tipo, típico.

2. *El contrato de sustitución*

El apartado tercero del artículo 15 del Estatuto de los trabajadores lo define como aquél que cuya razón de ser es sustituir a una persona trabajadora que, como eje central, tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Parte esencial de esta modalidad contractual: el que se concrete de forma clara el nombre de la persona sustituida y el motivo que lo justifica. Pero sólo para los escenarios de, por una parte, la stricto sensu sustitución con derecho a reserva; y, de otra parte, la matizada de completar la jornada laboral reducida atendiendo a causas establecidas por ley o convenio colectivo.

Se habilita legalmente a que cuando esté prevista la realización de la sustitución, en fechas previas a la ejecución de la misma, puedan coincidir sustituido y sustituyente, por quince días como máximo, ejerciendo idéntica actividad con la finalidad garantista de su adecuación y que, así, no se vea perturbada la actividad empresarial.

Por otra parte, el otro supuesto particular en el que se permite esta modalidad contractual es en el de que esté abierto o se vaya a abrir un proceso de selección o promoción para cubrir un puesto de trabajo. Eso sí, con la condición sine qua non de que sea un contrato indefinido típico. La duración máxima, tres meses o la que prevea –siempre inferior– el convenio colectivo, siempre por una sola vez. Indirectamente,

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

con este período máximo, se le atribuye la responsabilidad de la firma de este contrato a la empresa persiguiendo que el proceso abierto ocupe el menor tiempo posible. La fijeza subyace claramente.

3. El híbrido: la contratación fija discontinua como alternativa al canon de indefinida

En tanto en cuanto el modelo es la contratación indefinida sin límite de duración, la reforma laboral de 2022 plantea una alternativa a ésta en la que el carácter de fijeza permanece destacadamente, aunque, en este caso, anudada a una temporalidad reiterada en el tiempo. Es por esto por lo que el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores experimentó una reforma sustancial.

Así pues, a grandes rasgos y como se desprende del mismo en su apartado primero, esta modalidad contractual se ha de utilizar para actividades laborales cuya razón de ser es estacional, de temporada concreta; o, en su caso, que se conecten directamente con trabajos a ejecutar obligatoriamente en un período de tiempo, estando sus fechas determinadas o indeterminadas.

Otro escenario en el que se puede utilizar este contrato de trabajo es para actividades laborales en la ejecución de contratas, ya sean mercantiles, ya sean administrativas que, siempre teniendo previsibilidad, sean parte de la actividad empresarial. El período de inactividad única y exclusivamente puede darse en calidad de plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones, con una duración máxima de tres meses. Realzando el papel de los convenios colectivos de naturaleza sectorial, pueden fijar otro distinto.

Por otra parte, la principal novedad y aspecto muy llamativo es la relevancia que tiene la posibilidad que se ha abierto a que las empresas de trabajo temporal pueden acudir a esta modalidad de contrato. Eso sí, para la utilización con sus trabajadores de plantilla que, a posteriori, cede a las denominadas empresas usuarias. Pues bien, abre la opción de su utilización para cubrir diferentes contratos de puesta a disposición concatenándolos con estas últimas en períodos de inactividad coincidente con el tiempo de espera. Requisito: las empresas han de ser diferentes.

Con carácter general, en tanto en cuanto en esta modalidad contractual ya aparece difuminada el carácter indefinido, el apartado segundo del artículo deja bien claro que ha de ser por escrito, quedando constancia en el mismo: los elementos esenciales y el tiempo de la actividad laboral, la jornada de trabajo y el cómo se distribuye en horario. Queda permitida una flexibilidad en tanto en cuanto se consiente que éstos sean estimativos en un primer momento y concretos en el momento del llamamiento para la realización de la prestación de servicios.

Los elementos señalados a los que dejar constancia, según expresa la norma, son "entre otros". Deja la puerta abierta a que sean obligatorios otros también en función de la naturaleza de la actividad, sus particularidades, etc. Aquí queda mucho por construir y perfilar. La casuística individualizada afrontada por la jurisprudencia es la que lo está haciendo. Sin olvidar la negociación colectiva.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

El llamamiento para comenzar a trabajar obligatoriamente también ha de ser por escrito. Entronca así con la formalización escrita del contrato. La finalidad es evidente: evitar situaciones en las que se afirme que éste no se ha producido y, por ende, lo indefinido quede en entredicho y se pueda abrir la puerta a un despido. La alternativa a que sea escrito es que sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la notificación realizada. Sea de una u otra forma, ahora sí han de quedar reflejadas las condiciones de la incorporación, con la antelación que se estime oportuna y procedente.

Atribuyendo un mayor rol a la negociación colectiva, siguiendo el apartado tercero del artículo, se viene a destacar la importancia del convenio colectivo. Éste será el competente –o, llegado el caso, un acuerdo de empresa– el que establece criterios más objetivos y particularizados por los que debe de ajustarse al derecho el llamamiento. Análogamente, éstos pueden perfilar, con carácter excepcional, las posibilidades de que esta modalidad contractual sea a tiempo parcial.

La importancia del llamamiento se refuerza como elemento de causalidad. Si éste no se procede ajustado a derecho, en el ejercicio de las acciones oportunas que se puedan llegar a plantear y realizar, el dies a quo es aquél en el que se debió realizar y no se hizo o en el momento en el que se dieran a conocer las condiciones.

Reforzando el carácter de indefinido, como garantía y protección al trabajador, la antigüedad será la de la duración del contrato de trabajo en su totalidad y, por ende, no sólo los que ha estado trabajando para las empresas usuarias. En la misma dirección van dos cuestiones: tanto el ser informado por las empresas –del artículo de la norma se pueden entender que tanto la empresa de trabajo temporal como las usuarias– de vacantes en puestos de trabajo fijos y el proceso de realización de la conversión; como el que el Gobierno de turno les permita el acceso a subsidios por desempleo en igualdad de condiciones a las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidos en el régimen general del sistema de Seguridad Social. Ambas van en consonancia con la obligación empresarial creada ex novo de realizar cada año un censo de personas fijas discontinuas.

Por otro lado, en conexión con el desarrollo de las políticas activas de empleo, el colectivo de personas con contratos de trabajo fijos discontinuos tienen la consideración de preferente para acceder a las iniciativas de formación encuadradas en el sistema de formación profesional para el empleo. Ahora bien, siempre que se encuentren en el período de inactividad.

Las garantías quedan incrementadas cuando es el convenio colectivo sectorial el que tiene facultad para realizar bolsas sectoriales de empleo en las que se puedan incluir las personas trabajadoras sujetas a esta modalidad contractual, siempre durante el tiempo que estén inactivos. Late aquí el trasfondo de impulsar su contratación indefinida reforzando su formación continua.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

C. Un paso ¿firme? hacia la contratación indefinida: la temporalidad a través de la formación

Con la reestructuración total de los contratos formativos en la reforma laboral del 2022, se da a entender que, como elemento consustancial para el acceso al mercado de trabajo (a recordar, de forma indefinida) es necesario que la persona trabajadora se encuentre debidamente cualificada en conexión directa con la formación reglada que, bien ha finalizado de cursar o bien se encuentra compatibilizando con la prestación de servicios profesionales. Este es el trasfondo del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

Ésta es la razón de ser de los dos tipos que distingue: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de práctica profesional.

Como elementos básicos que están presentes en las dos, por su propia razón de ser, mención merece la obligatoriedad de que sean por escrito detallando el plan formativo (si no es así pasarán a ser indefinidos, al igual que cuando se cumple el contrato y la persona continúa en la empresa); la imposibilidad de utilizarlos en empresas con expedientes de regulación temporal de empleo y para las personas trabajadoras afectadas por los mismos; la protección por el sistema de seguridad social en igualdad de condiciones; y la consulta a las administraciones competentes para los requisitos a cumplir para la formalización del contrato, con mención tasada –pero, paradójicamente a modo de ejemplo– a los supuestos de número de tutores por persona trabajadora contratada en formación, la proporción de contratos en relación al tamaño de los centros de trabajo y para la estabilidad en la plantilla de la empresa.

Más significativo es que, en aras del fin último de la fijeza y en aras de evitas situaciones atípicas, las situaciones incapacidad temporal, el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción, el acogimiento, el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia y la violencia de género serán hechos que nunca van a considerarse como tiempo de duración del contrato y, por ende, va a quedar suspendido. Se protege socialmente de una forma destacada a un colectivo de personas que se está formando para acceder al mercado de trabajo y su futura e inmediata contratación indefinida.

Resalta que, con el afán del carácter omnicomprensivo socioprotector, para el colectivo de personas con discapacidad o las que se hallen en situación de exclusión social contratadas por una empresa de inserción, estas dos modalidades contractuales se van a adecuar a los estudios, al plan o al programa formativo y al nivel de discapacidad que presenten las mismas.

Empoderando a los convenios colectivos sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior, se les atribuye la facultad de poder particularizar el elenco de puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que, llegado el caso, pueden sujetarse a estos contratos de trabajo. También a la negociación colectiva tienen la potestad para perseguir la igualdad de género, evitando una brecha, tanto para la contratación como para la conversión en indefinidos.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

Al igual que sucedía en las modalidades contractuales ya analizadas, también en estas dos de naturaleza formativa tiene un papel destacado la representación legal de los trabajadores en la empresa. Ha de tener constancia de cualquier convenio de colaboración educativa o formativa que le den sustento firme.

A modo de garantía final, la empresa puede solicitar por escrito al servicio público de empleo oportuno que le informe si las personas que va a contratar con la modalidad contractual en cuestión, ya lo han estado antes y por cuánto tiempo. Información que ha de ser trasladada también a la representación legal de los trabajadores.

Todas estas cuestiones de forma y fondo son recogidas en el apartado cuarto del artículo en cuestión.

Estos mismos planteamientos quedaron reflejados en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. En su artículo 1 del capítulo II, se deja constancia de que cualquier persona "tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente, inclusivo y de calidad". A lo que se suma que, a los efectos, se tienen no sólo que mantener, sino también que adquirir cualquier capacidad que venga a garantizarle, directa o indirectamente, su inclusión social y, por ende, en el mercado de trabajo.

1. *Contrato de formación en alternancia*

Este tipo de contrato formativo tiene el objetivo de que se compagine un trabajo con una formación que se esté siguiendo en el marco de los estudios universitarios, formación profesional o en cualquiera dentro del catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Carácter que elimina el período de prueba contractual.

Así pues, como regla general sólo es viable el contrato con las personas que no tengan la cualificación que les reconoce automáticamente la formación. Ahora bien, se abre la posibilidad a dos excepciones: las que tengan otra titulación que no haya estado vinculada a esta modalidad de contrato; y las menores de 30 años siempre y cuando sea en el elenco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y en cualquier programa público o privado de formación en alternancia de empleo-formación incluidos en el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

En lo que respecta a la duración de este tipo de contrato será entre tres meses y dos años, no pudiéndose ver prorrogado más allá de éstos; o bien la que se prevea en el plan o programa formativo, inclusive la casuística de que no sea continuado.

El tiempo de trabajo será de un máximo del 65 % el primer año o del 85 % del segundo. La referencia: la máxima legal o la fijada por convenio colectivo. De conformidad con las previsiones generales del Estatuto de los Trabajadores: no pueden realizar ni horas complementarias ni horas extraordinarias a excepción de las que sean necesarias para la prevención o reparación de supuestos; ni tampoco el trabajo nocturno y/o a turnos (salvo que sea inherente a la actividad laboral). La referencia, en cualquier caso, será la de una persona trabajadora a tiempo completo o a tiempo parcial.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

El salario será la cuantía que figure en el convenio colectivo de aplicación. Si no, como mínimo el 60 % para el primer año y el 75 % para el segundo año, en correspondencia con el grupo profesional, nivel retributivo equivalente a las funciones y proporcionalmente al tiempo de trabajo efectivo. Por mera lógica, está prohibido que sea en cuantías inferiores al salario mínimo interprofesional.

En lo que respecta a la formación, es obligatorio que exista una conexión real entre la teoría que se ofrezca por la institución oportuna y la práctica que se brinde en la empresa y centro de trabajo. Los planes formativos han de ser consensuados dejando muy claro los contenidos de la formación, el calendario, las actividades y los requisitos para su adecuado seguimiento por parte de la persona tutora correspondiente de la que ha de disponer. Así la actividad laboral y la contratación van a estar plenamente legitimadas y causalizadas.

2. *Contrato formativo para la práctica profesional: el comúnmente denominado contrato en prácticas*

La razón de ser nuclear de esta modalidad contractual es la proporción a la persona trabajadora de una experiencia profesional que venga a completar su formación. En este caso, anudada a los oportunos niveles de estudios de los que esté en posesión aquélla. Es indiferente que, como ya se ha señalado, sean universitarios, de formación profesional o ajustada al catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. He aquí la causalidad.

El carácter de formación para la práctica profesional radica, de una parte, en la necesaria elaboración de un plan formativo particular e individualizado por parte de la empresa, concretando contenidos y asignando un tutor con una experiencia adecuada para su seguimiento; y, de otra parte, en el derecho que tiene la persona trabajadora a que se le expida un certificado oficial en el que se deje constancia de la duración y su contenido. El salario va a ser siempre la que específicamente fije para este caso el convenio colectivo de aplicación o la del grupo profesional o nivel retributivo que corresponda a las funciones desempeñadas.

Lo realmente llamativo es que la persona trabajadora y el empresario pueden firmarlo a tiempo parcial o completo sin haber transcurrido tres años –cinco si es una persona con discapacidad– desde la finalización de sus estudios y no necesariamente cuando se obtenga el título. La atipicidad aparece.

En tanto en cuanto la solicitud formal del título para su obtención siempre es a posteriori de la finalización de los estudios, por parte de la persona trabajadora se puede extender el tiempo para su solicitud que decida unilateralmente para, si así valora, poderse beneficiar de esta modalidad contractual. Esta vía abierta directamente a la temporalidad (carácter identificativo del empleo atípico) debería de cerrarse o acotarse de una forma clara con plazos, con la finalidad de atajarla.

En el caso de concreción y aplicación de lo señalado, la seguridad jurídica que introduciría cumplimentaría a la imposibilidad de utilizar este contrato con la persona

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

trabajadora que ya tenga la experiencia profesional oportuna o, en su caso, haya ya realizado una actividad formativa en idéntica actividad y empresa durante más de tres meses.

Garantiza la superación de la temporalidad el hecho de que su duración sea entre seis meses y un año máximo, presumiéndose indefinido si supera el mismo si no ha habido una denuncia previa de su finalización. Igualmente, es factible la posibilidad de que haya dos prórrogas del mismo con idéntica duración. Queda planteado aquí el interrogante de si predomina el interés formativo del estiramiento hasta el máximo legalmente posible de la temporalidad. Se está abriendo el telón del escenario reformado a condiciones de empleo clásicas del atípico.

Nada impide que la autonomía colectiva estatal o autonómica o, llegado el caso, la de ámbito sectorial inferior, concrete o desarrolle limitaciones desde el estándar mínimo. Sería relevante que así hiciese ante los dilemas implícitamente planteados.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN

La reordenación en materia de modalidades contractuales que introdujo la reforma laboral española de 2022 tiene sus luces y sombras. Destella la reducción de su número, junto a la simplificación en su gestión y aplicación. Genera sombras su completa adaptación al paradigma del trabajo estándar y, por ende, típico.

El hecho de que en la práctica haya más contrataciones no implica automáticamente que vaya a desaparecer las situaciones atípicas que puedan derivarse de ellas no ya sólo en la propia relación laboral en sí, sino también en la protección social derivada, presente y futura. No hay que olvidar la influencia de los cambios tecnológicos y el rendimiento general óptimo de los mercados laborales ajustados a los criterios económicos.

Los cleavages persistentes que vienen caracterizando el trabajo atípico y sus condiciones tan particulares continúan estando presentes. Eso sí, de una forma maquillada. Entrando a su fondo y desenmascarándolos de nuevo, queda puesto de manifiesto muy puntualmente, pero que pueden extenderse. Si la puerta no está bien cerrada, poco a poco se puede ir entreabriendo.

Es evidente que se ha dado un primer paso muy firme, pero no basta. La utilización de otros términos análogos, la alusión a la necesidad, el tener presentes los cambios tecnológicos y su impacto, la mención a la viabilidad del sistema de seguridad social y la consecución del modelo de contratación indefinida, pese a ser elementos sustanciales, no llegan a alcanzarse. El binomio empleo seguro, empleo estable que erradica al atípico necesita repensarse de nuevo y el preguntarse si se puede aspirar a una ocupación que carezca de atipicidades.

Llegar a los porcentajes marcados para que se considere la existencia de un pleno empleo es hipotéticamente probable que se consiga con las reformuladas modalidades contractuales analizadas. También con sus atipicidades y/o con nuevas formas de organización del trabajo que, fruto del desarrollo, las faciliten. Pero, igualmente, de

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

la mano de nuevas situaciones atípicas en las relaciones laborales con efectos en los derechos y en la protección social que, en última instancia, produzcan un alejamiento del trabajo decente, por más que sea un empleo digno.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 21 - 35
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.03

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Trabajo atípico, desempleo y (des)protección social*

ATYPICAL WORK, UNEMPLOYMENT AND (NO) SOCIAL PROTECTION

Esther Carrizosa Prieto
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
ecarpri@upo.es 0000-0002-9974-5760

Maiedah Jalil Naji
Contratada FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
mjalnaj@upo.es 0000-0003-1280-0139

Recibido: 22.10.2023 | Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

El mercado de trabajo en España está sometido a constantes y profundos cambios, algunos derivados de factores externos y comunes a la generalidad de los países (digitalización, transición climática, flujos de población y mano de obra, etc.), otros internos, que derivan de las características sociales y culturales inmanentes en las prácticas sociales y en las normas que las regulan. Todos ellos han confluido en la emergencia de nuevas formas de trabajo, el empleo atípico, que viene a cuestionar la adecuación de los mecanismos de protección social para garantizar la suficiencia de recursos a estas personas trabajadoras en los periodos en que no realizan actividad. Ante estas circunstancias, la presente contribución tiene por objeto analizar, partiendo de las características del mercado de trabajo en España y de estas nuevas formas de empleo, el sistema de protección por desempleo vigente en España a efectos de detectar los principales inconvenientes o disfunciones para proveer protección social a este colectivo de personas trabajadoras. El análisis evidencia la existencia de un cúmulo de prestaciones estatales, contributivas y asistenciales, incapaces de abordar esta problemática, tanto por la exclusión endémica de colectivos que deberían obtener una atención prioritaria (jóvenes, discapacitados, mujeres, desempleados de larga duración, etc.) como por su resistencia a adaptarse a la realidad que presenta el mercado de trabajo español; y ello en un momento en que los Estados, y los ordenamientos jurídicos, deberían estar preparados para afrontar de forma ágil y equitativa las transformaciones sociales, económicas y laborales que nos afectan.

PALABRAS CLAVE

Trabajo atípico
Pobreza, precariedad
Desempleo
Protección social

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

ABSTRACT

The Spanish labour market is under constant and profound changes, some of them stem from external factors that are common in most countries (digitisation, climate change, population and labour flows). Other internal, originate from unique cultural and social characteristics inherent in the social practices and in the rules governing them. All these culminated to the emergence of new forms of work, atypical employment, will challenge the adequacy of social protection mechanisms to ensure sufficient resources for these workers during periods of inactivity. In these circumstances, the purpose of this paper is to analyse, on the basis of the Spanish labour market characteristics and these new forms of employment, the unemployment protection system current in Spain for the purpose to find the major drawbacks and current problems to provide social protection to this group of workers. The study shows that there are a variety of state, contributory and welfare benefits that are unable to address this problem, both because of the ever-present exclusion of groups that should take priority attention (youth, persons with disabilities, women, the long-term unemployed, etc.) and because of their resistance to adapt to the reality of the Spanish labour market; and this at a time when States and legal systems should be ready to deal nimbly and equally with the social, economic and employment changes affecting us.

KEYWORDS

Atypical work
Poverty
Precariousness
Unemployment
Social protection

SUMARIO

I. EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA. LA RELEVANCIA DEL TRABAJO ATÍPICO
II. TRABAJO, POBREZA Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO
III. LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO EN ESPAÑA
A. La prestación por desempleo del nivel contributivo
1. La exigencia de un periodo mínimo de cotización previa
2. La incompatibilidad de la prestación con el trabajo y sus consecuencias
B. Los subsidios por desempleo del nivel no contributivo y la renta activa de inserción
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA PROTECCIÓN A LA REALIDAD DEL MERCADO DE TRABAJO
Bibliografía

I. EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA. LA RELEVANCIA DEL TRABAJO ATÍPICO

Resulta innegable que la evolución del mercado de trabajo durante el último año ha estado influida por las restricciones que el nuevo marco normativo (especialmente la Reforma Laboral) ha introducido para la celebración de contratos temporales y el impulso de la modalidad de contratación indefinida. Así, mientras en el año 2021, la tasa de temporalidad se situaba en el 21'5 % de las personas trabajadoras, apenas un año después de la entrada en vigor de las nuevas normas, el porcentaje ha descendido hasta situarse en el 17'3 % durante el segundo trimestre de 2023[1].

1. Observatorio de las Ocupaciones: *Tendencias del Mercado de Trabajo en España,* SEPE, Madrid, 2023, pp. 8-11.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

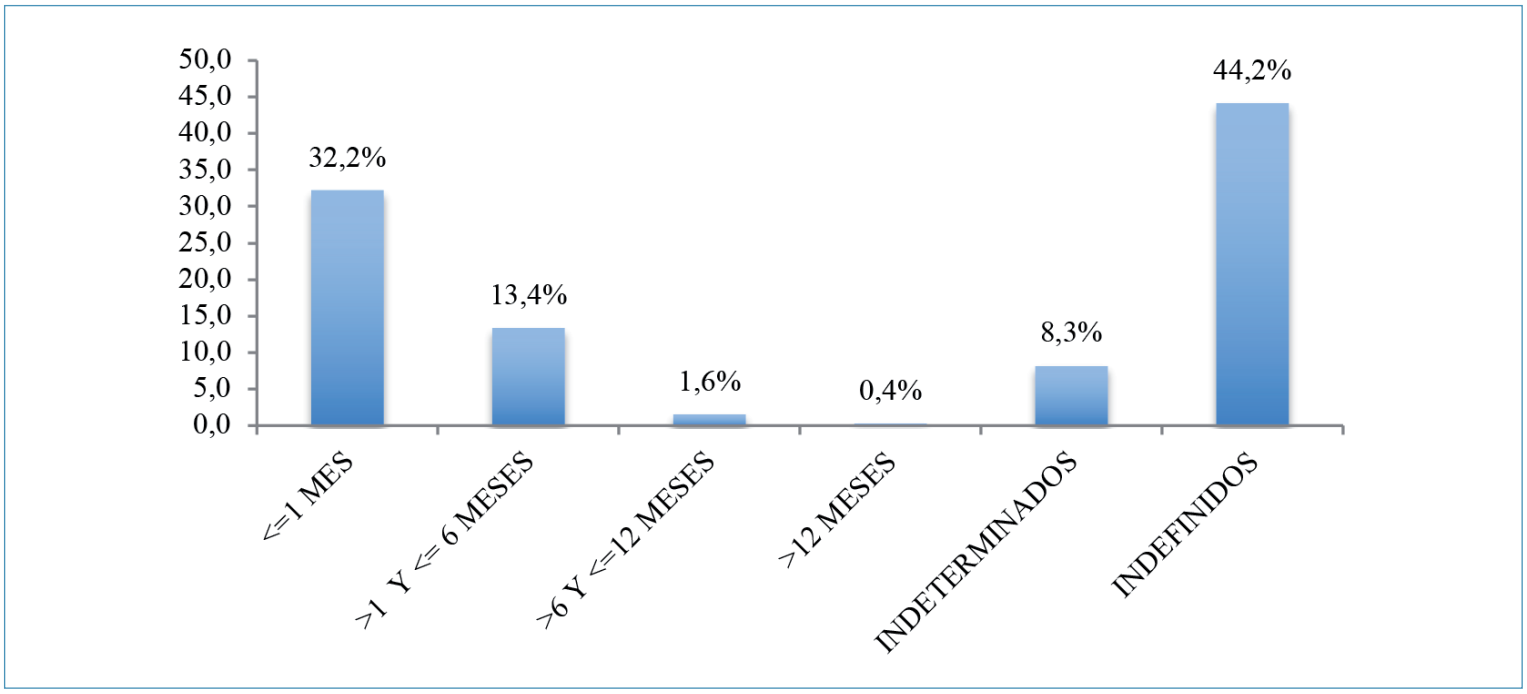
Según los datos, esta reducción de la temporalidad se concentró sobre todo en la modalidad contractual de obra o servicio determinado y, en menor grado, en el contrato eventual por circunstancias de la producción. Además, esta tendencia positiva encubre importantes diferencias entre sectores público y privado[2]. La tasa de temporalidad entre las personas trabajadoras en el sector público es del 31'3 %, esto es, más de 17 puntos que la de las personas asalariadas del sector privado (13'7 %)[3].

Por otro lado, y como ya se viene advirtiendo, un análisis más pormenorizado del funcionamiento del mercado de trabajo (número de días trabajados, salario, tipo de jornada, periodos de inactividad, etc.) evidencia que la caída de la tasa de temporalidad no se acompaña de una reducción de la precariedad laboral relacionada con la duración de los contratos de trabajo. Los datos muestran altos niveles de rotación, intermitencia o una menor duración de los contratos indefinidos, con una utilización en ocasiones excesiva de la extinción en periodo de prueba[4].

Por ejemplo, atendiendo a su duración, los datos disponibles muestran que la temporalidad en el empleo sigue estando muy presente cuando se estima que entorno al 45 % del total de los contratos de trabajo celebrados tienen como duración menos de 6 meses[5].

Gráfico 1.

Porcentaje de contratos según su duración y tipo de contrato (enero, 2023)



Fuente: Elaboración propia.
Datos: Estadísticas de Contratos. Volumen único, enero 2023 (SEPE)

2. De la Fuente Lavín, M., y Bernat Zubiri Rey, J.: "La reforma laboral de 2021 en España, cambio de tendencia en la regulación de la contratación temporal", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo-Laborum,* núm. 3, 2022, pp. 206-211.
3. Datos de la Encuesta de Población Activa (segundo trimestre de 2023).
4. Conde-Ruiz, J. I. y Lahera Forteza, J.: "Retos Futuros del Mercado de Trabajo en España", *Fedea Policy Paper,* 2023/05, p. 6.
5. La duración del contrato se calcula por diferencia entre la fecha de fin del contrato y su fecha de inicio. Cuando no se conoce la fecha de finalización son agrupados bajo el epígrafe de indeterminados, si su duración es de carácter temporal.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Otro indicador que muestra más exhaustivamente la permanencia de la temporalidad en el empleo es el índice de rotación laboral[6]. Para el ejercicio de 2022 se sitúo en 2'38, por lo que ha seguido una tendencia positiva desde los últimos años (donde se registraron tasas del 2'93 en 2019, del 2'55 en 2020 y del 2'72 en el 2021). A lo largo del año, el 53 % de las personas contratadas suscribieron un contrato de trabajo, seguidas del 21'78 % que suscribieron dos contratos. El resto de los trabajadores, 15%, se encuentra por encima del índice de rotación, es decir, formalizaron tres o más contratos a lo largo del año. Si se analiza el índice de rotación considerando sólo los contratos indefinidos y la suma de las distintas personas contratadas con contratos procesados estadísticamente, se puede comprobar cómo se ha pasado de un 1'09 en 2019 y un 1'08 en 2021, a un 1'32 en el ejercicio 2022. Alguna de las causas que justifican esta situación es la posibilidad de que una persona formalice dos contratos indefinidos a jornada parcial, siempre y cuando no se supere el máximo legal de horas semanales trabajadas o la no superación de los períodos de prueba y posterior contratación con carácter indefinido en otra empresa[7].

Estos datos ponen en evidencia que las reformas legales que buscan atajar la temporalidad en el empleo y que se centran principalmente en la modalidad contractual en cuestión no resultan del todo suficientes si el empleo creado no es de calidad[8]. Y ello porque, como analizaremos a continuación las formas de trabajo se han complejizado y se encuentran en continúa diversificación. En este sentido, el mercado de trabajo español se muestra como un entorno mayormente propicio para la proliferación de las nuevas y atípicas formas de empleo[9].

El concepto de "empleo atípico" se ha construido como una categoría útil para designar todas las formas de empleo que se apartan de lo que es el "empleo típico". Es decir, se construye por oposición y sirve para referirse a las diferentes formas de prestar servicios que no se ajustan al prototipo objeto-sujeto sobre el que despliega su eficacia, como disciplina jurídica autónoma, el Derecho del Trabajo[10]. Ello se debe, principalmente, a la rigidez de su ámbito de aplicación subjetivo (un trabajador, normalmente hombre de baja formación) y objetivo (la típica relación laboral del modelo fordista-taylorista: empleado de forma subordinada y dependiente a través de jornadas regulares y preestablecidas, y con una duración indefinida en el tiempo)[11].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

6. Este índice determina el volumen de contratos que se realiza a una persona en un periodo determinado. Es el cociente entre el número total de contratos en un año y el número total de personas contratadas en ese año.

7. Observatorio de las Ocupaciones: *Tendencias del Mercado de Trabajo en España,* ob. cit., p. 43.

8. Merino Segovia, A.: "La vulnerabilidad social desde la perspectiva del empleo y la protección social", en VV.AA., *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, pp. 30 y ss.

9. Riesgo Gómez, V.: "Aprovechando y expandiendo la hiperflexibilización del empleo. El modelo Uber en España", *EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencias Sociales,* núm. 59, septiembre-diciembre, 2023, pp. 45-46.

10. Rodríguez-Piñero Royo M. y Pérez Guerrero, M. L.: "La armonización del trabajo atípico en la Comunidad Europea: De la Directiva 2008/104/CE a la reforma laboral en España", en *Derecho de la Unión Europea y Reformas del Ordenamiento Jurídico Español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2011, p. 228.

11. Sánchez-Rodas Navarro, C., "El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho español y comunitario", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 37, 2002, p. 37.

Desde esta perspectiva tradicional, surgen como formas de empleo atípicas aquellas que se apartan del anterior presupuesto: el empleo de duración determinada; el empleo a tiempo parcial; el empleo a través de ETT; determinados trabajos desempeñados al amparo de un contrato mercantil (trabajadores por cuenta propia o parasubordinados), etc.; y que se veían claramente influenciadas por los aspectos sociodemográficos o subjetivos de las personas trabajadoras (mujeres, jóvenes, trabajadores migrantes, etc.)[12].

Frente a esta realidad, las intervenciones legales originadas en el ámbito de la UE se han dirigido a equiparar las condiciones de las personas empleadas mediante formas atípicas de empleo a través de diversos instrumentos legislativos (Acuerdos Marco Europeos firmados por los interlocutores sociales europeos y Directivas europeas posteriores). Destacan, en este sentido, la Directiva 97/81/CE (relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial) y la Directiva 99/70/CE (relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada), y cuyo fundamento principal ha sido la aplicación del principio de no discriminación y de igualdad de trato entre las personas trabajadoras con contratos "típicos" y "atípicos"[13].

Sin embargo, esta delimitación inicial de la concepción de trabajo atípico se viene mostrando por sí misma insuficiente para explicar las relaciones laborales que predominan en nuestro mercado de trabajo y avanzar en los problemas de efectividad de los que adolece el ordenamiento jurídico-laboral. Es tal la incidencia de modalidades de contratación más flexibles en el mercado de trabajo europeo, que por formas de empleo atípicas debemos entender ahora una categoría que a su vez puede dividirse en dos sub-categorías: formas de empleo "atípicas" y formas de empleo "muy atípicas"[14].

Las primeras hacen referencia a los tipos de trabajo considerados atípicos y bajo los que se ejecutan "nuevas" formas de empleo con las que llevamos conviviendo hace ya unos años y de las que existe cierto reconocimiento jurídico y, por ende, normativa jurídico laboral aplicable. Son los contratos de duración determinada, el empleo a tiempo parcial y el trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT).

En cuanto a las segundas, esto es, las formas de empleo "muy atípicas", designan distintas formas de empleo que surgen y proliferan más recientemente, como consecuencia de la evolución económica y tecnológica global. Estas se refieren a contratos laborales muy volátiles en el tiempo (de menos de seis meses de duración), al trabajo a tiempo parcial de menos de 10 horas a la semana, a los contratos verbales y al trabajo "cero horas" o puntual.

12. ILO, *Non-Standard Employment Around The World. Understanding Challenges, shaping Prospects*, Geneva, 2016, pp.117-151.

13. *Vid.* como ejemplo, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentada en los casos "Diego Porras", "Martínez Andrés", "Castrejana López" y "Pérez López" (SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto: C-596/14; C-184/15; C-197/15; C-16/15), donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea extendiendo el alcance del derecho antidiscriminatorio, reconoce el derecho de las personas trabajadoras con contrato temporal a percibir la misma indemnización que aquellas que son empleadas con carácter indefinido.

14. EurWORK, *Flexible forms of work: "very atypical" contractual arrangements*, Eurofound, 2010.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

En la actualidad, asistimos a un desarrollo de la atipicidad, donde la característica distintiva del mercado de trabajo es la heterogeneidad cada vez mayor dentro de la población trabajadora atípica, emergiendo como subcategoría transversal el empleo atípico compuesto[15]. La categoría de empleo atípico compuesto surge cuando dentro de las categorías principales de empleo atípico (trabajo de duración determinada; trabajo a tiempo parcial, etc.), se produce una diferenciación de subcategorías para incluir nuevas formas de empleo, tales como, el pluriempleo, el trabajo ocasional intermitente o de guardia, el trabajo a tiempo parcial de muy pocas horas, el trabajo en plataformas digitales, trabajo de duración determinada a tiempo parcial y a distancia, los trabajadores por cuenta propia y los autónomos dependientes, entre otros[16].

Por otra parte, con frecuencia la noción de trabajo atípico se utiliza como sinónimo de otros conceptos o categorías, esencialmente respecto del relativo a "nueva forma de empleo" y al "trabajo precario", sin que exista una coincidencia total entre ellas, aunque, como veremos a continuación, se encuentran íntimamente ligadas.

En el ámbito europeo se identifica como una "nueva forma de empleo", el trabajo que se caracteriza por uno o varios de los siguientes elementos: relaciones de trabajo multipartitas (intervienen otros sujetos además de los típicos empresa-persona trabajadora); irregularidad y discontinuidad en la relación laboral (la prestación del trabajo de forma discontinua o intermitente o durante períodos de tiempo muy limitados); cambios en el lugar de trabajo (no existe un lugar de trabajo predeterminado); fuerte o predominante apoyo en las TIC (cuando esta tecnología cambie la naturaleza de las relaciones laborales o los modelos de trabajo). De esta clasificación se extrae que una nueva forma de empleo puede estar sujeta a la legislación laboral general o a normativas específicas, estar regulada en el ámbito de la negociación colectiva o no estar regulada en absoluto. Además, incluye a las personas que trabajan por cuenta ajena (estatus de laboralidad) o por cuenta propia (estatus de autonomía)[17].

En las nuevas formas de empleo que se van identificando, destacan las modalidades de empleo atípico compuesto. De hecho, la combinación de diferentes tipos de trabajo atípico da lugar a una heterogeneidad cada vez mayor dentro de la población trabajadora atípica y que habitualmente se relaciona con la precariedad en el trabajo[18]. No obstante, como hemos adelantado no existe una coincidencia completa

15. Eurofound, *Labour market change: Trends and policy approaches towards flexibilisation*, Challenges and prospects in the EU series, Publications Office of the European Union, Luxembourg., 2020, pp.16-20.

16. El empleo atípico compuesto surge de la combinación de diferentes formas atípicas y muy atípicas de trabajo. De esta forma al considerar el trabajo temporal y a tiempo parcial, y los motivos de ambos, las personas trabajadoras se pueden agrupar hasta en 9 categorías diferentes: 1) contrato indefinido a tiempo completo; 2) contrato indefinido a tiempo parcial; 3) contrato indefinido a tiempo parcial involuntario; 4) contrato temporal a tiempo completo; 5) contrato temporal a tiempo parcial; 6) contrato temporal a tiempo parcial involuntario; 7) contrato temporal involuntario a jornada completa; 8) contrato temporal involuntario a tiempo parcial; 9) contrato temporal involuntario a tiempo parcial involuntario (Eurofound, *Mapping youth transitions in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014).

17. Eurofound: *New forms of employment: 2020 update*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg. 2020, pp. 3-4.

18. Eurofound: *Labour market change: Trends and policy approaches towards flexibilisation*, Challenges and prospects in the EU series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, p. 61.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

respecto del concepto de precariedad, porque la precariedad incide en aspectos negativos o criticables de un empleo, mientras que un trabajo atípico, por sí mismo, no implica necesariamente esa connotación. La precariedad es esencialmente un fenómeno multidimensional y depende, no solo del tipo de contrato, sino también de las condiciones en que se realiza el trabajo[19].

Si hay algo que caracteriza la precariedad atribuida al empleo flexible es la prevalencia de la discrecionalidad empresarial, o, dicho de otra forma, la pérdida de capacidad de las personas trabajadoras (o a través de sus representantes) para influir y/o determinar sus condiciones de trabajo. Lo que se ha denominado la individualización de las relaciones de trabajo (propia del derecho de los contratos/derecho civil y lejos del marco protector del derecho laboral)[20].

En este sentido, una de las instituciones jurídicas clave en la ordenación jurídica del trabajo, es la del tiempo de trabajo, que en las fórmulas atípicas de empleo compuestas se caracteriza por su flexibilidad[21]. De esta forma, en el ámbito del tiempo de trabajo flexible se debe distinguir entre las formas flexibilidad horaria impuesta por la parte empresarial; aquellas modalidades de tiempo de trabajo flexible dispuestas o a elección de las propias personas trabajadoras; y los horarios de trabajo flexibles que buscan satisfacer necesidades tanto de la empresa como de las personas trabajadoras (equilibrados). Al respecto, se sostiene que las formas innovadoras de ordenamiento flexible del tiempo de trabajo, si están estructuradas correctamente, pueden ser mutuamente beneficiosas para las personas trabajadoras y las empresas. En este enfoque se toman en consideración las preferencias de ambas partes[22].

No obstante, las tendencias económicas y jurídicas de los últimos años han conducido a una ordenación del tiempo de trabajo cada vez más diversa, descentralizada e individualizada, que en la mayoría de los casos difieren del anterior enfoque dando lugar a una mayor tensión entre las necesidades y preferencias de las personas trabajadoras y los requisitos de las empresas en lo que respecta a las horas de trabajo y, en definitiva, que se apartan de la flexibilidad pactada[23].

19. Vicent Valverde, L.: "Tiempos de precariedad. Una mirada multidimensional a la cuestión precaria", *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm. 140, 2017/18, pp. 35-49.

20. La Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones de trabajo y el empleo precario (2016/2221 (INI), señala que el riesgo de precariedad depende del tipo de contrato pero también de los siguientes factores: poca o ninguna seguridad laboral debido a la naturaleza no permanente del trabajo, como en los contratos a tiempo parcial involuntarios y, a menudo, marginales, y, en algunos Estados miembros, las horas de trabajo poco claras y las tareas que cambian debido al trabajo a pedido; protección rudimentaria contra el despido y falta de protección social suficiente en caso de despido; remuneración insuficiente para una vida digna; ninguno o derechos o beneficios de protección social limitados; protección nula o limitada contra cualquier forma de discriminación; perspectivas nulas o limitadas de avance en el mercado laboral o desarrollo y capacitación profesional; bajo nivel de derechos colectivos y derecho limitado a la representación colectiva; un ambiente de trabajo que no cumple con los estándares mínimos de salud y seguridad.

21. Jalil Naji, M.: "La trasposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo?, en Kahale Carrillo, D. T. (coord.): *Congreso Internacional "Retos interdisciplinares en el entorno de la industria 4.0"* (2021, pp. 201-215.

22. Eurofound, *Working time patterns for sustainable work,* Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, pp. 53-74.

23. Martín Rodríguez O.: "Flexibilidad y distribución del tiempo de trabajo. Especial referencia al caso español", *Revista Latinoamericana de Derecho Social,* núm. 25, julio-diciembre 2017, pp. 3-35.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Todas estas situaciones dan lugar a situaciones de subempleo, pero no siempre por insuficiencia de horas de trabajo. De acuerdo con la OIT, el subempleo puede resultar por insuficiencia de horas de trabajo (el que más atención ha recibido), pero también por situaciones de empleo inadecuadas. Se considera personas en situación de empleo inadecuado a todas aquellas que durante el período de referencia desearon cambiar su situación laboral actual, sus actividades y/o el entorno de trabajo, por alguna de las siguientes razones: utilización inadecuada o insuficiente de las competencias profesionales; ingresos inadecuados en el(los) empleo(s) actual(es); horas de trabajo excesivas; trabajo precario; herramientas, equipo o formación inadecuadas para las tareas asignadas; servicios sociales inadecuados; dificultades de traslado al lugar de trabajo; horarios de trabajo variables, arbitrarios o inconvenientes; interrupciones de trabajo frecuentes debido a deficiencias en la entrega de materias primas o en el suministro de energía; interrupción prolongada en el pago de salarios; atrasos en los pagos de los clientes, etc. En todo caso, estas situaciones de empleo inadecuado no son exhaustivas ni mutuamente excluyentes [24].

Las formas de trabajo atípicas compuestas son, en la mayoría de las ocasiones, empleos de menos calidad, con salarios más bajos y con acceso limitado al disfrute de los derechos colectivos y de protección social. Y ello se debe principalmente a la atipicidad en la modalidad de contratación, en la duración y en el tiempo de trabajo[25]. En España, estas formas muy atípicas de empleo encontrarían su materialización en los contratos fijos discontinuos y de duración determinada a tiempo parcial.

Como se puede apreciar en el Gráfico 2, en la UE y en el año 2022, la proporción de personas que trabajaban a tiempo parcial con contratos temporales fue mayor que la de quienes lo hacían con un contrato indefinido (un 54,5% frente al 31,9%). Entre las trabajadoras temporales, el 36,3% trabajaba a tiempo parcial, frente al 26,7% que ostentaba la parcialidad en la relación indefinida. La diferencia es aún más visible entre los hombres: el 18'2 % de los trabajadores temporales trabajaban a tiempo parcial, frente al 5'2% de los que tenían un contrato indefinido.

Esta incidencia de la parcialidad en la modalidad de contratación también se aprecia en los datos disponibles para España, donde el porcentaje de personas trabajadoras con contrato temporal a tiempo parcial en 2022, se situó en el 17'7 %, mientras que la parcialidad en el contrato indefinido fue del 13 %[26].

Con respecto a la proliferación del trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial (modalidad de empleo atípica compuesta) en el mercado de trabajo español, no se han encontrado datos. Y ello porque en realidad el contrato fijo discontinuo es una modalidad contractual atípica de contratación a tiempo parcial. Esto es, desde la perspectiva del Derecho de la Unión europea, un trabajador fijo discontinuo es un trabajador a tiempo parcial en los términos definidos en la cláusula 3ª, apartado 1, de la Directiva

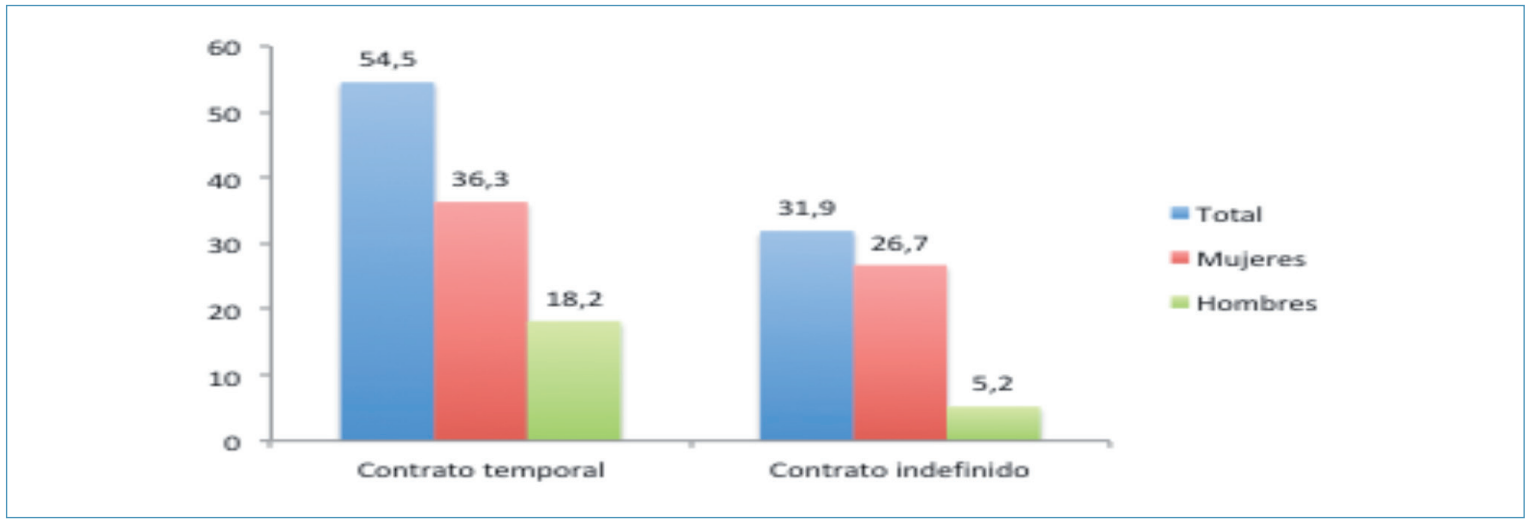
24. Resolución concerniente a la medición del subempleo y las situaciones de empleo inadecuado, adoptada por la decimosexta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (octubre de 1998).
25. Eurofound: *Labour market change...,* ob. cit.
26. Eurostat LFS data extraction.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial ("un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable")[27].

Gráfico 2.

Tasa de trabajo a tiempo parcial según empleo temporal o indefinido, total y por sexo en la UE, 2022



Fuente: Elaboración propia.
Datos: Eurostat LFS *data extraction*

Según los datos disponibles, para 2022 los contratos fijo-discontinuos obtenían un volumen total de 2.319.527 contratos, con una variación interanual del 782'25 % y representan el 12'67 % del total de contratos. Si atendemos a los datos de Seguridad Social, en diciembre de 2022 suponen el 6'63 % de los afiliados al Régimen General con contrato indefinido[28].

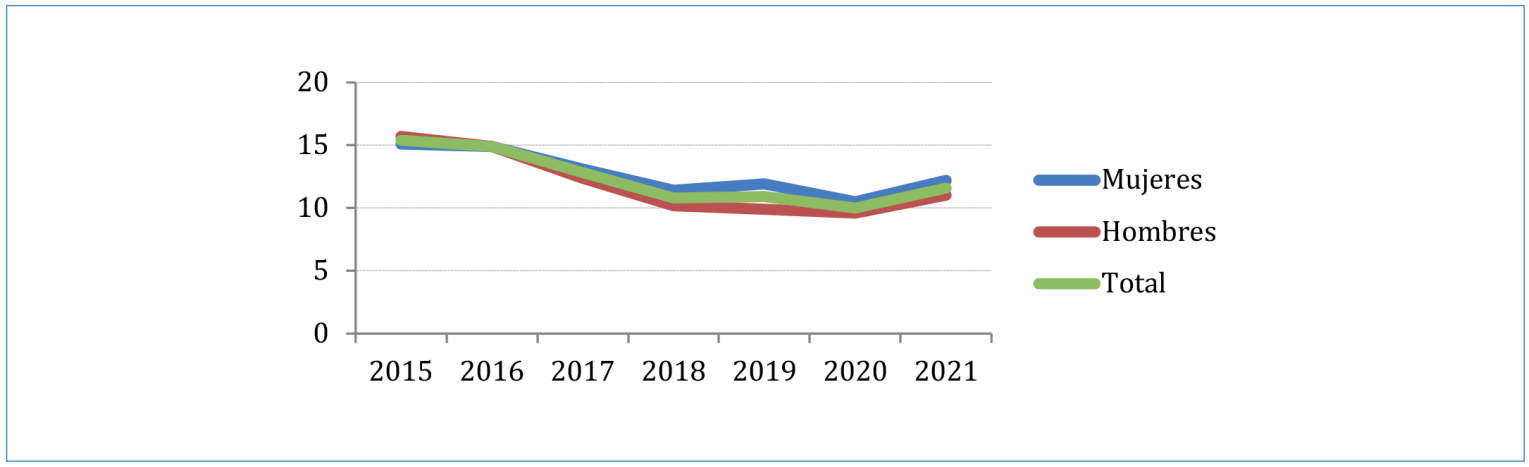
27. Al respecto, resulta pertinente traer a colación una reciente sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que resuelve un recurso de suplicación sobre despido disciplinario, y donde se sostiene dicha equiparación entre el contrato fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial. Y sobre esta base extiende las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico para el trabajo a tiempo parcial al contrato fijo discontinuo, en especial aquellas asociadas al principio de voluntariedad y a evitar que esa contratación sea impuesta [STSJ de Galicia (Sala de lo Social) núm. 3926/2023, de 15 de septiembre de 2023]. Según el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, "la conversión de un contrato fijo continuo en un contrato fijo discontinuo se somete al principio de voluntariedad en los términos establecidos en la cláusula 5ª, apartado 2, de la Directiva, a cuyo tenor "el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado". "Lo cual permite deducir: (1) que la conversión de un contrato fijo continuo en fijo discontinuo solo puede realizarse por acuerdo individual, sin que pueda imponerse por acuerdo colectivo, y menos aún por decisión unilateral de la empresa ni siquiera a través de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo; (2) que la persona trabajadora no puede ser despedida por consecuencia de su negativa a la conversión, con lo cual el despido sería ilegítimo (no procedente en la terminología del derecho interno, aunque la norma comunitaria no dilucida si sería improcedente o nulo); y (3) que sí puede ser despedida objetivamente cuando, subyacentes a la oferta empresarial de conversión, existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción" (FJ 4º).

28. Observatorio de las Ocupaciones: *Tendencias del Mercado de Trabajo en España,* SEPE, Madrid, 2023, p. 43.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

La irregularidad e imprevisibilidad del trabajo se traduce en trabajo insuficiente e ingresos inestables. En definitiva, afectan a la seguridad salarial aumentando la precariedad de las personas trabajadoras, el riesgo de pobreza y exclusión social. Consciente de la incidencia del trabajo precario en la pobreza y exclusión social de las personas, en el marco de la Estrategia Europa 2020 (que incluye por primera vez un objetivo de reducción del número de personas en situación de pobreza y exclusión social en Europa) se acordó medir la pobreza teniendo en cuenta el indicador "pobreza o exclusión social" o AROPE según sus siglas en inglés (*At Risk of Poverty or Social Exclusion*). Este indicador se compone a su vez de tres subindicadores: al tradicional indicador de pobreza relativa se une el de baja intensidad del empleo en los hogares, más la privación material severa. Teniendo en cuenta estos parámetros, una persona en riesgo de pobreza o exclusión social es aquella que vive en un hogar que tiene todas o alguna de las siguientes características: se encuentra por debajo del umbral de la pobreza, sufre privación material severa y/o tiene baja intensidad de empleo. Pues bien, atendiendo a los datos disponibles, de los tres componentes AROPE, los hogares con baja intensidad de empleo son los que se han visto más perjudicados en el periodo 2015-2021, ya que su evolución es más negativa, como se muestra en el gráfico[29].

Gráfico 3.
Tasa de baja intensidad laboral en España



Fuente: Elaboración propia
Datos: ECV Eurostat

29. La tasa de baja intensidad laboral, se ha definido como la proporción de personas (sobre la población total) de 0 a 64 años que viven en hogares en los que los adultos, considerando como tales a las personas de 18 a 64 años, trabajaron un tiempo de trabajo igual o inferior al 20% de su potencial fuerza de trabajo, durante el año anterior a la entrevista. La modificación de este indicador en 2021 se encuentra en las exclusiones de lo que se considera la población adulta, pues si bien se mantiene en la exclusión del numerador a los estudiantes de 18 a 24 años, en esta nueva definición se incorporan a esa exclusión las personas jubiladas o que reciben cualquier pensión (excepto la de supervivencia), así como las personas de 60 a 64 años que son inactivas y viven en un hogar en el que los principales ingresos son las pensiones

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

La tasa de los hogares con baja intensidad en el empleo empeora con respecto al año anterior, pasando del 10'0% en 2020 al 11'6 % en 2021, con un total de 5.490.280 personas que viven en hogares con baja intensidad en el empleo.

Analizando los datos por género, vemos que la evolución de la diferencia de las tasas por sexo no ha variado significativamente a lo largo del periodo. En el año 2014 había una diferencia favorable a los hombres de 0'9 p.p., que se ha acortado durante los momentos álgidos de la crisis, ya que los varones han sido más afectados por el desempleo. Sin embargo, a medida que la recuperación económica se fue asentando, se ha reproducido la tendencia inicial, que parece intensificarse, ya que en 2019 la diferencia entre sexos favoreciendo a los varones, alcanzó 2'0 p.p. En 2020, esta diferencia vuelve a acortarse, con tan solo 0'9 p.p., y en 2021 vuelve a subir a 1'2 p.p.

Es importante recordar que este indicador no sólo refleja las personas en desempleo, sino que también toma en consideración a las personas con baja intensidad en el empleo debida a contratos de carácter discontinuo, temporal o a tiempo parcial. Y es que, aunque el empleo es el factor fundamental que consigue que las personas estén por encima del umbral de la pobreza, no siempre es una garantía suficiente para sacar a un hogar de esta situación. Si analizamos la evolución de la tasa de riesgo de pobreza de las personas trabajadoras españolas, en el último año se ha producido un aumento de 0,9 puntos porcentuales, hasta situarse en el 12'7 %.

En 2021, las personas trabajadoras con contrato fijo tenían una tasa de pobreza del 7'4 %, frente al 21'6 % de aquellas con contrato temporal, con una diferencia de 12'1 puntos. En este último año cabe destacar el aumento de la tasa AROPE tanto en las personas trabajadoras con contratos permanentes, de un 1,1 punto porcentual, como en aquellos que han tenido empleos de tipo temporal, con un aumento de 3'2 puntos porcentuales.

Lo mismo sucede si comparamos aquellas personas trabajadoras que tiene contrato con jornada parcial y completa. La tasa de pobreza de los primeros es siempre mucho más elevada que la de los segundos, ya que los salarios se suelen reducir proporcionalmente a las horas trabajadas. En 2021, la tasa de riesgo de pobreza de las personas que tenían un trabajo a tiempo completo fue del 10'9 % (1,2 puntos porcentuales más que en el año anterior), mientras que en el caso de las personas que contaban con un contrato a tiempo parcial se sitúa en el 21'4 % (2'4 puntos porcentuales superior a la de 2020), por lo que hay una diferencia entre ellas de 10'5 puntos.

Recapitulando, en el marco legislativo laboral de la UE el trabajo precario carece de una definición legal precisa, sin embargo, la forma en que las instituciones europeas han intervenido jurídicamente sobre las relaciones de trabajo precarias se ha construido principalmente bajo la categoría de empleo atípico tradicional[30]. Esta categoría está evolucionando como consecuencia de la puesta en marcha progresiva de nuevas formas de empleo que se asientan bajo el paradigma general de la flexibilidad

30. Florczak, I. y Otto, M.: "Precarious work and labour regulation in the EU: current reality and perspectives", en Kenner J.; Florczak I.; Otto M.: *Precarious work: The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar Publishing, UK, 2019, p. 6.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

laboral. Más concretamente, se ha mostrado como de la flexibilidad laboral unilateral impuesta por las organizaciones productivas contemporáneas sobre las personas trabajadoras, surgen las denominadas formas de trabajo atípicas compuestas con gran presencia en nuestro mercado de trabajo. Y que éstas se relacionan con la precariedad del empleo en la medida en que atentan contra los tiempos de trabajo y su remuneración. Por último, se muestra la relación entre la precariedad de estas formas de empleo con la pobreza y exclusión social a través de la tasa AROPE, y especialmente, de su subindicador de baja intensidad laboral. En este sentido, se ha demostrado que cada una de las dimensiones del trabajo atípico tiene conexiones diferentes con la precariedad, y que siguen estando relacionadas, sobre todo, con la capacidad (más bien incapacidad) del ordenamiento jurídico laboral de desplegar su eficacia y garantizar los derechos laborales de las personas trabajadoras independientemente de la forma de empleo.

En conclusión, la coexistencia de viejas y nuevas manifestaciones de empleo atípico provoca una acentuación de la precariedad que afecta de forma desigual a distintos colectivos y se observa en múltiples dimensiones: temporal (incremento de los tiempos de trabajo no remunerados, distribución irregular y falta de control sobre su jornada laboral, etc.); económica (devaluación salarial, ausencia de compensación por horas complementarias); contractual (temporalidad injustificada, indicios de falsos autónomos, ausencia de contratación, etc.); y, social (acceso a derechos y prestaciones sociales). Múltiples dimensiones imposibles de abordar en un análisis de estas características. En los siguientes apartados abordaremos la protección frente al desempleo y los obstáculos fundamentales que contiene la regulación legal a efectos de proteger a las personas trabajadoras sujetas a esta forma de trabajo.

II. TRABAJO, POBREZA Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Al igual que sucedía con la contratación laboral en España, el sistema de protección por desempleo lleva clamando a gritos una necesaria y profunda modificación que lo adapte, por primera y una vez por todas, al mercado de trabajo español. Se ha dicho por la doctrina que "el éxito de un modelo depende de que éste sea el adecuado para el tipo de mercado de trabajo sobre el que actúa y de que cubra suficientemente el tipo de desempleo que ese mercado genera. Ninguna de estas premisas se cumple en el modelo español: ni se cumplía en la norma que le dio forma inicial (Ley de Protección por Desempleo 1984) ni se cumple en la amalgama legislativa que en la actualidad (30 años después) da cuerpo al marco que lo regula"[31].

Es conocido, y así se pone de manifiesto reiterada y periódicamente en distintos estudios, que el conjunto de prestaciones que tienen por objeto luchar contra la pobreza y la exclusión social, las prestaciones y subsidios por desempleo incluidas, no

31. Viqueira Pérez, C.: "El Sistema de Protección Social ante las situaciones de exclusión: exclusión social y desempleo", *Documentación Laboral*, núm. 104/2015, vol. II., p. 38.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

son suficientemente efectivas[32]. Existen en el ordenamiento jurídico español un cúmulo de prestaciones sociales, contributivas y no contributivas, nacionales y autonómicas, que tienen esta o similar finalidad y que, a pesar de tener un largo recorrido, no han logrado el objetivo perseguido. Los datos de pobreza y exclusión social, así como sobre la cobertura de las distintas prestaciones, lo evidencian[33].

De acuerdo con el XII Informe. El Estado de Pobreza. Seguimiento de los Indicadores de la Agenda UE 2030 (2015-2022), elaborado por EAPN España, en el año 2021, un total de 13'1 millones de personas, es decir, el 27'8 % de la población española, estaba en riesgo de pobreza y/o exclusión social. El 21'7 % de la población española, es decir, casi 10 millones de personas, están en riesgo de pobreza. De ellos, unos 3,9 millones de personas, que constituyen el 8'3 % de la población española, viven con privación material y social severa y el 10'3 % de la población española, unos 4,8 millones de personas, viven en pobreza severa. Respecto a la distribución regional, los datos manifiestan una clara división de España en dos mitades: las comunidades que se encuentran al norte conservan bajas tasas de pobreza y/o exclusión social compatibles con las de los países europeos más avanzados; por el contrario, las situadas al sur registran tasas extraordinariamente elevadas y muy por encima de la media nacional. Las tasas más bajas corresponden a Navarra y País Vasco, con el 14'7 % y el 16 % respectivamente; las más altas a Andalucía y Extremadura, ambas con el 38'7 %[34].

Aun siendo datos suficientemente indicativos, debemos considerar los relativos a personas trabajadoras que se encuentran en riesgo de pobreza y exclusión social. De acuerdo con los datos suministrado por el Instituto Nacional de Estadística (INE), alrededor del 15 % de la población ocupada en España se encuentra en dicha situación, siendo el porcentaje muy similar en los años 2017, 2018, 2019 y 2020 (Gráfico 4).

Estos datos están en consonancia con los suministrados por Eurostat, que fija para el 2021, un 15'6 % la población ocupada española en situación de pobreza, lo que significa, según la institución, que cuentan con una renta disponible inferior al 60 % de la mediana. En el año 2021, sólo Grecia superaba a España en riego de pobreza de las personas trabajadoras (Gráfico 5).

Obviamente, esta situación se relaciona con múltiples factores, pero esencialmente, con el tiempo de trabajo y su retribución, la fijación de un salario mínimo interprofesional suficiente, etc., pero también con cómo se configuran las prestaciones de protección social. Como sostiene la OIT, las prestaciones por desempleo "desempeñan un papel fundamental para evitar que las personas y las familias caigan en la pobreza y la vulnerabilidad cuando se quedan sin trabajo. Las prestaciones de desempleo también podrían reducir progresivamente las desigualdades y fomentar una distribución equitativa de la riqueza económica, especialmente cuando se combinan

32. Por todos, Álvarez Cuesta, H.: *Protección social frente a la pobreza*, Bomarzo, 2023.

33. Carrizosa Prieto, E.: "Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.192, 2016, pp. 203-242.

34. EAPN España, *XII Informe. El Estado de Pobreza. Seguimiento de los Indicadores de la Agenda UE 2030 (2015-2022*), 2022. Documento disponible en: https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/informe-2022-primera-parte-informe-general.pdf (consulta: 05 de octubre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

con servicios de empleo adaptados a las necesidades de grupos específicos, como los jóvenes, los trabajadores de edad y los desempleados de larga duración"[35].

Gráfico 4.

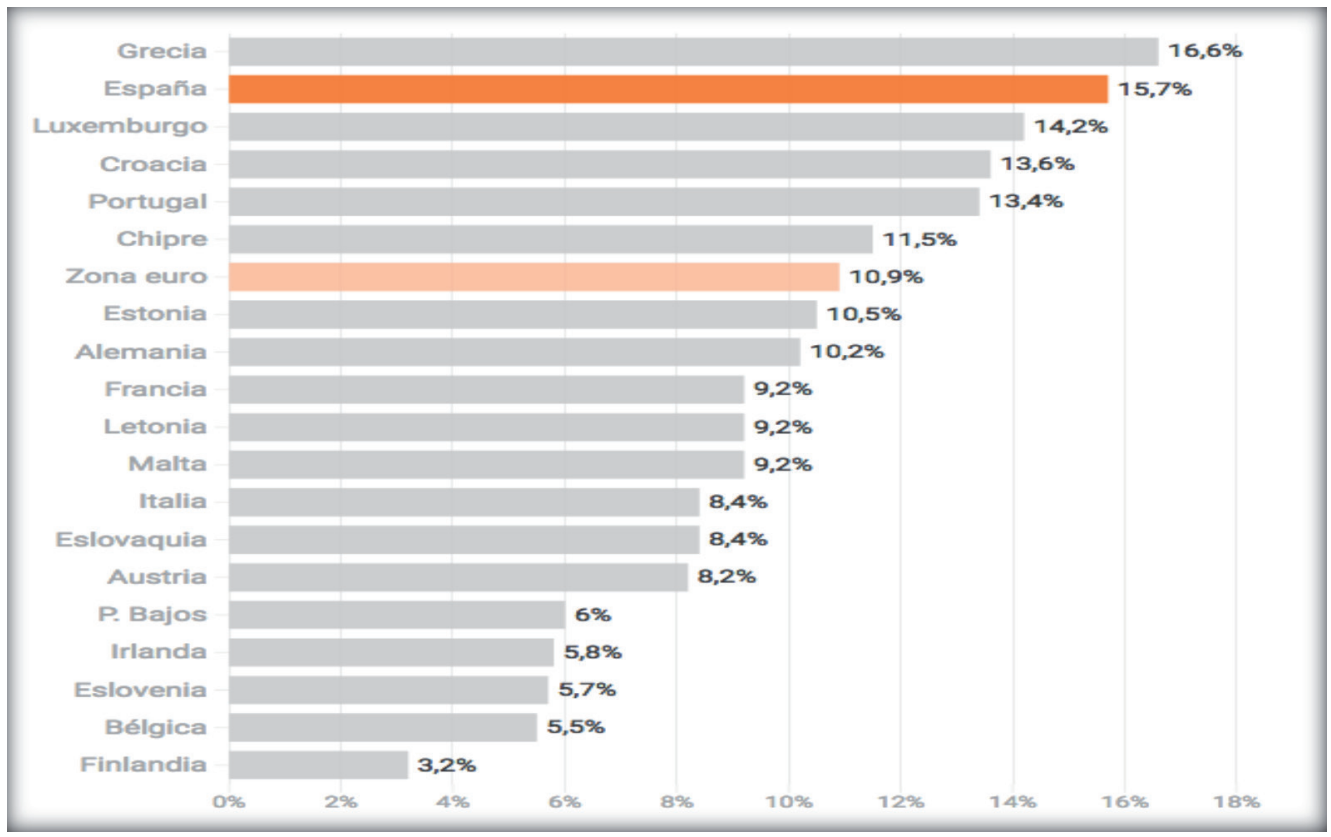
Riesgo de pobreza de la población ocupada

	España			
	2020	2019	2018	2017
Mujeres				
Ocupado/a	14,2	13,4	14,3	14,9
Parados	57,2	59,0	59,3	55,5
Jubilado	16,0	11,3	14,2	14,1
Inactivos	38,2	34,9	35,9	33,3
Hombres				
Ocupado/a	15,3	15,0	14,9	15,0
Parados	69,9	67,9	72,4	68,4
Jubilado	17,4	15,5	15,9	15,4
Inactivos	47,4	45,8	45,7	44,3

Fuente: INE

Gráfico 5.

Riesgo de pobreza (comparativa UE)



Fuente: Eurostat

35. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada, en busca de un futuro mejor*, 2022.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▲ 2023
Núm. extraordinario ▲ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▲http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Por otro lado, un mercado de trabajo en continua transformación, embestido por la digitalización y por la transición climática requiere necesariamente de un sistema de protección por desempleo sólido, pero también flexible, que permita efectuar las transiciones de la forma más ágil posible. Una transición justa, advierte la OIT, "requiere reforzar los regímenes de protección en caso de desempleo, combinando mecanismos de financiación contributivos y basados en los impuestos, ofreciendo al mismo tiempo formación y perfeccionamiento de las competencias, servicios de colocación y otras medidas adecuadas para apoyar a las empresas y a los trabajadores de los sectores que sufren los efectos negativos de las transformaciones del mundo del trabajo"[36].

En definitiva, abordar estos cambios requiere de un sistema de protección por desempleo con una alta tasa de cobertura, que además debe ser real y efectiva, y que aporte flexibilidad. El sistema español está lejos de alcanzar este objetivo y ello a pesar de que en los últimos años se han realizado algunas modificaciones que teóricamente deben ampliar el número de beneficiarios. Significativas son: a) la modificación del subsidio de desempleo de mayores de 55 años, disminuyendo la edad hasta los 52 años (julio 2019)[37]; la introducción y modificación del ingreso mínimo vital como prestación no contributiva en el ámbito nacional (2020 y 2021)[38]; las modificaciones efectuadas en torno a la protección social de los artistas en espectáculos públicos[39]; y, por último, la extensión del ámbito de aplicación de la protección por desempleo a las personas que realizan su prestación de servicios en el ámbito del servicio doméstico[40].

36. *Ibidem.*

37. Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019).

38. Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, sobre el Ingreso Mínimo Vital; actualmente, Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital **(**BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2021). Una valoración sobre dicha prestación, tras tres años de vigencia, en: Álvarez Cuesta, H., "Balance y perspectivas del Ingreso Mínimo Vital", *IgualdadES*, 8/2023, pp. 227-249.

39. El Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector. Esta disposición establece mejoras en torno a cuatro materias distintas: a) amplia el ámbito subjetivo de aplicación de la norma; b) adapta el régimen de contratación laboral artística a la reforma laboral (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo; c) aumenta la cuantía de la indemnización de fin de contrato temporal artístico; y, d) aprueba una serie de medidas para mejorar la protección social de este colectivo. Un análisis en Altés Tárrega, J. A., Aradilla Marqués, M. J. y García Testal, E.: "La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022", *Lex Social, Revista de Derechos Sociales,* núm. 2/2022, pp. 1-28.

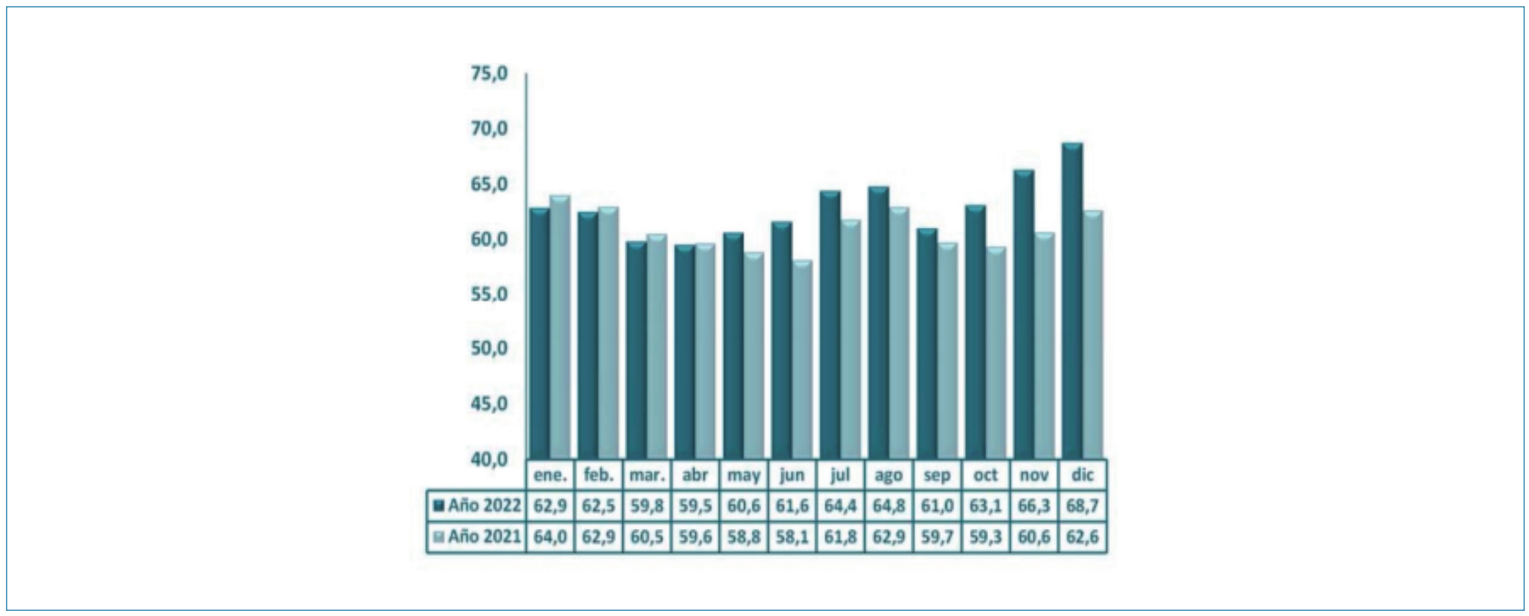
40. El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022), modificó el artículo 267.1.a) LGSS con objeto incluir como beneficiarias de la prestación a las personas sujetas a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar cuando vean extinguida su relación laboral. La regulación es consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera discriminatoria la exclusión de estas personas del sistema de protección por desempleo [Por todas, STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)]. Sobre esta temática vid. Quintero Lima, G.: **"**La desprecarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 473, 2023, pp. 87-124 y "Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras", *Iuslabor*, núm. 3/2022, pp. 120-140.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

De todas estas circunstancias, es sobre todo la primera la que podría justificar el aumento del índice de cobertura que se ha producido en los últimos meses (de enero a agosto de 2023), dado que la extensión de la protección al ámbito del servicio doméstico (así como las modificaciones efectuadas para los artistas en espectáculos públicos), no es trasladable aún a los datos que estamos manejando, como tampoco recogen la posible cobertura del SMV.

Gráfico 6.

Tasa de Cobertura 2021-2022



	ene.	feb.	mar.	abr	may	jun	jul	ago	sep	oct	nov	dic
Año 2022	62,9	62,5	59,8	59,5	60,6	61,6	64,4	64,8	61,0	63,1	66,3	68,7
Año 2021	64,0	62,9	60,5	59,6	58,8	58,1	61,8	62,9	59,7	59,3	60,6	62,6

Fuente: SEPE

Aunque la introducción de la primera medida, junto con otros factores, como la propia disminución de la población desempleada, ha logrado aumentar el índice de cobertura en 3–4 puntos, alrededor de un 30% de personas desempleadas, y ello siempre que consideremos los mejores datos, están excluidas del sistema de protección. Por otro lado, y en este aspecto es obligado insistir, el cálculo de la tasa de cobertura solo considera las personas desempleadas registradas con experiencia laboral, excluyendo del cómputo a los demandantes de empleo que nunca han realizado una prestación de servicios[41]. La cifra de inscritos como demandantes de empleo que no han realizado prestación de servicios, asciende, en el segundo trimestre de 2023, a 292.500 personas, todas ellas excluidas del sistema[42] (Gráfico 7).

Entre las posibles causas de este déficit, así lo señala la OIT, se identifican: las elevadas tasas de desempleo de larga duración (frente a la temporalidad de las prestaciones) y el establecimiento de condiciones restrictivas para acceder a la prestación, especialmente, los periodos de cotización requeridos para tener derecho a las prestaciones, exigiendo la mayoría de los países europeos entre 6 y 12 meses de cotización para acceder a las prestaciones.

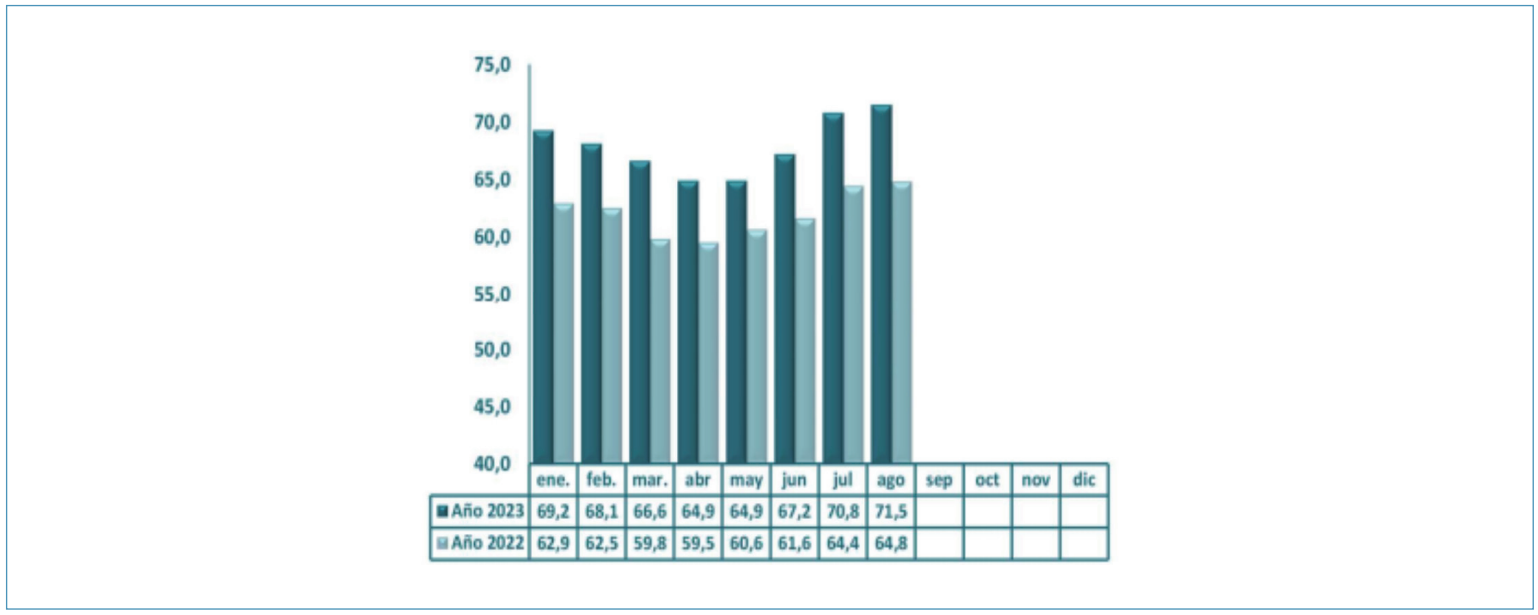
41. CC.OO.: *Mercado de Trabajo y Protección Social*, núm. 115/2015. Disponible en: http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe115.pdf (consulta: 5 de octubre de 2023).

42. INE. Datos estadísticos. Disponibles en https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4115 (consulta: 5 de octubre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Gráfico 7.

Tasa de Cobertura 2022-2023



	ene.	feb.	mar.	abr	may	jun	jul	ago	sep	oct	nov	dic
Año 2023	69,2	68,1	66,6	64,9	64,9	67,2	70,8	71,5				
Año 2022	62,9	62,5	59,8	59,5	60,6	61,6	64,4	64,8				

Fuente: SEPE

Estas carencias, el establecimiento de condiciones restrictivas para acceder a la prestación y el elevado porcentaje de parados de larga duración, afectan especialmente al sistema español. Ello convierte en imposible, en algunos casos, y realmente difícil en otros, el acceso al sistema por parte de determinados grupos de personas trabajadoras: los/las jóvenes que demandan su primer empleo; las personas trabajadoras sujetas a contratos de trabajo de corta duración o a contratos fijos discontinuos con prolongados y amplios periodo en situación de cese de actividad. Además de la corta duración de los contratos, existen otras circunstancias, la parcialidad y la intermitencia, susceptibles de socavar la suficiencia de este sistema de prestaciones, especialmente de las que presentan naturaleza contributiva[43]. No es extraño, en consecuencia, que el Gobierno haya manifestado la intención de implementar un nuevo modelo de protección por desempleo, al destacar que el actual es complejo, disperso e ineficaz[44].

43. Ya lo advertía Viqueira Pérez, C, en "El Sistema de Protección Social ante las situaciones de exclusión…", ob. cit. p. 38, al ludir al sistema español como un "modelo que resulta adecuado para hacer frente al desempleo friccional, el estacional y el tecnológico de baja intensidad –porque proporciona cobertura a individuos que ya han trabajado y que protagonizan situaciones de paro no prolongadas– pero que resulta a todas luces insuficiente cuando el desempleo alcanza un gran porcentaje de la población activa y se distingue por la persistencia del riesgo y el carácter intermitente que éste adquiere para un número creciente de trabajadores con posiciones precarias en el mercado". Insiste también en estas circunstancias, Merino Segovia, A.: "La vulnerabilidad social desde la perspectiva del empleo y la protección social", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, pp. 30 y ss.

44. Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la Revalorización de las Pensiones Públicas y otras medidas urgentes en materia laboral y social (BOE de 29 de diciembre de 2018). Esta necesidad de reformas se ha implementado ya en el ámbito de las políticas activas de desempleo con la aprobación de dos leyes fundamentales: la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de Ordenación e Integración de la Formación Profesional (BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022) y la Ley 2/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023). Pueden consultarse análisis sobre ambas en: Camas Roda, F.: "Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo", en VV.AA., *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*), ob. cit. pp. 49 y ss.; Pérez del Prado, D.: "La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades", *LABOS - Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 4/2023, pp. 86-102.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Más allá de esta alusión, que se refiere al modelo asistencial, no parece que existan propuestas o referencias a la modificación de la protección por desempleo, aunque sí algunas reflexiones genéricas a la conveniencia de amoldar el conjunto del sistema (de protección social) a las nuevas formas de trabajo y a las necesidades sociales que genera. Así, por ejemplo, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020) señala que: "El acelerado e imparable proceso de digitalización de la economía está transformando profundamente el entorno productivo con la intensificación de la robotización, el desarrollo de la inteligencia artificial y el surgimiento de la economía de plataformas digitales [...]. Pero conviene no olvidar que, más allá del mundo del trabajo, tales transformaciones también se proyectan sobre nuestro sistema de Seguridad Social. Las novedosas formas de economía digitalizada abren grandes posibilidades y oportunidades para empresas y trabajadores que han de redundar en el conjunto de la sociedad. Sin embargo, no deben pasarse por alto las consecuencias que esta transformación productiva podría tener en términos de desigualdad y de debilitamiento de la cohesión social ante el surgimiento de nuevas formas de empleo atípico y de autoempleo. Será necesario, por tanto, llevar a cabo las adaptaciones normativas que permitan la identificación y atención de nuevas necesidades sociales y colectivos vulnerables, al tiempo que se preservan las señas de identidad de nuestro modelo de protección social"[45].

El análisis de esta cuestión les lleva a subrayar dos aspectos. En primer lugar, la afectación que el nuevo entorno digital despliega en cuanto al encuadramiento de las personas trabajadoras dentro de la Seguridad Social. Y, en segundo lugar, en las tensiones que generan las nuevas modalidades de empleo en la aplicación del tradicional esquema protector basado en el empleo estable y a tiempo completo. "En concreto, la trazabilidad de la actividad desarrollada en el entorno digital –el ajuste del tiempo de prestación de servicios–, la intermitencia o incluso el carácter esporádico de esta modalidad de trabajo atípico pueden plantear un problema serio de 'infra cotización' y, como consecuencia de ello, de insuficiencia protectora. En el plano individual, este anómalo funcionamiento del sistema podría traducirse en prestaciones incapaces de garantizar suficiencia y adecuación; en el plano colectivo, tal insuficiencia amenaza con socavar las bases de la legitimidad del sistema de reparto, con sus efectos inmediatos en la solidaridad en que se basa ese mismo sistema"[46].

Es destacable, así mismo, que no se aborde la cuestión en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia[47], proyecto en el que las referencias al desempleo se efectúan, fundamentalmente, en relación a las políticas activas de empleo, sin abordar, como hubiese sido deseable, las políticas pasivas y, en especial, la protección social[48].

45. Recomendación 19 bis. Seguridad Social y Economía Digitalizada, *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, de 27 de octubre de 2020 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de noviembre de 2020).

46. *Ibidem.*

47. Documento disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia/Paginas/2021/300421-plan_recuperacion.aspx (consulta: 5 de octubre de 2023).

48. Gala Durán, C.: "La protección por desempleo contributiva: ¿la reforma pendiente?", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)...,* ob. cit. pp. 116 y ss.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

III. LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO EN ESPAÑA

Frente a la realidad que hemos descrito en los apartados anteriores, es necesario examinar la protección dispensada por el ordenamiento jurídico ante el desempleo. Para ello analizaremos las prestaciones básicas que cubren la falta de recursos que derivan de esta contingencia: la prestación por desempleo y los distintos subsidios y prestaciones que los complementan.

El 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), dedica todo un título a este tipo de prestaciones, el Título III (Protección por desempleo) que engloba, en una opción bastante acertada, las distintas prestaciones y subsidios. El gran número de preceptos que lo integran es indicativo de la complejidad de la protección que se otorga a "quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo" (art. 262 LGSS)[49].

Para proteger esta contingencia, la LGSS estructura dos niveles de protección públicos y obligatorios (art. 263 LGSS): el nivel contributivo, que tiene por objeto "proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la suspensión del contrato o reducción de la jornada"; y; el nivel asistencial, que, con el mismo objeto, protege a las personas desempleadas que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad incluidos en el artículo 274 LGSS[50].

Este sistema de protección tiene una importante trayectoria en nuestro ordenamiento jurídico. El nivel contributivo se articuló en la década de los ochenta (1984-1985) y no ha sido objeto de reformas estructurales, a excepción de la reforma introducida en 1992 dirigida a endurecer los requisitos de acceso a la prestación. No obstante, como ya se ha dicho, en el último año se han producido algunas modificaciones de gran trascendencia para el tema que estamos considerando: la extensión del ámbito de aplicación a las personas que realizan su prestación de servicios en el ámbito del servicio doméstico y las modificaciones efectuadas en torno a la protección social de los artistas en espectáculos públicos.

Por otro lado, el denominado "nivel asistencial" se ha ido construyendo de forma paulita y progresiva. Así, los primeros colectivos protegidos se mencionaban en la Ley 51/1980, Básica de Empleo, en la que se aludía a "quienes hubieran agotado las prestaciones contributivas, tuvieran responsabilidades familiares y carecieran de recursos suficientes y a los emigrantes retornados"; más tarde, "la Ley 31/1984 introdujo

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

49. *Ibidem*, pp. 113 y ss.

50. El concepto de vulnerabilidad social, "guarda estrecha conexión con la inestabilidad laboral, la no accesibilidad a las prestaciones sociales y la inconsistencia de las relaciones sociales. La pérdida del empleo, el deterioro de las condiciones de trabajo y las dificultades en la percepción de ayudas, ya sean familiares o de otro tipo, y en el acceso a prestaciones públicas son factores que abundan en la vulnerabilidad social, comúnmente acentuada en tiempos de crisis. Entre los múltiples factores de riesgo desencadenantes de la vulnerabilidad, el desempleo y la precariedad en el empleo adquieren gran importancia cuando la persona o la familia carecen de redes de apoyo". El entrecomillado ha sido extraído de la obra de Merino Segovia, A.: "La vulnerabilidad social desde la perspectiva del empleo y la protección social", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII*..., ob. cit., p. 28.

cuatro nuevos colectivos protegidos a los que hay que sumar otros dos incorporados por el Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionales de carácter social, hasta conformar un listado final de hasta ocho colectivos de beneficiarios"[51].

Ambos niveles de protección se complementan a su vez, con otras prestaciones, enmarcadas en programas ordinarios o extraordinarios de lucha contra el desempleo y la exclusión social y que, como rasgo común, presentan un doble objetivo: "aportar una prestación económica dirigida a garantizar recursos mínimos de subsistencia y posibilitar o fomentar la inserción profesional de las personas con especiales dificultades para acceder al empleo"[52]. Se trata de la Renta Activa de Inserción (RAI) y de la Renta Agraria (REA). A ellas se unen, en su caso, las prestaciones estatales dirigidas a luchar contra la pobreza (Ingreso Mínimo Vital) y las distintas prestaciones de garantías de recursos reconocidas por las Comunidades Autónomas (salarios sociales o rentas mínimas)[53].

En este trabajo nos ocupamos únicamente de las prestaciones estales dirigidas a luchar contra el desempleo (excluyendo, por tanto, el resto) y centrándonos únicamente en aquellos requisitos que, entendemos, obstaculizan ostensiblemente la protección de las personas trabajadoras que realizan su prestación mediante contratos atípicos, tal como se han delimitado en el primer apartado.

A. La prestación por desempleo del nivel contributivo

La prestación por desempleo del nivel contributivo integra en su acción protectora (art. 265 LGSS) tres elementos distintos: a) prestación por desempleo total o parcial, según corresponda; b) el abono de la aportación correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones por

51. Tortuero Plaza, J. L.: "La protección por desempleo asistencial y otras políticas de protección por desempleo, en VV.AA., *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)...*, ob. cit. p. 156.

52. Carrizosa Prieto, E.: "Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español", ob. cit. p. 210 y ss.

53. *Vid* Álvarez Cuesta, H.: *Protección social frente a la pobreza*, Bomarzo, 2023. Sobre el Ingreso Mínimo Vital pueden consultarse los siguientes análisis: VV.AA.: *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, BOE, 2021; Gómez Gordillo, R.: "El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y sus modificaciones", *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020, pp. 37-67; González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *El ingreso mínimo vital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A. R.: *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2021; Álvarez Cuesta, H.: "El ingreso mínimo vital en la encrucijada", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021; Amaadachou Kaddur, F.: *La prestación no contributiva del Ingreso Mínimo Vital. Configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2022; Álvarez Cuesta, H.: "Balance y perspectivas del Ingreso Mínimo Vital", *IgualdadES*, 8/2023, pp. 227-249. Sobre las distintas prestaciones arbitradas por las Comunidades Autónomas, puede consultarse: Burgos Goye, M. C.: "El sistema de protección social de las rentas autonómicas. disfuncionalidades y retos ", en AA.VV.: *Seguridad Social para todos. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, *V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de AESSS*, Laborum, Murcia, 2021, pp. 1306 y ss.; Fernández Orrico, F. J.; González Martínez, J. A. y Pagán Martín-Potugués, A.: "Las rentas mínimas autonómicas y su interrelación con el ingreso mínimo vital", en AA.VV.: *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 407-460.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

desempleo; y, c) acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable.

Siendo la definición de desempleo la mencionada, esto es, "quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo", y a efectos a analizar su complejidad, se deben subrayar aquellos requisitos que obstaculizan el acceso de las personas trabajadoras sujetas a relaciones laborales atípicas. No obstante, antes de adentrarnos en ello, es necesario considerar otras circunstancias que inciden en la cuestión que estamos considerando.

La primera de ellas es que la protección por desempleo solo procede cuando se ha perdido el empleo, lo que excluye de las prestaciones a aquellas personas que queriendo trabajar no han encontrado su primer empleo. Estas personas, aun estando en una situación de inactividad, no tienen derecho a acceder a las prestaciones. Es necesario recordar, a estos efectos, que la cifra de inscritos como demandantes de empleo que no han realizado prestación de servicios, asciende, en el segundo trimestre de 2023, a 292.500 personas[54], y que, si bien es difícil estructurar su protección a través del régimen contributivo de desempleo (dado que no existe cotización alguna), este colectivo debería ser prioritario en la percepción de prestaciones asistenciales o no contributivas.

La segunda, que la protección se extiende tanto al desempleo total como a determinadas situaciones de desempleo parcial, protegiendo a las personas frente a la extinción, suspensión total o suspensión parcial de la relación laboral. El desempleo es total cuando la persona trabajadora cesa, con carácter temporal o definitivo, en la actividad laboral, quedando privada del salario. Se incluyen en dicha definición los ceses, así lo explicita la ley, por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, decididas por el empresario en virtud del artículo 47 ET o de resolución judicial adoptada en procedimiento concursal (art. 262 LGSS).

Junto a ella, la situación de desempleo parcial protege frente a las reducciones temporales de la jornada ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 %, siempre que conlleven la respectiva reducción del salario, cuando se decida por el empresario en virtud del artículo 47 ET o de resolución judicial adoptada en un procedimiento concursal. Aclara el precepto, y esto es importante, que únicamente se protegen las reducciones temporales canalizadas por los procedimientos mencionados, excluyendo otros supuestos, en especial, las reducciones de jornada que se consideren definitivas, que quedarían excluidas del sistema (art. 262 LGSS).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

54. INE. Datos estadísticos. Disponibles en https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4115 (consulta: 5de octubre de 2023).

1. *La exigencia de un periodo mínimo de cotización previa*

Esclarecidas las cuestiones anteriores, procede analizar los requisitos de acceso. En este sentido y dejando al margen la afiliación al sistema, el alta o situación asimilada, la regulación exige como requisito fundamental un periodo mínimo y previo de cotización de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 266 LGSS). A partir de este mínimo cotizado, las personas trabajadoras podrán acceder a una prestación cuya duración en días está en función de los periodos cotizados, considerados en tramos, hasta alcanzar el tope de 2.160 días, supuesto en que corresponde una prestación de 720 días (el máximo), en la progresión que se refleja en la siguiente tabla:

Tabla 1.

Prestación por desempleo y periodo de carencia

Periodo de cotización días	Periodo de prestación días
Desde 360 hasta 539	120 días
Desde 540 hasta 719	180 días
Desde 720 hasta 899	240 días
Desde 900 hasta 1.079	300 días
Desde 1.080 hasta 1.259	360 días
Desde 1.260 hasta 1.439	420 días
Desde 1.440 hasta 1.619	480 días
Desde 1.620 hasta 1.799	540 días
Desde 1.800 hasta 1.979	600 días
Desde 1.980 hasta 2.159	660 días
Desde 2.160	720 días

Fuente: LGSS

La consideración de esta relación entre días cotizados y días de prestación ponen de manifiesto, especialmente si lo comparamos con los datos sobre la duración de los contratos de trabajo en nuestro país, el rigor del periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la prestación por desempleo, 360 días; y en contraposición, la extensión del periodo de referencia, 6 años, y de la duración de la prestación (720 días)[55]. La OIT ha insistido en que "el requisito de un periodo mínimo de cotización dificulta el acceso a las prestaciones de desempleo no solo a los trabajadores jóvenes, sino también a otros recién llegados al mercado de trabajo y a las personas que tienen modalidades de contratación diversas (trabajo de corta duración o a tiempo parcial y trabajo por cuenta propia encubierto)"[56].

55. Viqueira Pérez, C: "El Sistema de Protección Social ante las situaciones de exclusión...", ob. cit. p. 40.
56. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada, en busca de un futuro mejor*, 2022. Disponible en: https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS_842103/lang--es/index.htm.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Se ha de subrayar que estos periodos de cotización se aplican también a las personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial, respecto de las que, desde 2018 y, como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se contempla que las jornadas parciales se computen como jornada completa a efectos de acceder a la prestación[57]. La regla no rige para el cálculo de la prestación, en la que se toman en consideración las bases de cotización reales, sin alterar dicha cuantía y manteniendo con ello el principio de proporcionalidad que rige para este tipo de trabajo. Esta regla supone una mejora en el acceso a la prestación para la generalidad de las personas trabajadoras a tiempo parcial, también por lo que se refiere a la duración de la prestación, pero no en lo que respecta a la cuantía que se ha de percibir que, en todo caso, dependerá del salario real. Pese a ello, implica un avance en cuanto amplia el conjunto de beneficiarios, facilitando el acceso a uno de los colectivos más afectados por la atipicidad en la contratación[58].

Sin embargo, la norma, por restrictiva, deja sin protección o dificulta la protección a un conjunto importante de personas trabajadoras sujetas a relaciones laborales de corta duración, otra de las figuras centrales del trabajo atípico. La misma circunstancia es predicable de las personas trabajadoras que realizan prestaciones fijas discontinuas, pues a ellas se les aplica las mismas normas, aunque se excluye del cómputo los períodos de inactividad productiva [art. 267.1.d) LGSS]. Siendo así, es importante garantizar protección en los periodos en que se produce el cese de actividad, aunque el tiempo efectivamente cotizado, por la propia configuración de esta forma de trabajo, va a ser inferior al periodo exigido para acceder a la prestación (que, necesariamente, será inferior a 360 días, salvo acumulación de distintos periodos). La misma reflexión se debe hacer con respecto a las personas que cuentan con contratos temporales de

57. El artículo 4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo establece este nuevo criterio. La redacción obedece a la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (en aplicación de la Directiva 97/81/CE - Acuerdo Marco UNICE, CEEP y CES sobre el trabajo a tiempo parcial), que en el asunto analizado consideró que debía aplicarse el mismo criterio para el cómputo del periodo cotizado a efectos de determinar el período mínimo exigible para el acceso a las prestaciones por desempleo o la duración de estas, con independencia de que se trate de trabajo a tiempo parcial horizontal o vertical (Jacqmain, J.: *Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad* (De 1/9/2017 a 31/8/2018), *Femeris*, vol. 4, n. 2, pp. 195 y ss.). Conforme a ello, el precepto establece: "Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. 4. Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Se excluyen de dicho cómputo los períodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1.d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social".

58. De hecho, la norma se acaba de acoger para gran parte de las prestaciones del sistema de protección social. El Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, incorpora una nueva redacción del artículo 247 LGSS por la que equipara el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el acceso y reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor (apartado 26 del artículo único de dicha disposición).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

corta duración, máxime si se considera que en la evolución del mercado de trabajo dicha duración es cada vez inferior[59].

En definitiva, como señala la doctrina, "la norma aplicable a la prestación por desempleo contributiva (...) sigue pensando en el trabajador con un empleo estable y con una jornada a tiempo completo, sin contemplar con la debida atención a los denominados tradicionalmente como "trabajos atípicos"[60]. De conformidad con ello, parece aconsejable reducir el periodo de cotización mínimo en aras de extender el ámbito de protección, y requilibrar la proporción entre periodo de cotización y cuantía de la prestación. Ello permitiría proteger de forma ágil y efectiva las situaciones de desempleo que se producen por la extinción de contratos de corta duración y las que derivan de periodos de inactividad de los trabajos fijos discontinuos. De hecho, la propia norma prevé la posibilidad de que el Gobierno pueda "modificar esta escala previo informe al Consejo General del Servicio Público de Empleo Estatal, en función de la tasa de desempleo y las posibilidades del régimen de financiación" (art. 269 LGSS).

En este sentido, son numerosos ya los países europeos que han adoptado esta tendencia, especialmente con ocasión de la pandemia generada por la COVID-19, y con el objetivo de hacer frente a la pérdida de puestos de trabajo. En la mayoría de los supuestos, la flexibilización del periodo de carencia se ha aplicado a colectivos específicos, por ejemplo, a las personas trabajadoras jóvenes. Así, países como Eslovenia, Portugal o Rumanía han fijado periodos de cotización de al menos 6 meses en los 24 meses anteriores para las personas desempleadas menores de 30 años, lo que facilita el acceso a una prestación de desempleo de 2 meses. Otros Estados se han centrado en las personas trabajadoras de edad, complementando o prolongando la percepción de la prestación por desempleo (Austria; Bélgica, Francia, Grecia, etc.); en las personas con discapacidad (Alemania y Luxemburgo); o en las personas desempleadas de larga duración[61]. En España existen propuestas doctrinales para articular una escala específica aplicable a determinados colectivos (contratados temporales de corta duración) que, en sintonía con las fórmulas comentadas (Eslovenia, Portugal o Rumanía) y con la regulación del desempleo establecida en España hasta 1992, reduzca el periodo mínimo de cotización exigido a la mitad (180 días), reconociéndoles 60 días de prestación y previendo la posibilidad de optar entre acceder a esta prestación o acumular las cotizaciones para acceder a la prestación a partir de los 360 días cotizados (régimen general)[62].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

59. Según el análisis efectuado por USO "Un breve análisis socioeconómico: contratación, empleo y salarios", en abril de 2023, los contratos de duración inferior a la semana suponían el 22'4 % del total de los contratos realizados y el 40 % de los contratos temporales. Cuatro de cada diez contratos temporales duran menos de siete días [USO: "Un breve análisis socioeconómico: contratación, empleo y salarios", 2023, p. 3. Documento disponible en https://www.uso.es/wp-content/uploads/2023/06/sindicato-uso-estudio-analisis-laboral-2019-2021-2023.pdf (consulta: 5 de octubre de 2023)].

60. Gala Durán, C.: "La protección por desempleo contributiva: ¿la reforma pendiente?", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)...,* ob. cit. pp. 117 y ss.

61. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada...,* ob. cit.

62. Gala Durán, C.: "La protección por desempleo contributiva: ¿la reforma pendiente?", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)...,* ob. cit., p. 120.

En todo caso, y dejando la formulación de propuestas para el apartado conclusivo, coincidimos con la OIT en que se ha de prestar especial atención, además de a aquellas personas que se incorporan por primera vez al mercado de trabajo, a las personas desempleadas de larga duración y a las que se reincorporan al empleo tras un periodo de inactividad, de forma que "perciban prestaciones sociales adaptadas a sus circunstancias específicas, que vayan acompañadas de medidas para desarrollar sus competencias y su empleabilidad"[63]. No obstante, y además de ello, se debe contemplar con especial urgencia la realidad que supone la proliferación del trabajo atípico y la generalidad de sus manifestaciones.

2. La incompatibilidad de la prestación con el trabajo y sus consecuencias

Un segundo requisito que incide directa y de forma consistente en la delimitación del ámbito de protección (y en su calidad) es la compatibilidad de la prestación con la realización de una prestación de servicios. Con carácter general, la prestación por desempleo, por su propia configuración, es incompatible con la realización de trabajo, aunque existen excepciones (supuestos de parcialidad). En coherencia con ello, el artículo 272.c) LGSS establece que la prestación se extingue por "la realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses (...) o realización de un trabajo por cuenta propia, por tiempo igual o superior a sesenta meses". En caso de que estos trabajos tengan una duración inferior, la prestación de desempleo se suspende [art. 271.1.d) LGSS], pudiendo la persona afectada solicitar la reanudación cuando culminen dichas circunstancias [art. 271.4.b)]. Para estos casos, existen algunas previsiones legales que es necesario considerar.

Por lo que hace al trabajo realizado por cuenta ajena, resulta pertinente subrayar la regla establecida en el artículo 269.3 LGSS, que reconoce un derecho de opción por parte de la persona trabajadora, cuando la prestación se extinga por realizar un trabajo de duración igual o superior a doce meses, entre reabrir el derecho inicial por el período que resta por percibir y las bases y tipos que le correspondían, o la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. La previsión legal prevé que, en caso de optar por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron la prestación preterida (por la que no se ha optado) no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial. En sentido contrario, en caso de que la reanudación del trabajo sea por un tiempo inferior a doce meses, la prestación se suspende, sin que la persona trabajadora deba optar, una vez superado el nuevo periodo de trabajo, entre prestación ya devengada y no consumida y la nueva prestación generada por la reincorporación.

La regla del artículo 269.3 LGSS, que tiene por objeto economizar las prestaciones por desempleo, además de cuestionable por rígida y desproporcionada, puede desincentivar la reincorporación de las personas trabajadoras al mercado de trabajo

63. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada...*, ob. cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

al evitar la acumulación natural de los periodos cotizados y obligar indirectamente, cuando la prestación de servicios sea prolongada, a las personas trabajadoras a agotar la prestación existente antes de reincorporarse al mercado de trabajo. Efectivamente, la previsión invita indirectamente a no reincorporarse al mercado de trabajo, al menos no en cuanto lo que quede por disfrutar de la prestación ya devengada sea suficientemente sustancioso. En otras palabras, si el hecho de reincorporarse al mercado de trabajo por un periodo prolongado (12 meses o más) es susceptible de extinguir una prestación existente y cuando culmine el periodo de actividad las cotizaciones efectuadas no se acumulan a efectos de una futura prestación o de prolongar la prestación iniciada, las personas trabajadoras, dependiendo de la circunstancias (duración y cuantía de la prestación ya devengada, sustancialmente), podrían optar por agotarla y no reincorporarse al mercado de trabajo, con los riesgos que ello supone a efectos de prolongar la situación de desempleo[64].

Una previsión similar se recoge para el trabajo por cuenta propia: "si tras el cese en el trabajo por cuenta propia el trabajador tuviera derecho a la protección por cese de actividad, podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a la protección por desempleo suspendida. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior" [art. 271.4.b)], debiendo aplicar aquí las mismas reflexiones que en el apartado anterior, ahora respecto de la posibilidad de reiniciar la actividad económica que corresponda.

No obstante, se admite la compatibilidad de la prestación con el trabajo a tiempo parcial. Dicha compatibilidad se da en varios supuestos. El primero, ya mencionado, es la cobertura que se otorga cuando la empresa acude a un expediente temporal de empleo consistente en la reducción temporal de la jornada de trabajo, esto es, el supuesto previsto en el artículo 47 ET. El segundo se contempla para aquellas personas trabajadoras que cuentan con dos o más contratos a tiempo parcial, uno de ellos se extingue, quedando la persona trabajadora en una situación de trabajo a tiempo parcial, compatible con la percepción del desempleo contributivo. El tercero se da cuando una persona desempleada que se encuentra percibiendo la prestación contributiva o asistencial tiene la posibilidad de acceder a un contrato a tiempo parcial por un tiempo determinado (que no exceda del previsto para la extinción de la prestación).

Estos supuestos de compatibilidad se regulan en el artículo 282 (Incompatibilidades), de forma conjunta, resultando aplicables tanto a la prestación contributiva como a los distintos tipos de subsidios. Prevé dicha regulación que cuando ello se produzca se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado. Dicha deducción se efectuará tanto cuando el trabajador esté percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, como cuando tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos.

64. Viqueira Pérez, C.: "El Sistema de Protección Social ante las situaciones de exclusión…", ob. cit., p. 42.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

B. Los subsidios por desempleo del nivel no contributivo y la renta activa de inserción

Junto a la prestación contributiva por desempleo existen los denominados subsidios por desempleo del nivel asistencial, prestaciones económicas que, aun destinadas a satisfacer situaciones de necesidad generadas por la falta de trabajo y de ingresos, no se vinculan directamente a las cotizaciones previamente efectuadas, pero sí indirectamente, al condicionar el acceso a haber agotado la prestación del nivel contributivo[65]. Se trata de prestaciones complementarias, a la ya analizada prestación contributiva por desempleo, desordenadas y superpuestas, que intentan proteger a las personas trabajadoras con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo y que han agotado la protección otorgada en el nivel contributivo[66].

Lo más destacable de los subsidios por desempleo es que, a pesar de su naturaleza, no se dirigen a proteger a todas las personas que se encuentran en situación de desempleo y no cuentan con cotización previa o suficiente para acceder a la prestación contributiva (como sería lógico), sino que contempla únicamente a algunos colectivos específicos, bastante variados, que tienen como característica común graves dificultades para reincorporarse al mercado de trabajo y, aunque no en todos los supuestos, haber agotado la prestación de desempleo del nivel contributivo (art. 274 LGSS), exigencias que terminan conectando la prestación, teóricamente de naturaleza asistencial, con la realización previa de la prestación de servicios y la consiguiente cotización al sistema (recordemos, un mínimo de 360 días en los seis años anteriores).

Esta peculiar protección "asistencial" se ha construido sobre la base y los cimientos de la prestación contributiva de desempleo, de forma que, en principio y salvo algunas excepciones, acota su ámbito subjetivo de aplicación a las personas que se han beneficiado de aquellas (siempre que hayan agotado la prestación contributiva), pero no a todas, pues se produce una segunda restricción consistente en poner el centro de atención en colectivos con especiales dificultades para reincorporarse al mercado de trabajo. Sólo una vez que se ha llegado ahí, entran en juego los elementos propios de la asistencialidad con objeto de efectuar una última selección de los sujetos beneficiarios: la carencia de rentas y las cargas familiares[67].

Una somera consideración de los colectivos mencionados evidencia la restricción que venimos comentando. De acuerdo con el artículo 274 LGSS, podrán beneficiarse de esta prestación, aquellas personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: a) hayan agotado la prestación por desempleo y posean responsabilidades familiares; b) hayan agotado la prestación por desempleo, carecer de respon-

65. Para el análisis de los distintos subsidios por desempleo, acogemos el hilo conductor del estudio "Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.192, 2016, pp. 203-242.

66. Tortuero Plaza, J. L.: "La protección por desempleo asistencial y otras políticas de protección por desempleo", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)...*, ob. cit. pp. 151 y ss.

67. *Ibidem*, pp. 153 y ss.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

sabilidades familiares y ser mayor de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento; c) que hayan sido declarados plenamente capaces o incapacitados en el grado de incapacidad permanente parcial, como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de incapacidad en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. También pueden acceder a la prestación: d) aquellos desempleados que no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el período mínimo de cotización, siempre que hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares o al menos seis meses sin responsabilidades familiares; y, e) los desempleados mayores de cincuenta y dos años que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el Sistema de la Seguridad Social.

Como supuestos en los que no es necesario haber agotado la prestación contributiva, se contemplan los relativos a: d) trabajadores españoles emigrantes retornados de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, que acrediten haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años y que no tengan derecho a la prestación por desempleo; e) los liberados de prisión, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses; los menores liberados de un centro de internamiento, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años; o personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de drogodependencia, siempre que se haya prolongado por un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad (art. 87 CP)[68].

Además de ser desempleado y de estar incluido en alguno de estos colectivos, es necesario, como requisito fundamental, carecer de rentas. Se cumple este requisito cuando la persona desempleada carece de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 % SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Teniendo en cuenta que el SMI para 2023 está fijado en 1080 euros, debemos estimar que la carencia de rentas se daría siempre que el sujeto contase con cuantías inferiores a 810 euros mensuales (art. 275.2 LGSS). Por último, y por lo que respecta a la cuantía de la prestación, el subsidio sería equivalente al 80 % del IPREM mensual. Dicha cuantía está establecida para el año 2023 en 600 €, por lo que dicho porcentaje supone 480 euros mensuales que se abonarán por el tiempo que dure la prestación, periodos que varían sustancialmente dependiendo del colectivo al que pertenezca el beneficiario. A estos efectos, la duración de la prestación oscila entre los seis meses improrrogables, que afecta a los mayores de 45 años sin responsabilidades familiares, y el carácter indefinido que se fija para los mayores de 52 años, posibilitando su protección hasta que accedan a la pensión de jubilación (art. 277 LGSS).

68. *Ibidem*, pp. 164 y ss.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

De todos los supuestos destacados, y por ser el ejemplo perfecto para evidenciar las incoherencias del sistema de protección por desempleo, interesa destacar el subsidio regulado en el artículo 274.3 LGSS, dirigido a proteger a aquellas personas desempleadas que carezcan de la cotización exigida por el artículo 266 LGSS. El precepto tiene en cuenta dos circunstancias distintas. De un lado, la existencia de responsabilidades familiares o no, y, en función de ello, periodos de cotización mínimos para acceder al subsidio: tres meses si existen responsabilidades familiares o seis meses si estas no existen. Es importante, así mismo, destacar la duración del subsidio en estos casos. El artículo 277 LGSS prevé una duración distinta en función de que se tengan o no responsabilidades familiares. Si estás existen, se establece la duración en función de los meses cotizados en proporción 1-1, es decir, por cada mes cotizado corresponde un mes de prestación, hasta llegar a los 6 meses cotizados, periodo para el que se reconoce una duración de la prestación de 21 meses. En cambio, cuando la persona desempleada no cuenta con responsabilidades familiares, sólo se podrá acceder al subsidio si se cuenta con al menos de 6 meses de cotización, supuesto en que procede el subsidio por una duración máxima e improrrogable de seis meses. En todos ellos, se prevé que las cotizaciones que sirvan para el nacimiento del subsidio no podrán ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de un futuro derecho a la prestación del nivel contributivo.

Con carácter general, la escasa duración que tiene la prestación en algunos supuestos (seis meses improrrogables), así como el cúmulo de requisitos exigidos para ser beneficiarios (colectivo específico y carencia de rentas), determina que el índice de cobertura de las situaciones de desempleo no sea total, quedando excluidas un importante número de personas. Los datos relativos a agosto de 2023 prueban esta situación. De los 2.702.700 de personas que se encontraban en situación de desempleo en agosto de 2023, 720.477 personas fueron beneficiarias del subsidio por desempleo, frente a los 800.811 que percibían la prestación contributiva[69]. Aunque la protección se otorga predominante por las dos prestaciones analizadas, no podemos olvidar que, a esa fecha, 1.181.412 personas desempleadas no tuvieron acceso a este sistema de protección. Esta es la razón de que el sistema se deba complementar con prestaciones estatales complementarias, significativamente, la renta activa de inserción.

La Renta Activa de Inserción, regulada mediante el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre (RDRAI), establece una ayuda económica específica dirigida a personas desempleadas con carencias de rentas y dificultades para encontrar empleo, siempre que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral (art. 1 RDRAI)[70]. Al igual que sucede con los subsidios por desempleo, la RAI está condicionada a haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos, la carencia de

69. Estadísticas de prestaciones por desempleo, Ministerio de Empleo y seguridad Social, Disponibles en http://www.empleo.gob.es/estadisticas/PRD/welcome.htm.

70. Sobre esta prestación, De Nieves Nieto, N.: "Ingreso mínimo vital y renta activa de inserción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020, pp. 113-148.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

rentas y al compromiso de inserción laboral o profesional[71]. En cuanto a la carencia de rentas, la norma exige que los sujetos carezcan de rentas de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Por lo que respecta al compromiso de actividad, además de solicitar y suscribir dicho compromiso de acuerdo con los parámetros que exige el artículo 300 LGSS, los beneficiarios de la RAI deben realizar las distintas actuaciones que se especifican en el plan personal de inserción laboral (arts. 3 y 7 RDRAI).

Los colectivos de desempleados a los que se dirige son muy específicos y restringidos: parados de larga duración, mayores de 45 años; emigrantes retornados mayores de 45 años; víctimas de violencia de género; y, personas con discapacidad igual o superior al 33 % (art. 2 RDRAI). La prestación económica supone la misma cuantía que el subsidio de desempleo, esto es, el 80% del IPREM, con la diferencia de que la duración se extiende a 11 mensualidades y que las personas que cumplan los requisitos pueden beneficiarse del programa hasta en tres ocasiones, siempre que, con carácter general, transcurran 365 días entre los distintos periodos de disfrute (arts. 4 y 5 de RDRAI)[72].

En consecuencia, además de incidir en colectivos muy específicos con claras dificultades para encontrar empleo, el reconocimiento y el mantenimiento de la prestación económica se condiciona únicamente a la asunción y cumplimiento de las obligaciones de inserción laboral por parte de los beneficiarios, de forma que su inobservancia puede derivar en la extinción de la prestación y en la expulsión del programa de inserción profesional (art. 9 RDRAI). Al margen de esta condicionalidad, la RAI se dirige más a combatir las situaciones de pobreza y de marginación que a fomentar la inserción laboral de los colectivos beneficiarios, inclinación que es evidente en la propia selección de los grupos beneficiarios y en la configuración de la prestación económica.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA PROTECCIÓN A LA REALIDAD DEL MERCADO DE TRABAJO

La presencia del trabajo atípico es ya un fenómeno definitorio del mercado de trabajo español. De hecho, se ha señalado habitualmente a la alta tasa de temporalidad como una de sus principales disfuncionalidades. Gracias a las últimas reformas laborales se ha conseguido intervenir en esta realidad, de forma que la tasa de temporalidad se ha

71. Tortuero Plaza, J. L.: "La protección por desempleo asistencial y otras políticas de protección por desempleo", en VV.AA., *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)…*, ob. cit. pp. 181 y ss. Se exigen como requisitos generales de acceso, comunes a todos los colectivos: a) estar desempleado e inscrito como demandante de empleo en el momento de la solicitud (art. 2.1); b) ser menor de 65 años (art. 2.1); c) no haber sido beneficiario de tres Programas de RAI anteriores, aunque no se hubieran disfrutado por el periodo máximo de duración (art. 2.4.b).

72. Existen, no obstante, algunos colectivos que no han de observar dichos periodos, por lo que podrían disfrutar del subsidio de forma continuada. Así ocurre con los desempleados discapacitados y las víctimas de violencia de género y doméstica que podrán cobrar 33 meses de prestación, siempre que en el momento de la nueva solicitud sigan cumpliendo los requisitos exigidos [art. 5.1. d) RDRAI].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

reducido considerablemente. No obstante, la precariedad asociada a la atipicidad del empleo sigue su curso por otros derroteros, especialmente como consecuencia de las formas de flexibilidad laboral impuestas y no negociadas entre las personas trabajadoras y sus empleadoras. Esta anomalía se explica por la incapacidad del Derecho del Trabajo de desplegar su eficacia y su función niveladora de las desigualdades en el trabajo, a través de la adaptación de nuestro marco jurídico y la adopción de normas relativas a la ordenación de las relaciones laborales, que incentiven o velen por las formas de flexibilidad negociada. Esto, unido a las características propias del sistema productivo en España, junto con la incidencia de otros fenómenos de índole más trasnacional, como son la globalización y digitalización, y que repercuten en el auge de la flexibilización de las relaciones laborales, hace que nuestro mercado de trabajo se presente como especialmente predispuesto para el desarrollo de las modalidades de trabajo atípico más actuales, el trabajo atípico compuesto.

Así se ha señalado que la precariedad se asocia a la atipicidad en la modalidad de contratación, en la duración y en el tiempo de trabajo. En este sentido, en España, casi la mitad de los contratos que se celebran tienen una duración inferior a seis meses. Durante el año 2022, casi cuatro de cada diez personas trabajadoras suscribieron dos contratos de trabajo o más. Si bien, el índice de rotación de los contratos temporales está siguiendo una tendencia positiva, no se puede afirmar lo mismo respecto la rotación relativa a los contratos indefinidos. Y ello es consecuencia, sobre todo, de la parcialidad del empleo que, a su vez, se asocia a las denominadas situaciones de subempleo (ya sea por insuficiencia de horas de trabajo o por situaciones de empleo inadecuadas). De esta forma, las formas de trabajo atípico compuesto en España se han identificado con las modalidades de trabajo fijo discontinuo y de duración determinada a tiempo parcial. Y como se extrae de la evolución de la tasa AROPE y especialmente, de su indicador sobre baja intensidad del empleo, se vinculan estrechamente con el aumento de la pobreza y la exclusión social.

Frente a esta realidad contrasta la regulación de la protección frente al desempleo, que, como hemos visto, se estructura en dos niveles de protección, contributivo y asistencial, sin que exista una separación clara y ordenada entre ellos. Muy al contrario, ambos se encuentran relacionados y mezclados entre sí y aunque se complementan, no se puede decir que lo hagan de forma programada u ordenada, sino desordenada y de forma superpuesta. Esta circunstancia está muy relacionada con la forma en que ha aparecido y se ha desarrollado la protección por desempleo en España, que no surge como consecuencia de un plan preestablecido para diseñar un sistema sólido y coherente de protección social frente al desempleo, sino que obedece al acaecimiento de circunstancias sociales urgentes que en su momento había que atender de forma inmediata (lucha contra la pobreza y la exclusión social). Las prestaciones que la integran nacieron improvisadas y así han permanecido, siendo objeto de las correcciones o adaptaciones, en ningún caso estructurales, mínimas y necesarias para atender nuevas situaciones de emergencia.

La modalidad contributiva se reguló y desarrollo en la década de los ochenta, aunque es una prestación eminentemente contributiva, alberga elementos o rasgos de

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

asistencialidad de difícil comprensión. Destaca además, por haber nacido con unos requisitos que se han ido endureciendo con el paso del tiempo bajo directrices de contención del gasto y de evitación del fraude. Se consolida así a partir de 1992 una prestación rígida (con una elevada exigencia de periodo cotizado) que ofrece una protección insuficiente marcada en exceso por rasgos de asistencialidad. Las modalidades asistenciales se han ido arbitrando de forma paulatina, a golpe de emergencias sociales (cifras de pobreza y exclusión) y a base de constatar las insuficiencias y los fracasos más destacables de la prestación contributiva. El nivel asistencial, complementario y conectado con el contributivo, se ha ido conformando a modo de sedimentación, esto es, acogiendo los supuestos más graves de desprotección que, habiendo pasado y agotado el primer nivel (contributivo), no lograban superar la situación de desempleo: desempleados de larga duración, personas trabajadoras maduras, etc.

Es, por tanto, un sistema ineficaz en sus dos vertientes. Ha demostrado su insuficiencia para luchar contra el desempleo en momentos en que la evolución del mercado de trabajo, aun no siendo estable, era fácil de prever y, manteniendo esas características, debe afrontar ahora las vicisitudes de un mercado de trabajo en plena y rápida transformación que debe hacer frente a factores externos cuyo impacto son de difícil previsión. Así, y pensando en las características que hemos analizado sobre el mercado de trabajo español, en el que afloran de forma efusiva las formas de trabajo atípico caracterizadas por la intermitencia y parcialidad, entendemos que es necesario adoptar con carácter urgente una serie de medidas.

Es indispensable, en primer lugar, separar el sistema contributivo y el asistencial. En este ámbito se ha de decidir si el sistema de protección por desempleo debe acoger las dos ramas o solo una de ellas, dejando la asistencialidad encomendada a la prestación estatal de garantía de recursos (Ingreso Mínimo Vital). Si esta fuera la opción, que parece la más acertada, por coherente y ordenada, habría que rediseñar el sistema a través de dos actuaciones fundamentales: flexibilizando los requisitos de la prestación contributiva para extender su ámbito de aplicación y acoger los supuestos del trabajo atípico; y reordenar y flexibilizar los supuestos que actualmente se regulan bajo la modalidad de subsidios por desempleo con objeto de ofrecer protección a aquellas personas trabajadoras a las que se les agota la prestación y continúan necesitado protección. Se trata, por tanto, de restructurar, depurándolo, el modelo ya instaurado: una protección por desempleo, esencialmente contributiva, pero con dos niveles (primario y complementario); el primario, general y flexible, dirigido a atender con carácter inmediato las consecuencias de la falta de empleo de la población trabajadora; el segundo, más específico, centrado en aquellos colectivos que tienen especiales dificultades para insertarse en el mercado de trabajo. Desde esta perspectiva, el sistema de protección por desempleo se distancia (que no desvincula) del objetivo inmediato de luchar contra la pobreza y de la exclusión, para centrarse en la protección (y evitación) del desempleo que debe ser su objetivo inmediato. Ello conlleva necesariamente la potenciación del Salario Mínimo Vital que es la prestación que debe cumplir con esta finalidad.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Descendiendo a un ámbito más concreto, y tal como hemos destacado en nuestro análisis, es necesario disminuir el periodo de cotización en la prestación contributiva acercándolo a la duración real de las relaciones de trabajo. Estimamos que dicho periodo no debe superar los 180 días (6 meses) de cotización. Se puede plantear, y de hecho se ha planteado, establecer esta posibilidad para grupos específicos de personas trabajadoras, por ejemplo, menores de 30 años y, aunque sería viable, apostamos por disminuir el periodo de cotización con carácter general, potenciando con ello el carácter contributivo de la prestación, dotándolo de mayor flexibilidad y de más cercanía a la realidad del mercado de trabajo. En este ámbito, también resulta fundamental acabar con aquellas reglas que desincentivan el empleo y que penalizan indirectamente a las personas trabajadoras que se reincorporan al mercado de trabajo. El carácter contributivo de la prestación debe reforzarse, aunque posibilitando la flexibilidad, y ello implica permitir la acumulación de cotizaciones que o bien no se hayan agotado con la anterior prestación o bien que se hayan generado por nuevas incursiones en el mercado de trabajo (prestaciones intermitentes). El trabajo efectuado, en su integridad, debe ser considerado a efectos de generar una nueva prestación. Quitarle valor desde la perspectiva de la protección social provoca efectos adversos que es necesario evitar.

En cuanto a los subsidios asistenciales, y dependiendo del protagonismo que se quiera dar al Salario Mínimo Vital en la lucha contra la pobreza y la exclusión (que sería su ámbito de aplicación propio y donde debe desarrollar toda su potencialidad), pueden configurarse como un segundo nivel de protección, de naturaleza mixta (con características contributivas y asistenciales), específico (para colectivos con especiales dificultades para salir de la situación de desempleo: parados de larga duración, trabajadores maduros, etc. que ha agotado la prestación del nivel contributivo) y empleabilizante o que favorezca la empleabilidad (encomendado a garantizar que estas personas se reinsertan en el mercado de trabajo). Este segundo nivel, si se quiere mantener conectado a la prestación contributiva, debe tener una función distinta, mucho más especializada que el primer nivel.

Lo que de ninguna forma tiene sentido es mantener un sistema de protección de desempleo "asistencial" vinculado a la realización de periodos de cotización mínima (tres o seis meses en función de la existencia de responsabilidades familiares) y, lo que aún es más incoherente, su pervivencia y convivencia con una prestación contributiva que exige 360 días de cotización (en un periodo de seis años) para un mercado de trabajo que se caracteriza por una importante presencia de trabajo atípico. Si el mercado de trabajo, y en especial el español, se caracteriza por el trabajo atípico, el sistema de protección por desempleo debe adecuarse a dicha realidad. Resistirse y negar la evidencia solo convertirá en más injustos los diversos procesos de transición que se deben abordar.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Bibliografía

Altés Tárrega, J. A.; Aradilla Marqués, M. J. y García Testal, E.: "La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022", *Lex Social, Revista de Derechos Sociales,* núm. 2/2022.

Álvarez Cuesta, H.: "Balance y perspectivas del Ingreso Mínimo Vital", *IgualdadES*, 8/2023.

Álvarez Cuesta, H.: "El ingreso mínimo vital en la encrucijada", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021.

Álvarez Cuesta, H.: *Protección social frente a la pobreza*, Bomarzo, Albacete, 2023.

Amaadachou Kaddur, F.: *La prestación no contributiva del Ingreso Mínimo Vital. Configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

Burgos Goye, M. C.: "El sistema de protección social de las rentas autonómicas. disfuncionalidades y retos", en AA.VV.: *Seguridad Social para todos. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, *V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de AESSS*, Laborum, Murcia, 2021.

Camas Roda, F.: "Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo", en VV.AA., *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023.

Carrizosa Prieto, E.: "Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.192, 2016, pp. 203-242.

CC.OO.: *Mercado de Trabajo y Protección Social*, núm. 115/2015. Disponible en: http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe115.pdf.

Conde-Ruiz, J. I. y Lahera Forteza, J.: "Retos Futuros del Mercado de Trabajo en España", *Fedea Policy Paper,* 2023/05.

De la Fuente Lavín, M., y Bernat Zubiri Rey, J.: "La reforma laboral de 2021 en España, cambio de tendencia en la regulación de la contratación temporal", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo-Laborum,* núm. 3, 2022.

De Nieves Nieto, N.: "Ingreso mínimo vital y renta activa de inserción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020.

EAPN España: *XII Informe. El Estado de Pobreza. Seguimiento de los Indicadores de la Agenda UE 2030 (2015-2022*), 2022. Documento disponible en: https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/informe-2022-primera-parte-informe-general.pdf.

Eurofound: *Labour market change: Trends and policy approaches towards flexibilisation*, Challenges and prospects in the EU series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.

Eurofound: *Mapping youth transitions in Europe*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014.

Eurofound: *New forms of employment: 2020 update*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg. 2020.

Eurofound: *Working time patterns for sustainable work,* Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.

EurWORK, *Flexible forms of work: "very atypical" contractual arrangements*, Eurofound, 2010.

Fernández Orrico, F. J.; González Martínez, J. A. y Pagán Martín-Potugués, A.: "Las rentas mínimas autonómicas y su interrelación con el ingreso mínimo vital", en AA.VV.: *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.

Florczak, I. y Otto, M.: "Precarious work and labour regulation in the EU: current reality and perspectives", en Kenner J.; Florczak I.; Otto M.: *Precarious work: The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar Publishing, UK, 2019.

Gala Durán, C.: "La protección por desempleo contributiva: ¿la reforma pendiente?", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

Gómez Gordillo, R.: "El ingreso mínimo vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo y sus modificaciones", *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020.

González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *El ingreso mínimo vital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ILO: *Non-Standard Employment Around The World. Understanding Challenges, shaping Prospects*, Geneva, 2016.

Jacqmain, J.: *Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad* (De 1/9/2017 a 31/8/2018), *Femeris*, vol. 4, n. 2.

Jalil Naji, M.: "La trasposición de la Directiva 2019/1152: ¿Una oportunidad para intervenir en la precariedad asociada a la ordenación jurídica del tiempo de trabajo?, en Kahale Carrillo, D. T. (coord.): *Congreso Internacional "Retos interdisciplinares en el entorno de la industria 4.0",* 2021.

Martín Rodríguez O.: "Flexibilidad y distribución del tiempo de trabajo. Especial referencia al caso español", *Revista Latinoamericana de Derecho Social,* núm. 25, julio-diciembre 2017.

Merino Segovia, A.: "La vulnerabilidad social desde la perspectiva del empleo y la protección social", en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023.

Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A. R.: *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2021.

Observatorio de las Ocupaciones: *Tendencias del Mercado de Trabajo en España,* SEPE, Madrid, 2023.

OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada, en busca de un futuro mejor*, 2022. Disponible en: https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS_842103/lang--es/index.htm.

Pérez del Prado, D.: "La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades", *LABOS - Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 4/2023.

Quintero Lima, G.: "La desprecarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 473, 2023.

Quintero Lima, G.: "Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras", *Iuslabor*, núm. 3/2022.

Riesgo Gómez, V.: "Aprovechando y expandiendo la hiperflexibilización del empleo. El modelo Uber en España", *EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencias Sociales,* núm. 59, septiembre-diciembre, 2023.

Rodríguez-Piñero Royo M. y Pérez Guerrero, M. L.: "La armonización del trabajo atípico en la Comunidad Europea: De la Directiva 2008/104/CE a la reforma laboral en España", en *Derecho de la Unión Europea y Reformas del Ordenamiento Jurídico Español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2011.

Sánchez-Rodas Navarro, C., "El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho español y comunitario", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 37, 2002.

Tortuero Plaza, J. L.: "La protección por desempleo asistencial y otras políticas de protección por desempleo, en VV.AA.: *Empleo y Protección Social XXXIII (Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social),* Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023.

USO: "Un breve análisis socioeconómico: contratación, empleo y salarios", 2023, p. 3. Documento disponible en https://www.uso.es/wp-content/uploads/2023/06/sindicato-uso-estudio-analisis-laboral-2019-2021-2023.pdf.

Vicent Valverde, L.: "Tiempos de precariedad. Una mirada multidimensional a la cuestión precaria", *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm. 140, 2017/18.

Viqueira Pérez, C.: "El Sistema de Protección Social ante las situaciones de exclusión: exclusión social y desempleo", *Documentación Laboral*, núm. 104/2015, vol. II.

VV.AA.: *El ingreso mínimo vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 36 - 70
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Los/as trabajadores/as de plataforma en el marco del Derecho europeo*

PLATFORM WORKERS WITHIN THE EU LAW

Tania Bazzani
Associate Professor
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Faculty of Law
bazzani@europa-uni.de 0000-0001-9109-1953

Recibido: 10.10.2023 | Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

Este artículo trata de entender el camino de las instituciones europeas para reforzar la protección de los trabajadores de plataformas y lo que significaría introducir una definición europea de trabajador. Para ello, se revisará la principal jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa al concepto de trabajador, el intento de definición legal de trabajador a nivel europeo, las directrices de la Comisión Europea para la regulación del régimen jurídico de determinados tipos de autónomos y, por último, la propuesta de directiva para los trabajadores de plataformas.

PALABRAS CLAVE

Trabajadores/as de plataforma
Unión europea
Clasificación jurídica
Nivel mínimo de derechos
Definición europea de trabajador/a

ABSTRACT

This article seeks to understand the path of the European institutions to strengthen the protection of platform workers and what it would mean to introduce a European definition of a worker. To do so, it will review the main case law of the Court of Justice of the European Union concerning the concept of worker, the attempt at a legal definition of worker at European level, the European Commission's guidelines for the negotiation of certain self-employed persons and, finally, the proposed directive for platform workers.

KEYWORDS

Platform work
European union
Legal classification
Floor of rights
European definition of worker

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al presupuesto, para el curso académico 2022/2023, del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Málaga.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. CLASIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SOLUCIONES
A. El papel de los algoritmos y los poderes de los empresarios
1. *El concepto de trabajador: diferentes niveles*
2. *Trabajadores en el contexto de una economía social de mercado altamente competitiva*
3. *El concepto de trabajador en la jurisprudencia de la ue*
B. La propuesta de directiva europea
III. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El uso de plataformas está dando lugar a nuevas formas de empleo, que plantean interrogantes sobre la naturaleza jurídica de la relación con los beneficiarios del trabajo: se trata de empleadores o clientes: ¿los trabajadores son autónomos o por cuenta ajena? Para responder a estas preguntas es necesario analizar los casos concretos, porque los trabajadores de plataformas no son todos iguales.

En general, los trabajadores de plataformas son aquellos que ofrecen su trabajo a través de una plataforma, ya sea prestando su trabajo en línea, o fuera de línea, en la vida real[1].

En algunos casos son empleados, en otros autónomos y en otros pueden ser falsos autónomos. También existen, en algunos Estados miembros, categorías intermedias[2] que reconocen ciertos derechos de los asalariados a los trabajadores autónomos en situación de "dependencia económica" o en situaciones en las que su posición en el mercado no es la típica de un trabajador autónomo.

Sin embargo, la cuestión fundamental sigue siendo que la clasificación jurídica de estos trabajadores marca su acceso a una serie de derechos más o menos intensos. Además, muchos trabajadores que trabajan a través de la plataforma no disfrutan de condiciones laborales dignas.

A nivel europeo, se presentó una propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales con el objetivo de dar respuesta a los problemas más comunes en este ámbito. De hecho, 5,5 millones están erróneamente clasificados como autónomo, y, en cualquier caso, la situación general de los trabajadores de los trabajadores de plataformas es preocupante por la inadecuada protección social y económica.[3]

1. De Stefano, V.: "The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy", *Comparative Labor Law & Policy Journal, 37/2015.*
2. Perulli, A.: "The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee", *European Labour Law Journal*, 11(2), 2021, 117-130.
3. https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/#why%20new%20rules%20platform%20work.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

La directiva propuesta parece coherente con el marco jurídico europeo general y con algunas soluciones sugeridas en la literatura pertinente.

Al mismo tiempo, la propuesta, que –entre otras cosas – establecería las condiciones en las que los trabajadores de plataformas deben ser considerados trabajadores por cuenta ajena, renuncia al anterior intento de la Comisión Europea de introducir una definición de trabajador a nivel europeo, y no sólo para los trabajadores de plataformas.

Este artículo trata de entender el camino de las instituciones europeas para reforzar la protección de los trabajadores de plataformas y lo que significaría introducir una definición europea de trabajador.

En la primera parte de este artículo exponemos los problemas actuales de la clasificación jurídica del trabajo de plataforma y diferentes soluciones para reforzar la protección de estos trabajadores, subrayando también el papel de los algoritmos y los poderes de los empresarios en el trabajo de plataforma.

En la segunda parte se describe la relación entre las definiciones nacionales de trabajador por cuenta ajena y el concepto europeo de trabajador, mostrando la independencia entre ambos niveles y, simultáneamente sus puntos de encuentro, evidente en el contexto del mercado único. Por tanto, en la tercera parte se aborda el aspecto de la clasificación de los trabajadores en el marco de una economía de mercado altamente competitiva, útil para comprender el significado de introducir una definición europea de trabajador como condición para evitar el *dumping* social.

En la cuarta parte, se expondrá el intento fallido de la Comisión Europea de introducir una definición de trabajador a escala de la UE y en la quinta parte del artículo, se explicarán los aspectos fundamentales del concepto de trabajador, desarrollados por el Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea.

Por último, se describirá la propuesta de directiva para proteger a los trabajadores de plataformas, así como una importante intervención en favor de la negociación colectiva para los autónomos, resumiendo los avances y lo que aún queda por hacer para garantizar una protección adecuada a los trabajadores de plataformas.

II. CLASIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SOLUCIONES

Los Estados Miembros (EM) adoptan soluciones diferentes para clasificar las formas de trabajo nuevas y atípicas, exponiendo así su posición en el mercado interior a riesgos de dumping social, con repercusiones negativas en la libertad de circulación y la competencia leal. Es decir, unas condiciones de trabajo inferiores en un EM actúan como barrera para que los trabajadores se desplacen a ese Estado; y, por tanto, constituyen una barrera a la libertad de circulación. Del mismo modo, unas condiciones de trabajo inferiores pueden conducir al dumping social, ya que los empresarios subcontratan empresas con costes más bajos, deslocalizando así su producción.

Los debates académicos ponen de relieve dos factores clave que cuestionan las clasificaciones de los trabajadores. En primer lugar, las fronteras entre empleo por

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

cuenta ajena y por cuenta propia se están difuminando, lo que plantea dudas sobre los *status* jurídicos de determinados trabajadores y la normativa que debe aplicarse. En la actualidad, sólo cuando un trabajador es considerado asalariado en virtud de la legislación nacional, puede acceder a la protección laboral tradicional y más amplia.

En segundo lugar, otro fenómeno complica aún más el panorama: el falso trabajo por cuenta propia, que es el resultado del uso indebido de la normativa para evitar costes laborales. En este caso, podría ser difícil para los trabajadores ser reconocidos como empleados por sus clientes: existe el riesgo de que el Tribunal tome una decisión negativa, debido a la falta de claridad sobre el estatus legal de las nuevas formas de trabajo; además, los considerables costes legales desalientan las acciones legales de los trabajadores[4].

Según Risak y Dullinger[5] existen dos tipos de opciones para proporcionar una protección adecuada a las nuevas formas de trabajo. En primer lugar, crear una tercera categoría de trabajador (además de por cuenta ajena y por cuenta propia). En segundo lugar, redefiniendo el concepto de trabajador por cuenta ajena, de dos maneras posibles: (i) a través de una interpretación más amplia del concepto de trabajador por parte del TJUE; (ii) incluyendo explícitamente definiciones que vayan más allá de la noción de trabajador.

En cuanto a la propuesta de introducir una tercera categoría a escala de la UE, Waas[6], por ejemplo, sugiere el caso alemán de los empresarios individuales como inspiración para diseñar una nueva categoría.

Durante décadas, una "*tercera categoría*" de trabajador ha sido adoptada progresivamente en varios Estados miembros con el fin de ampliar determinados derechos laborales a aquellos trabajadores autónomos considerados económicamente dependientes. Por lo tanto, es posible pensar en una iniciativa similar a escala de la UE[7].

Por un lado, la categoría intermedia puede garantizar el reconocimiento de derechos laborales seleccionados, en comparación con el *status* de trabajador asalariado[8]. Sin embargo, por otro lado, el concepto de "trabajo económicamente dependiente" –normalmente utilizado para crear la tercera categoría– también podría tener efectos negativos, atrayendo a todas las nuevas formas de empleo bajo su paraguas –nuevas formas de empleo que se caracterizan por malas condiciones de trabajo, perspectivas de carrera inciertas y no continuidad del empleo[9]–, lo que podría crear un riesgo de estratificación en la regulación. Además, los riesgos de la tercera categoría también podrían extenderse a los trabajadores que en realidad son asalariados, pero que podrían ser clasificados erróneamente como autónomos dependientes; podría existir

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

4. Cherry, M. A.: "Regulatory options for conflicts of law and jurisdictional issues in the on-demand economy", *ILO Conditions of Work of Employment Series,* n. 106, 2019.

5. Risak, M. & Dullinger, T.: *The concept of 'worker' in EU law. Status quo and potential for change.* ETUI. Report 140, 2018.

6. Waas, B.: "The Position of Workers in the Collaborative Economy –A view on EU law". In Singer, R. & Bazzani, T. (eds.): European Employment Policies: Current Challenges (97-121). BWV Berliner Wissenschafts-Verlag. 2017

7. Cherry, M. A.: "Regulatory options…", op. cit.

8. De Stefano, V. & Aloisi, A.: "European legal framework for "digital labour platforms". *JRC.* 10.2760/78590, 2018.

9. Sciarra, S.: *The Evolution of Labour Law (1992-2004).* Employment and social affairs. European Commission, 2005.

un incentivo para que los empresarios clasifiquen erróneamente a los asalariados efectivos debido a la menor protección laboral que se concede a los trabajadores de la categoría intermedia. Esta clasificación errónea se ve facilitada por el uso de las nuevas tecnologías en el ejercicio de las facultades del empresario. Si buscamos ejemplos de gestión automática, parece que, aunque los algoritmos son presentados por los propietarios de plataformas como una forma de prestar un servicio a los trabajadores autónomos, que pueden acceder tanto a la plataforma como a los clientes finales, en realidad son una forma de que los empleadores ejerzan sus poderes de control y vigilancia.

Los algoritmos están de hecho absorbiendo muchas funciones organizativas que tradicionalmente desempeñarían los directivos[10]. La gestión algorítmica ofrece muy pocas posibilidades a los trabajadores –incluso a los autónomos– de decidir libremente aspectos significativos del trabajo, y puede intensificar el autocontrol[11] aumentando a su vez el estrés y repercutiendo negativamente en la salud y la seguridad de los trabajadores.

A la hora de redefinir los límites entre el derecho laboral y el mercantil, parece especialmente interesante la idea de "*trabajadores semidependientes*"[12], que se centra en el concepto de "*contrato de trabajo personal*". En este caso, un cuerpo unificado de legislación laboral podría aplicarse de forma deseable tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los autónomos dependientes en virtud de una reconceptualización del contrato de trabajo. [13] La idea del "contrato de trabajo personal" ha sido desarrollada por otros autores[14] a nivel nacional, y también comunitario[15].

En particular, Countouris y De Stefano proponen la idea de una "relación laboral personal", que se basa en el hecho de que muchos trabajadores autónomos no disfrutan realmente de ninguna autonomía en la prestación de su trabajo. La idea de una "relación laboral personal" podría utilizarse para definir el ámbito de aplicación personal de la legislación laboral como aplicable a cualquier persona que sea contratada por otra para proporcionar mano de obra, a menos que esa persona esté realmente explotando una empresa por cuenta propia. Los autores creen que el concepto de "dirección" (bajo una estricta prueba de control y subordinación) podría ser inadecuado para garantizar que la definición de trabajador incluya a aquellos trabajadores autónomos en una posición contractual débil, que precisamente necesitan protección

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

10. Cherry, M. A.; "Regulatory options…", op. cit.

11. Mazmanian, M.; Orlikowski, W. J.; Yates, J. "The Autonomy Paradox: The Implications of Mobile Email Devices for Knowledge Professionals", *Organization Science* 24, 5 (October 2013): 1337–1357, Institute for Operations Research and the Management Sciences (INFORMS).

12. Freedland, M.: *The Personal Employment Contract*, Oxford Scholarship Online. 10.1093/acprof:oso/9780199298631.001.0001, 2003.

13. Este concepto plantea la cuestión de si un contrato de trabajo personal podría favorecer, o impedir, la reunificación del Derecho laboral. Esta cuestión se debate en Deakin (2007).

14. Ewing, K. D., Hendy, J. & Jones, C.: *A manifesto for labour law: towards a comprehensive revision of workers' rights*. IER, 2016.

15. Countouris, N.: *An Autonomous EU definition of 'Worker' - Pitfalls and Opportunities for the European Labour Movement*'. ETUC, 2015 y De Stefano, V.: "The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy", *Comparative Labor Law & Policy Journal, 37/2015.*

a través de, por ejemplo, la negociación colectiva. Por este motivo, los autores proponen una definición alternativa de trabajador centrada en el trabajo personal, capaz de incluir los principales aspectos de la decisión KNV Kunsten (se vea en el párrafo V).

Como contrapartida, Countouris y De Stefano también prevén limitaciones. Los autores prevén la posibilidad de exclusiones del concepto de trabajo personal y de la protección laboral relacionada, en particular para aquellos trabajadores autónomos que realmente explotan un negocio por cuenta propia.

La idea de la relación laboral personal también parece especialmente eficaz para abordar los posibles conflictos entre la legislación de la UE en materia de competencia y la posibilidad de que los autónomos accedan a la negociación colectiva. En efecto, los trabajadores autónomos se consideran una "empresa"[16], por lo que los convenios colectivos de los autónomos se considerarían una fijación de precios y, por tanto, un menoscabo de la competencia en el mercado interior. Este problema se ha debatido ampliamente en los últimos años y se erigieron en el centro de estos debates[17]. Sin embargo, la ausencia de un convenio colectivo que garantice unas condiciones mínimas para los autónomos podría aumentar el riesgo de dumping social o de sustitución con trabajadores que impliquen menos costes[18]. El estudio de Lianos en este sentido sugiere adoptar cuatro estrategias principales para conciliar los diferentes enfoques del Derecho de la competencia y del Derecho laboral:

— Adoptar un análisis caso por caso y diseñar de forma realista los límites entre trabajadores y autónomos.
— Excluir algunas categorías de falsos autónomos del ámbito de aplicación de la legislación sobre competencia.
— Ampliar la categoría existente de "trabajadores", con el fin de incluir exenciones a la ley de competencia.
— Reinterpretar el concepto de restricción de la competencia a través de las lentes de la "economía social de mercado", así como de la negociación colectiva a escala de la UE.

En concreto, según los autores, "los convenios colectivos que cubren a los trabajadores, incluidos los trabajadores autónomos que prestan trabajos y servicios personales, deberían estar exentos de la aplicación de la legislación de la UE en materia de competencia si persiguen el objetivo o protegen las condiciones mínimas de empleo, así como los efectos de restricción de la competencia que son meramente consecuentes e inherentes a la consecución de dichos objetivos"[19]. Así, proponen ampliar

16. Art. 101 TFUE.

17. Aloisi, A.:"Negotiating the digital transformation of work: Non-standard workers' voice, collective rights and mobilisation practices in the platform economy" *EUI Working Papers, 2019,* http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3404990 y Ales, E.; Curzi Y.; Fabbri, T.; Rymkevich, O.; Senatori, I.; Solinas, G.: *Working in digital and smart organizations.* Palgrave Macmillan, 2018.

18. Lianos, I.; Countouris, N. & De Stefano, V.: "Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market", *European Labour Law Journal,* 10(3), 2019.

19. Lianos, I..; Countouris, N. & De Stefano, V.; "Re-thinking...", op. cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

el concepto de trabajador a aquellos "trabajadores autónomos que prestan trabajos y servicios personales en sectores e industrias en los que la ausencia de un convenio colectivo que cubra sus condiciones de empleo puede debilitar significativamente la posición negociadora de los trabajadores en la industria al plantear un riesgo de dumping social o de sustitución"[20].

La supuesta imposibilidad de que los trabajadores autónomos puedan negociar colectivamente mejores condiciones de trabajo porque se les considera "empresas" se enfrenta al problema de que los trabajadores autónomos, al hallarse en una posición contractual débil, no tienen garantizado que puedan disfrutar de unas condiciones propias del trabajo decente. Frente a esta situación, la Comisión Europea responde adoptando sus propias Directrices sobre la aplicación de la legislación de la UE en materia de competencia a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos. Estas Directrices aclaran cuándo determinados autónomos pueden asociarse para negociar colectivamente mejores condiciones laborales sin incumplir las normas de competencia de la UE.[21]

A. El papel de los algoritmos y los poderes de los empresarios

Al considerar la redefinición de un concepto de trabajador, deben abordarse dos aspectos.

En primer lugar, la importancia de los algoritmos y otras modalidades tecnológicas debería tenerse en cuenta en una posible definición de trabajador a escala de la UE, ya que tienden a ser cada vez más relevantes en el ejercicio de los poderes de dirección. Por ejemplo, al decidir sobre el asunto Uber, el TJUE destacó el poder de la empresa para tomar decisiones y controlar la conducta de los pasajeros mediante algoritmos[22], que pueden considerarse elementos causantes de la imposibilidad de que los trabajadores determinen de forma independiente su propia conducta en el mercado (siguiendo el lenguaje del asunto KNV Kunsten).

En segundo lugar, para identificar al sujeto obligado al cumplimiento de las obligaciones laborales, comúnmente atribuible al concepto de empleador, es necesario ir más allá de la visión tradicional y tener en cuenta a aquellos sujetos que ejercen facultades típicamente patronales a pesar de tener formas organizativas atípicas. Por ello, con el objetivo de entender quién es el sujeto responsable de las obligaciones basadas en el contrato de trabajo –imprescindible para garantizar los derechos laborales–,

20. *Ibidem.*

21. Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados 2022/C 374/02. La Comisión requiere que se reúnan las siguientes condiciones para que el convenio colectivo no infrinja al artículo 101 TFUE: (i) Ser persona que trabaja por cuenta propia (autónomo) sin trabajadores a su cargo; (ii) Ser autónomo económicamente dependiente, lo que significa trabajar exclusiva o fundamentalmente para una sola empresa; (iii) Trabajar junto con los trabajadores por cuenta ajena (asalariados); (iv) Que el trabajador autónomo se encuentre en una posición negociadora débil frente a una contraparte que posea un cierto nivel de fortaleza económica.

22. C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain,* 2018.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

los estudiosos sugieren centrarse en la estructura organizativa de la empresa o en la función directiva que proporciona directrices para valorar si, en cada caso concreto, se ejercen las facultades típicas del empleador[23]. De este modo, en lugar de fijarse en quién es el trabajador, se trata de centrarse en quién es el empresario (o, en todo caso, el responsable de las obligaciones laborales, como el pago del salario, el reconocimiento de los derechos laborales, etc.). Este enfoque muestra una comprensión de la transformación de las estructuras patronales y sus formas de ejercer el poder: de una estructura jerárquica y centralizada, a estructuras y actividades económicas descentralizadas. De este modo, el alcance de los poderes patronales se extiende más allá de los límites de la empresa, como destacan Corazza y Razzolini[24] al hablar de los grupos de empresas, la externalización y la subcontratación[25]. Esta complejidad debe tenerse en cuenta a la hora de rediseñar una categoría de empleado, y paralelamente debe rediseñarse el concepto de empresario.

1. *El concepto de trabajador: diferentes niveles*

A escala de la UE, existen diferentes definiciones de "trabajador", en función del ámbito aplicable de la legislación comunitaria[26]. Por un lado, el Derecho primario de la UE (los Tratados y la Carta) hace referencia a un concepto comunitario de trabajador enmarcado en la libertad de circulación. Por otro lado, el Derecho derivado (por ejemplo, las directivas) se caracteriza por conceptos heterogéneos de trabajador. La coexistencia de diferentes definiciones y conceptos de "trabajador" es especialmente significativa porque una determinada definición puede ampliar o restringir el ámbito de aplicación personal de una directiva, incluyendo o excluyendo a determinados trabajadores de su ámbito de aplicación y, por tanto, de los derechos que reconoce. En el ámbito del Derecho laboral, en particular, algunas directivas hacen referencia a un concepto comunitario de "trabajador" y otras a las definiciones nacionales de "trabajador".

Cuando las directivas hacen referencia a un concepto comunitario de trabajador,[27] se refieren a la interpretación del concepto de "trabajador" que ha desarrollado a lo largo de los años el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), actualmente Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

23. Prassl, J. *Humans as a service: The promise and perils of work in the gig economy*. OUP Oxford, 2018.

24. Corazza, L. & Razzolini, O.: "Who is an employer?", in Finkin, M. W. & Mundlak, G. (eds.): *Research Handbook in Comparative Labor Law*. Edward Elgar Publishing, 2015.

25. Véase también el interesante trabajo de Ratti, L.: "Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective". *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 30, 2009, 835-874 and Ratti, L.: "Online platforms and crowdwork in Europe: A two step approach to expanding agency work provisions". *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 38(2), 2018, 477-511.

26. Por ejemplo, en virtud del Reglamento de coordinación de los sistemas de seguridad social (Reglamento CEE) n. 1408/71, que se aplica a los trabajadores que se desplazan de un Estado miembro a otro para trabajar, el trabajador se define como la persona que está asegurada contra uno de los riesgos enumerados en el Reglamento. La versión consolidada del Reglamento (1/5/2010) adaptó dicha definición tanto para el "trabajador por cuenta ajena" como para el "trabajador por cuenta propia".

27. Por ejemplo, Directiva sobre trabajadores desplazados 96/71/CE.

De hecho, aunque no existe una definición de "trabajador" en la legislación de la UE, el Tribunal ha producido un cierto número de decisiones de las que se puede extraer un concepto de "trabajador" a nivel de la UE; lo cual es clave para los tribunales nacionales a la hora de aplicar el Derecho de la UE[28].

Cuando las directivas hacen referencia a un concepto nacional de "trabajador"[29], el ámbito de aplicación de tales directivas depende de la definición que cada Estado miembro adopte en su ordenamiento jurídico, y no está vinculado a ninguna especificación de la UE.

Sin embargo, hay dos aspectos que deben tenerse en cuenta cuando las directivas hacen referencia a los ordenamientos nacionales. En primer lugar, el TJUE tiende a ampliar la interpretación de las directivas hacia un concepto comunitario de trabajador para garantizar la eficacia práctica del Derecho de la UE. Por ejemplo, en el caso Betriebsrat der Ruhrlandklinik, si bien la Directiva que debe interpretarse se refiere al concepto de "*trabajador*" como toda persona que, en el Estado miembro de que se trate, esté protegida como trabajador en virtud del Derecho laboral nacional, según el Tribunal de Justicia, las disposiciones de la Directiva "no pueden interpretarse como una renuncia por parte del legislador de la UE a su propia facultad de determinar el alcance de dicho concepto a efectos y, en consecuencia, el ámbito de aplicación *rationae personae* de dicha Directiva"[30],.

En segundo lugar, las características de las definiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros, aunque todas diferentes entre sí, tienden a converger en lo que respecta a conceptos fundamentales, como "la subordinación (personal), el control o la realización del trabajo bajo la dirección de un empleador"[31]. Las definiciones nacionales también se caracterizan todas por el hecho de que '*the bulk of labour law protections remains confined to employees working under the direction and control of an employer', "*el grueso de las protecciones de la legislación laboral sigue limitándose a los empleados que trabajan bajo la dirección y el control de un empleador"[32].

En cambio, un concepto de "trabajador" en la UE es más inclusivo, amplio y extenso que las definiciones nacionales, porque puede incluir formas de empleo no contempladas en el Derecho nacional. Es decir, a nivel europeo no existen figuras intermedias entre la subordinación y la autonomía[33], y el TJUE ya ha interpretado formas de

28. El TJUE se refirió explícitamente al "término "trabajador por cuenta ajena" a efectos del Derecho de la UE" en TJUE, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, Párrafo 34; TJUE, C-428/09, Union syndicale Solidaires Isère v Premier ministre and Others [2010] ECLI:EU:C:2010:612, Párrafo 28; TJUE, C-216/15 Betriebsrat der Ruhrlandklinik, Párrafo 32.

29. Como en el caso de las tres directivas basadas en acuerdos con los interlocutores sociales: Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial, 97/81/CE; Directiva sobre el trabajo de duración determinada, 1999/70/CE; Directiva sobre el permiso parental, 2010/18/UE.

30. TJUE, C-216/15 Betriebsrat, Párrafo 32. También en TJUE, C-256/0, Allonby v Accrington & Rossendale College, EU:C:2004, al interpretar el artículo 141 CE, el Tribunal de Justicia reconoció que el concepto de "trabajador no puede definirse en función de las legislaciones de los Estados miembros, sino que tiene un sentido comunitario. Además, no puede interpretarse restrictivamente" (Allonby, Párrafo 66).

31. Countouris, N.: *An Autonomous EU definition of 'Worker' - Pitfalls and Opportunities for the European Labour Movement'*. ETUC, 2015 y De Stefano, V. & Aloisi, A.: "European legal framework for "digital labour platforms". *JRC.* 10.2760/78590, 2019.

32. *Ibidem.*

33. *Ibidem.*

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

empleo atípicas (trabajo intermitente,[34] a tiempo parcial,[35] actividades de formación en prácticas[36], etc.) como comprendidas en el concepto de trabajo cuando esas formas de empleo cumplen los criterios ya señalados en las decisiones del TJUE[37].

Además, el concepto de trabajador de la UE resultante de las decisiones del TJUE no sólo es diferente, sino también independiente de las definiciones nacionales, como ha reconocido varias veces el Tribunal. En efecto, se afirma que "la naturaleza jurídica de una relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener ninguna consecuencia sobre un trabajador a efectos del Derecho de la UE"[38]. Así, una persona considerada autónoma en virtud de la legislación nacional podría ser considerada trabajadora en virtud de la legislación de la UE y, por tanto, tener acceso a derechos específicos establecidos a escala comunitaria.

A nivel europeo, el TJUE ha desarrollado un concepto de trabajador que es aplicable independientemente de la clasificación nacional como asalariado, autónomo o de tercera clase. Yo misma, con dos colegas sociólogos, sugerimos una ampliación de este concepto para tener en cuenta los estudios de estudiosos anteriores y también la referencia al uso de algoritmos o cualquier herramienta digital que pueda utilizarse para ejercer el control y la supervisión directiva.

Esto podría permitir a los trabajadores de plataformas disponer del mínimo necesario para garantizar un trabajo digno, apoyando una mayor protección de la legislación laboral.

2. *Trabajadores en el contexto de una economía social de mercado altamente competitiva*

En un contexto en constante cambio caracterizado por transformaciones disruptivas y muy bruscas, ¿cómo debería evolucionar el trabajo en el contexto de una "economía social de mercado"? Es interesante plantear esta pregunta especialmente porque los modelos económicos empleados por las plataformas, "se basan en el *dumping* social" y "suponen una competencia desleal para las empresas tradicionales de cada sector"[39].

Asimismo, estas plataformas conllevan el riesgo de crear nuevas formas de precariedad, debido a la falta de protección social adecuada, transparencia y previsibilidad en las condiciones de trabajo, así como al uso poco claro de la gestión algorítmica[40]. Estos modelos y factores pueden repercutir negativamente en el objetivo de crear un merca-

34. STJUE, 21 junio 1988, C-197/86, Brown, parr. 21– 22.
35. STJUE, 23 marzo 1982, C-53/81, Levin, par. 16; 3 junio 1986, C-139/85, Kempf, par. 10.
36. STJUE, 17 marzo 2005, C-109/04, Kranemann, par. 13; 9 Julio 2015, C-229/14, Balkaya, par. 52.
37. Para las características atípicas de la relación laboral, véase el ejemplo de STJUE, C-316/13 Gérard Fenoll v Centre d'aide par le travail 'La Jouvene' and Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon, ECLI:EU:C:2015:200.
38. STJUE, febrero 21, 2018, C-518/15, Matzak, par. 29. En el mismo Párrafo, el Tribunal se refiere a la "sentencia de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, C-116/06, UE:C:2007:536, Párrafo 26 y la jurisprudencia citada".
39. ETUC: "Legal feasibility of the ETUC proposal". Document written by J. Brockmann, M.-C. Escande Varniol, C. Nicod and D. Pérez del Prado, under contract of the ETUC project on (grant agreement VP/2018/006/0090) "Establishing workers representation and social dialogue in the platform and app economy", 2021.
40. Sanz de Miguel, P.; Bazzani T. and Arasanz J.: *The definition of worker in the platform economy. Exploring workers' risks and regulatory solutions*, 2021, European Economic and Social Committee: https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-286-en-n_0.pdf.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

do interior justo y pueden aumentar las vulnerabilidades de los trabajadores de plataformas, que se hicieron más visibles durante la pandemia. Si, por un lado, muchos trabajadores de plataformas siguieron trabajando durante la pandemia, por otro, la falta de dispositivos de salud y seguridad los expuso a un alto riesgo de contagio. Además, a los que no podían trabajar, a menudo no se les garantizaba ningún subsidio de desempleo ni ningún otro tipo de ayuda, como ocurría también con otras formas de trabajo atípico.

La concepción del mercado interior de la UE está estrechamente relacionada con la concepción de trabajador desarrollada hasta ahora por el Tribunal de Justicia.

El concepto de trabajador establecido por el Tribunal de Justicia se ha basado en la libre circulación del trabajador dentro de la UE, uno de los pilares del mercado interior.[41] Sin embargo, como destaca Giubboni[42], este concepto de trabajador, que se refiere a un individuo con derecho a circular y trabajar libremente en el mercado interior, debe integrarse en la dimensión social reforzada de la UE, modificada por el Tratado de Lisboa (que entró en vigor en diciembre de 2009).

En virtud del Tratado de Lisboa, al aplicar el Derecho de la UE, no sólo el TJUE, sino todas las instituciones europeas y los EM están vinculados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 51 CDFUE), que tiene el mismo valor que los Tratados (art. 6 TUE). Esto significa que los derechos fundamentales deben respetarse rigurosamente: deben impregnar necesariamente las decisiones del Tribunal, así como todas las políticas y la legislación de las instituciones europeas. Como tal, el derecho al trabajo, así como todos los demás derechos consagrados en la CDFUE, son derechos fundamentales, y deben ser reconocidos para todos.

Además, según la "cláusula social" (art. 9 TFUE), al definir y aplicar sus políticas y actividades, la UE "tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana". Promover un alto nivel de empleo y, al mismo tiempo, garantizar una protección social adecuada, es el objetivo de un concepto unificado de "trabajador" a escala de la UE, con el fin de proporcionar derechos laborales adecuados a todos los trabajadores de la UE, incluidos los ocupados en formas de trabajo atípicas y nuevas.

La cláusula social (art. 9 TFUE) es especialmente importante a la luz de los objetivos de la Unión Europea. En particular, que la UE fomentará una "*economía social de mercado altamente competitiva*" con el fin de lograr el pleno empleo y el progreso social, así como un nivel de protección elevado (art. 3.3 TFUE). Esto parece coherente con la idea de una intervención para garantizar una base de derechos a todos los trabajadores de la UE, tanto estándar como no estándar. Esta intervención es necesaria para

41. Aunque "la elaboración del TJUE se ha limitado inicialmente al ámbito de la libre circulación de los trabajadores; después, a partir de principios de los años veinte, se ha ocupado del alcance de los derechos laborales previstos por el Derecho primario y derivado de la UE y de la excepción laboral al Derecho de la competencia": Menegatti, E.: "The Evolving Concept of "worker" in EU law", *Italian Labour Law e-Journal*, issue 1, vol. 12. 2019, 71.

42. Giubboni, S.: "Being a worker in EU law" *European Labour Law Journal*, 9(3), 2018, 223-235. https://doi.org/10.1177%2F2031952518791828.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

garantizar un mercado único caracterizado por una competencia leal, evitando cualquier forma de dumping social[43] y respetando la dignidad de todos los trabajadores y su derecho a unas condiciones de trabajo dignas.

En este marco, la introducción de una definición de "trabajador" de la UE, aplicada a todas las directivas de la UE en el ámbito de los derechos laborales, permitiría a la UE combatir la exclusión social y la discriminación, y promover la justicia y la protección sociales, ambos objetivos cruciales consagrados en los Tratados (art. 3.3 TFUE). Esto también sería coherente con el compromiso político asumido por el Consejo de la UE, el Parlamento Europeo y la Comisión cuando declararon y firmaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales en 2017. El Pilar de Derechos Sociales dio lugar a una serie de directivas y reglamentos, incluida la Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles, que también abarca todas las nuevas formas de trabajo.

Por tanto, parece necesaria una intervención de la UE para lograr el objetivo de crear una "economía social de mercado altamente competitiva", en la que la competencia sea leal y transparente, se garantice la claridad jurídica de las plataformas y los trabajadores de las mismas, junto con todos los trabajadores de formas de trabajo nuevas y atípicas, puedan acceder a una protección social adecuada.

3. *El concepto de trabajador en la jurisprudencia de la UE*

Aun no existe una definición de trabajador a nivel europeo. A lo largo de los años el Tribunal de Justicia ha desarrollado un concepto bastante claro de trabajador a través de sus decisiones. De este modo, ha establecido una constelación de características con dos dimensiones principales interconectadas: de un lado, la remuneración del trabajo[44] y el poder de dirección, donde el poder de dirección se refiere principalmente a las instrucciones para realizar el trabajo, las decisiones estratégicas, el control y el poder disciplinario; de otro lado, el acceso al mercado, en el sentido de poder fijar el precio del producto o servicio prestado a los clientes. La forma en que el empresario (o tercero) organiza su estructura se inspira en estas dos dimensiones, proporcionando así un marco a través del cual puede entenderse si un determinado prestador de servicios forma parte integrante del mismo, o no.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

43. El dumping social debe evitarse en el mercado interior para garantizar una competencia leal. El impacto que la definición de "trabajador" puede tener en el mercado interior en este sentido queda confirmado por la sentencia del TJUE, C-256/0, Allonby contra Accrington & Rossendale College (2004). La preocupación abordada en Allonby era, más concretamente, la de garantizar unas condiciones de competencia no falseadas impidiendo el dumping social. Tras destacar la importancia del principio de igualdad de retribución, que forma "parte de los principios fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario", el Tribunal concluyó que el término trabajador "no puede definirse por referencia a la legislación de los Estados miembros, sino que tiene un significado comunitario"" (Menegatti, E.: "The Evolving Concept of "worker" in EU law", *Italian Labour Law e-Journal*, issue 1, vol. 12. 2019, 71).

44. Remuneración ampliamente interpretada y trabajo que no incluye actividad marginal o auxiliar.

El punto de partida jurídico para determinar las características del concepto comunitario de trabajador es el asunto Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg (1986)[45].

En Alemania, Deborah Lawrie-Blum tenía que asistir a un programa de formación obligatorio para presentarse a un examen estatal necesario para cualificarse como profesora en los gimnasios alemanes. Sin embargo, no fue admitida a esta formación debido a una decisión de la región alemana Land Baden-Württemberg, basada en el hecho de que no era ciudadana alemana. Como era ciudadana británica, recurrió la decisión basándose en la libertad de circulación de los trabajadores en toda la Comunidad Económica Europea[46]. El Estado federado de Baden-Württemberg respondió que la Sra. Lawrie-Blum no podía ser considerada trabajadora y que, por lo tanto, la libertad de circulación de los trabajadores no era aplicable[47]. El asunto se planteó con carácter prejudicial ante el TJCE (ahora TJUE), que ofreció una interpretación de los rasgos cruciales que caracterizan toda relación laboral con arreglo al Derecho de la UE: en primer lugar, que una persona presta servicios bajo la dirección de otra y para otra persona; en segundo lugar, que a cambio recibe una remuneración[48].

En tales condiciones, una persona que participaba en el programa de formación en el Estado federado de Baden-Württemberg era considerada un trabajador por el TJUE, porque recibía una remuneración por sus actividades docentes y estaba sujeta a las directrices de la institución docente al impartir dichas actividades, de acuerdo con el programa previsto para los alumnos. Por lo tanto, denegar a un ciudadano de un EM el acceso al programa de formación para ser profesor en los Gymnasiums alemanes no era posible porque quienes llevan a cabo dicho programa eran considerados "trabajadores" y, por lo tanto, debía respetarse su libertad de circulación.

En este marco, la libertad del trabajador para elegir el tiempo, el lugar y el contenido de su trabajo está limitada por el poder direccional de la otra persona[49]. Pero si nos fijamos en la evolución de la jurisprudencia europea hasta la fecha, luego se añadieron otros aspectos al concepto de trabajador a escala europea. Sin embargo, el Tribunal fue progresivamente más allá de un mero concepto de dirección.

En primer lugar, se reconoció el riesgo comercial del empresario como una característica de la relación laboral, centrándose básicamente en quién es la parte que tiene acceso al mercado final. Esta característica se basó por primera vez en una decisión del TJCE[50] sobre la clasificación jurídica de los trabajadores definidos como pescadores retribuidos "a la parte", es decir, que obtienen su salario compartiendo los beneficios o ingresos brutos del barco pesquero. En concreto, el TJCE estableció que es necesa-

45. Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg, STJUE, (C-66/85).

46. Artículo 48 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

47. El Estado federado de Baden-Württemberg también sostuvo que el artículo 48 incluía una excepción para los trabajadores empleados en el sector público. Sin embargo, el Tribunal explicó que la excepción prevista en el artículo 48 no podía aplicarse en este caso.

48. Tales elementos han sido precisados por el Tribunal de Justicia a través de sus siguientes resoluciones: Menegatti, E.: "The Evolving Concept of "worker" in EU law", *Italian Labour Law e-Journal*, issue 1, vol. 12. 2019.

49. Risak, M. & Dullinger, T.: *The concept of 'worker' in EU law. Status quo and potential for change*. ETUI. Report 140, 2018.

50. STJCE de 14 de diciembre de 1987, The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd., C-3/87, EU:C:1989:650, párrafo 36.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

rio tener en cuenta "todos los factores y circunstancias que caracterizan los acuerdos entre las partes, como, por ejemplo, el reparto de los riesgos comerciales del negocio, la libertad de una persona para elegir su propio horario de trabajo y contratar a sus propios ayudantes. El mero hecho de que a una persona se le pague una "parte" y de que su remuneración pueda calcularse sobre una base colectiva no es de tal naturaleza que prive a esa persona de su condición de trabajador"[51].

En segundo lugar, la relación laboral fue definida por una sentencia del TJCE[52] sobre el estatuto de un grupo de estibadores, centrándose en el hecho de que el trabajador, mientras dura dicha relación, se integra en la empresa del empresario, formando así una unidad económica con ella (hetero organización). En este caso, el Tribunal tuvo que comprender el estatuto de los estibadores, que fueron designados para ocuparse de la recepción y desestiba de mercancías únicamente durante breves períodos, en virtud de contratos de trabajo de duración determinada y para tareas claramente definidas. El Tribunal de Justicia reconoció que "realizan su trabajo para y bajo la dirección de cada una de estas empresas, tal como las interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la definición de "trabajador" en la sentencia Merci, antes citada, apartado 13). Dado que, mientras dura esta relación, están incorporados a las empresas de que se trata y forman, por tanto, una unidad económica con cada una de ellas, los estibadores no constituyen, por sí mismos, "empresas" en el sentido del Derecho comunitario de la competencia" (TJUE 21 de febrero de 2000, p. 1). *'they perform their work for and under the direction of each of those undertakings, as interpreted by the case-law of the Court (see the definition of 'worker' in the Merci judgment, paragraph 13). Since they are, for the duration of that relationship, incorporated into the undertakings concerned and thus form an economic unit with each of them, dockers do not therefore in themselves constitute 'undertakings' within the meaning of Community competition law'* (CJEU February 21, 2018, C-518/15, Matzak, par. 29).

La inserción en una parte específica de la actividad de la empresa identifica y califica la relación laboral como de naturaleza subordinada, lo que la distingue adecuadamente de los servicios prestados en régimen autónomo o por cuenta propia.

Este elemento se desarrolla en la sentencia Allonby, en la que el Tribunal destaca "*la* 'hetero organización' del empresario, por encima del criterio tradicional de 'dirección', haciendo relevante 'el alcance de cualquier limitación de la libertad [de los trabajadores] para elegir su horario, y el lugar y contenido de su trabajo'; y excluye que pueda concederse relevancia alguna al *'the fact that no obligation is imposed on [workers] to accept an assignment'* hecho de que no se imponga a [los trabajadores] ninguna obligación de aceptar un encargo"[53].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

51. STJE de 14 de diciembre de 1987, The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd., C-3/87, EU:C:1989:650, párrafo 36.

52. STJCE de 16 de septiembre de 1999, Proceso penal contra Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV y Adia Interim NV, C-22/98, EU:C:1999:419, párrafo 26.

53. Menegatti, E.: "The Evolving Concept of "worker" in EU law", *Italian Labour Law e-Journal*, issue 1, vol. 12. 2019.

En cambio, es crucial comprender si la independencia de los proveedores independientes –así definida a nivel nacional – es limitada y en qué medida, si están en una relación de subordinación con la persona que recibe los servicios[54].

Por lo tanto, independientemente de la definición nacional del estatuto de la persona, en virtud del Derecho de la UE, un trabajador está integrado en la empresa del empresario y forma una unidad económica con ella (por ejemplo, STJUE 4 de diciembre de 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media). Está "hetero organizado", aunque también podría no estar estrictamente "hetero dirigido" (es decir, sujeto al poder directivo del empresario).

La sentencia FNV Kunsten Informatie en Media supuso otro paso fundamental en la definición de las relaciones laborales. Este asunto es especialmente importante porque introdujo el concepto de "falso autónomo" y sugirió así una solución a los posibles conflictos entre la legislación laboral y de competencia de la UE. Además, esta decisión es significativa cuando se trata de formas de trabajo nuevas y atípicas, y por esta razón es especialmente relevante para definir al trabajador a escala de la UE.

En la sentencia FNV Kunsten Informatie en Media, un sindicato que representaba a músicos negoció un convenio colectivo con una organización que representaba a orquestas en los Países Bajos. El ámbito de aplicación de este convenio incluía no sólo a los músicos que tenían la condición de asalariados, sino también a los músicos autónomos que trabajaban como sustitutos en caso de que otro músico cayera enfermo, etcétera. Este caso planteaba un conflicto con la legislación de competencia de la UE, ya que ser autónomo se considera una empresa por derecho propio en la legislación de la UE en virtud del artículo 101, apartado 1, del TFUE[55], donde se consideraría que un convenio colectivo para los autónomos fija los precios y, por tanto, perjudica la competencia en el mercado interior[56]. Sin embargo, en este asunto, el Tribunal de Justicia se remitió a la observación del Abogado General[57] de que "en la economía actual no siempre es fácil determinar la condición de "empresa" de algunos contratistas autónomos, como los sustitutos de los músicos controvertidos en el litigio principal"[58]. En efecto, según el TJUE, los sustitutos en el asunto examinado son en realidad "falsos autónomos", "es decir, prestadores de servicios en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena[59]. Por lo tanto, un "convenio colectivo de trabajo, en la medida en que fija unos honorarios mínimos para los prestadores de servicios

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

54. STJUE, C-256/0, Allonby v Accrington & Rossendale College (2004), párrafos 68 y 72.
55. "(...) el Tribunal de Justicia ha declarado que los convenios celebrados en el marco de la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores y que tienen por objeto mejorar las condiciones de empleo y de trabajo deben considerarse, por su naturaleza y finalidad, no comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias Albany, UE:C:1999:430, Párrafo 60; Brentjens', UE:C:1999:434, párrafo 57; Drijvende Bokken, UE:C:1999:437, Párrafo 47; Pavlov and Others, C-180/98 y C-184/98, UE:C:2000:428, párrafo 67; van der Woude, UE:C:2000:475, Párrafo 22; and AG2R Prévoyance, C-437/09, UE:C:2011:112, Párrafo 29)," TJUE 4 de diciembre de 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, párrafo 23.
56. Artícuñp 101 TFEU.
57. El TJUE se remite a las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas el 11 de septiembre de 2014.
58. STJUE 4 de diciembre de 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, párrafo 32.
59. *Ibidem*, párrafo 31.

que son "falsos autónomos", no puede, en razón de su naturaleza y de su objeto, estar sujeto al ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1[60].

Al hacerlo, el Tribunal también sostuvo que la calificación como "trabajador por cuenta propia" "con arreglo al Derecho nacional no impide que esa persona sea calificada de trabajador por cuenta ajena en el sentido del Derecho de la UE si su independencia es meramente ficticia, encubriendo así una relación laboral"[61].

Así, la condición de "trabajador" en el sentido del Derecho de la UE no se ve afectada por el hecho de que una persona haya sido contratada como trabajador autónomo con arreglo al Derecho nacional, por razones fiscales, administrativas o de organización, siempre que dicha persona actúe bajo la dirección de su empresario en lo que respecta, en particular, a su libertad de elegir el tiempo, el lugar y el contenido de su trabajo, no participe en los riesgos comerciales del empresario y, mientras dure dicha relación, forme parte integrante de la empresa de éste, constituyendo así una unidad económica con dicha empresa[62]. Por lo tanto, es crucial determinar si su propia conducta en el mercado depende "enteramente", o no, de su "principal"[63].

Por lo tanto, el asunto FNV Kunsten introdujo el concepto de "falso autónomo" a escala de la UE, independientemente de las definiciones nacionales. Sin embargo, antes del asunto FNV Kunsten, el Tribunal de Justicia ya había subrayado que el concepto de trabajador no puede modificarse en función de las distintas definiciones nacionales[64] ni ser reinterpretado de forma estricta por los Estados miembros[65].

En cuanto a su modus operandi, por lo general el TJUE debe basar su toma de decisiones en la interpretación del concepto de trabajador en el Derecho de la UE. En particular, „debe basar esta calificación en criterios objetivos y apreciar globalmente todas las circunstancias del asunto del que conoce, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de las actividades de que se trate como las relaciones entre las partes implicadas"[66]. Con „criterios objetivos", el Tribunal se refiere a los criterios establecidos por la fórmula Lawrie Blum, que ha sido enriquecida por la jurisprudencia posterior, añadiendo así nuevos elementos a la fórmula y ampliando progresivamente el concepto de dirección. Por lo tanto, estos criterios deben tomarse en consideración junto con la valoración global de todas las circunstancias, que se refieren no sólo al *nomen iuris* del contrato, es decir, a lo que se establece formalmente en un contrato, sino también a la situación de hecho. Este último principio es transversal a los sistemas jurídicos

60. *Ibidem*, párrafo 41.
61. *Ibidem*, párrafo 36. Véase, en este sentido, la STJUE, C-256/0, Allonby v Accrington & Rossendale College, UE:C:2004:18, párrafo 71.
62. KNV Kunsten, párrafo 33.
63. *Ibidem*.
64. Asunto C-75/63.
65. Asunto C-53/63.
66. STJUE, asunto C-428/09, Union syndicale Solidaires Isère/Primer ministre y otros [2010] ECLI:UE:C:2010:612, par. 29; pero también: STJUE 20 de noviembre de 2018, Sindicatul Familia Constanta, par. 42.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

multinivel, y es coherente con la Recomendación de la OIT sobre la relación laboral[67] y con los ordenamientos jurídicos nacionales de los EM.

La necesidad de examinar los hechos también se ve confirmada a la luz del reciente asunto Yodel, en el que el TJUE siguió en cambio un planteamiento formalista y el resultado fue deficiente[68].

En cualquier caso, según el TJUE, los servicios prestados por el trabajador, a cambio de los cuales percibe una remuneración, deben ser reales y efectivos[69] y, deben excluir también las actividades de tan escasa envergadura que puedan considerarse puramente marginales y accesorias[70], es decir, "debe considerarse "trabajador" a toda persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de las actividades de tan escasa envergadura que puedan considerarse puramente marginales y accesorias..."[71].

B. La propuesta de directiva europea

Al final de 2021 la Comisión Europea propuso una directiva con la intención de proporcionar a los trabajadores de plataformas acceso a derechos laborales en caso de que se cumpliesen condiciones específicas[72]. Cabe destacar que la propuesta establece una presunción refutable de empleo para los trabajadores de plataformas cuyas condiciones laborales estén directa o indirectamente determinadas por decisiones algorítmicas, desde la remuneración de los trabajadores y la gestión de su rendimiento hasta su capacidad para crear una base de clientes fuera de la plataforma. Además, la propuesta pretende aportar más transparencia al funcionamiento de la gestión algorítmica, con vistas a su regulación mediante el diálogo social y la negociación colectiva.

La propuesta de directiva establece una presunción de *status* de trabajador por cuenta ajena. En particular, se establece una lista de criterios de control según los cuales es posible activar dicha presunción: si la plataforma cumple al menos dos de esos criterios, la presunción se aplica. Al mismo tiempo, se garantiza la posibilidad de refutar la presunción legal en los procedimientos judiciales y administrativos per-

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

67. Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo, n. 198, 2006, Par. 9: "...la existencia de [...una relación de trabajo...] debería guiarse principalmente por los hechos relativos a la ejecución del trabajo y a la remuneración del trabajador, independientemente de cómo se caracterice la relación en cualquier acuerdo contrario, contractual o de otro tipo, que pueda haber sido convenido entre las partes".

68. Asunto C-692/18, B v Yodel Delivery Network Ltd (2020) ECLI: UE:C:2020: 288.

69. STJCE 8 de junio de 1999, C-337/97, C.P.M. Meeusen, par. 13).

70. STJUE, 1 de octubre de 2015, C-432/14, O v Bio Philippe Auguste SARL, par. 22; STJUE, 4 de febrero de 2010, C-14/09, Hava Genc, ap. 19, criterios fijados desde el asunto Levin: Sentencia del Tribunal de 23 de marzo de 1982. - D.M. Levin contra Staatssecretaris van Justitie. - Petición de decisión prejudicial: Raad van State - Países Bajos. - Derecho de residencia. - Asunto 53/81, 23 de marzo de 1982, C-53/81, Levin, par. 17. Véase también, por ejemplo, STJUE 19 de julio de 2017, C-143/16, Abercrombie & Fitch Italia Srl, par. 19; STJUE 14 octubre2010, C-345/09, van Delft y a., ap. 89; 16 de julio de 2009, C-208/07, von Chamier-Glisczinski; 20 de noviembre de 2001, C-268/99, Jany.

71. Por ejemplo: STJ (Sala Quinta) de 17 de julio de 2008, Andrea Raccanelli contra Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV., asunto C-94/07, ap. 33.

72. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones de trabajo sobre plataformas, COM(2021) 762 final.

tinentes, demostrando que la relación contractual en cuestión no es de hecho una "relación laboral".

La lista de criterios de control incluyen: determinar efectivamente el nivel de remuneración o establece límites máximos para este; exigir a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo; supervisar la ejecución del trabajo o verifica la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos; restringir efectivamente la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo, en particular la discreción de elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas, o de recurrir a subcontratistas o sustitutos; restringir efectivamente la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros.

Estos criterios parecen cubrir los criterios adoptados habitualmente por los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a la dirección y el control como elementos de subordinación.

Pero la directiva no se limita a esto y aplica el Título III ("gestión algorítmica") a todos los trabajadores que trabajan con plataformas, independientemente de su clasificación como autónomos, asalariados o de tercera categoría. De hecho, en el art. 2 se hace una útil distinción clasificatoria entre la "persona que realiza un trabajo en una plataforma", independientemente de la denominación contractual de la relación con la plataforma digital, y el "trabajador de plataforma", que "realiza un trabajo en una plataforma que tiene un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia".

El título III establece derechos cruciales relativos a la transparencia y el uso de sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones, el derecho a la supervisión humana de los sistemas automatizados y a la revisión humana de las decisiones importantes, y el derecho a la información y consulta de las plataformas digitales de trabajo a los representantes de los trabajadores o, en caso de no disponer de estos representantes, a los trabajadores de las plataformas afectadas, sobre la decisión que pueda llevar a la introducción de sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones.

El título cuarto, por su parte, se centra en las normas destinadas a garantizar la transparencia en el trabajo de plataforma, estableciendo, por ejemplo, el acceso de las autoridades competentes a la información pertinente sobre el trabajo de plataforma.

Por último, el Título 5 introduce los recursos y la aplicación efectiva, con normas sobre el derecho de recurso, los procedimientos en nombre o en apoyo de personas que realizan trabajo en plataformas, los canales de comunicación para personas que realizan trabajo en plataformas, con normas reforzadas para los trabajadores también en relación con el acceso a las pruebas, la protección contra el trato o las consecuencias desfavorables, la protección contra el despido, la supervisión y sanciones.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

Como ya se ha comentado en otro lugar[73], esta propuesta parece avanzar en la desmercantilización del trabajo de plataforma, pero es necesario que se adopte de forma efectiva.

III. CONCLUSIONES

El trabajo en plataformas es polifacético y puede implicar a trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia o a los no clasificables en los anteriores, también denominados "la tercera categoría".

Una categorización como asalariado suele ser más ventajosa porque permite acceder a una gama más amplia de derechos.

Establecer la naturaleza laboral de una relación puede resultar a veces problemático. Por un lado, hay que mencionar la posibilidad de que se produzcan falsos autónomos para eludir las obligaciones de los empresarios y, por otro, a veces no está claro cómo aplicar los criterios de subordinación establecidos a nivel nacional a las *new forms of work*. Por eso es deseable una intervención a escala europea.

El proyecto de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales (2021) sugiere introducir una presunción de subordinación en el caso de los trabajadores de plataforma en determinadas condiciones. Esta parece ser potencialmente una buena manera de garantizar una protección adecuada para dichos trabajadores. Al mismo tiempo, los criterios que menciona se basan en los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a la luz de la literatura. Sin embargo, hay algo que conviene destacar: con la propuesta, parece que la Comisión Europea vaya a renunciar a su anterior intento de introducir una definición de trabajador a nivel europeo en sentido general, y no sólo para los trabajadores de plataformas. Al mismo tiempo, la directiva propuesta puede considerarse un primer paso para sentar las bases de una protección mínima de todos los trabajadores según el concepto europeo[74].

Otro aspecto que merece atención es el problema de los trabajadores autónomos que se encuentran en una situación de dependencia económica o en una posición débil en el mercado, los cuales necesitan condiciones de trabajo dignas. En concreto, se plantea la cuestión de si estos trabajadores pueden negociar mejores condiciones laborales sin incurrir en la prohibición de infringir la competencia en el mercado único. Así pues, la Comisión Europea en sus directivas busca garantizar las condiciones de un mercado laboral capaz de derrotar el dumping social entre Estados Miembros en este ámbito.

Por último, también hay –en el proyecto de directiva– normas potencialmente eficaces desde el punto de vista sistémico. En efecto, por una parte, se establecen nor-

73. Sanz de Miguel, P.; Bazzani T. and Arasanz J.: "Deccomodifying Platform Work through an EU Definition of Worker", *Glocalism*, 3, 2022, DOI: 10.12893/gjcpi.2022.3.1.

74. Sanz de Miguel, P.; Bazzani T. and Arasanz J.: "Deccomodifying Platform Work...", op. cit. y Sanz de Miguel, P.; Bazzani T. and Arasanz J.: *The definition of worker...",* op. cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

mas fundamentales que regulan el trabajo con tecnología, independientemente de la clasificación jurídica del trabajador. Por otro, quiere permitir a las instituciones ejercer un control eficaz.

Si las directrices de la Comisión Europea sobre la negociación de los autónomos ya son eficaces, la propuesta de directiva que aquí se debate no deja de ser una propuesta.

Por lo tanto, parece deseable adoptar cuanto antes la propuesta de Directiva mencionada para garantizar unos derechos mínimos a los trabajadores de plataformas y proteger el mercado interior del dumping social dentro de los Estados miembros y entre ellos.

Bibliografía

Ales, E.; Curzi Y.; Fabbri, T.; Rymkevich, O.; Senatori, I.; Solinas, G. *Working in digital and smart organizations.* Palgrave Macmillan, 2018.

Aloisi, A:. "Negotiating the digital transformation of work: Non-standard workers' voice, collective rights and mobilisation practices in the platform economy" *EUI Working Papers, 2019,* http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3404990

Cherry, M. A.: "Regulatory options for conflicts of law and jurisdictional issues in the on-demand economy", *ILO Conditions of Work of Employment Series* n.106, 2019.

Corazza, L. & Razzolini, O.: "Who is an employer?", in Finkin, M W. & Mundlak, G (eds.): *Research Handbook in Comparative Labor Law*. Edward Elgar Publishing, 2015.

Countouris, N.: *An Autonomous EU definition of 'Worker' - Pitfalls and Opportunities for the European Labour Movement'*. ETUC, 2015.

De Stefano, V. "The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy", *Comparative Labor Law & Policy Journal, 37/2015.*

De Stefano, V. & Aloisi, A.:"European legal framework for "digital labour platforms". *JRC.* 10.2760/78590, 2019.

Deakin, S.: "Does the 'personal employment contract' provide a basis for the reunification of employment law?" *Industrial Law Journal*, 36(1), 2007.

ETUC: "Legal feasibility of the ETUC proposal". Document written by Judith Brockmann, Marie-Cé cile Escande Varniol, Cé cile Nicod and Daniel Pérez del Prado, under contract of the ETUC project on (grant agreement VP/2018/006/0090) "Establishing workers representation and social dialogue in the platform and app economy", 2021.

Ewing, K. D.; Hendy, J. & Jones, C.: *A manifesto for labour law: towards a comprehensive revision of workers' rights*. IER, 2016.

Freedland, M.: *The Personal Employment Contract*, Oxford Scholarship Online. 10.1093/acprof:oso/9780199298631.001.0001, 2003.

Giubboni, S.: "Being a worker in EU law" *European Labour Law Journal*, 9(3), 2018, 223-235. https://doi.org/10.1177%2F2031952518791828

Lianos, I.; Countouris, N. & De Stefano, V.: "Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market", *European Labour Law Journal* 10(3), 2019.

Mazmanian, M.; Orlikowski, W. J.; Yates, J. "The Autonomy Paradox: The Implications of Mobile Email Devices for Knowledge Professionals", *Organization Science* 24, 5 (October 2013): 1337–1357, Institute for Operations Research and the Management Sciences (INFORMS).

Menegatti, E.: "The Evolving Concept of "worker" in EU law", *Italian Labour Law e-Journal*, issue 1, vol. 12. 2019.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

Perulli, A.: "The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee", *European Labour Law Journal*, 11(2), 2021, 117-130.

Prassl, J.: *Humans as a service: The promise and perils of work in the gig economy*. OUP Oxford, 2018.

Ratti, L.: "Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective". *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 30, 2009, 835-874.

Ratti, L.: "Online platforms and crowdwork in Europe: A two step approach to expanding agency work provisions". *Comparative Labor Law & Policy Journal* 38(2), 2018, 477-511.

Risak, M. & Dullinger, T.: *The concept of 'worker' in EU law. Status quo and potential for change.* ETUI. Report 140, 2018.

Sanz de Miguel, P.; Bazzani T. and Arasanz J.: "Deccomodifying Platform Work through an EU Definition of Worker", *Glocalism*, 3, 2022, DOI: 10.12893/gjcpi.2022.3.1

Sanz de Miguel, P.; Bazzani T. and Arasanz J.: *The definition of worker in the platform economy. Exploring workers' risks and regulatory solutions*, 2021, European Economic and Social Committee: https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-05-21-286-en-n_0.pdf

Sciarra, S.: *The Evolution of Labour Law (1992-2004).* Employment and social affairs. European Commission, 2005.

Waas, B.: "The Position of Workers in the Collaborative Economy - A view on EU law"., in Singer, R. & Bazzani, T. (eds.): *European Employment Policies: Current Challenges* (97-121). BWV Berliner Wissenschafts-Verlag. 2017.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 71 - 91
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.05

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Trade unions and the protection of migrant workers in Europe: barriers, approaches and interventions*

LOS SINDICATOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN EUROPA: BARRERAS, ENFOQUES E INTERVENCIONES

Manwel Debono
Associate Professor
University of Malta
manwel.debono@um.edu.mt 0000-0001-7634-8810

Recibido: 02.10.2023 | Aceptado: 29.11.2023

ABSTRACT

Migrant workers in Europe, particularly those from third countries, often encounter challenging working conditions that could significantly benefit from the support and protection provided by trade unions. This study explores the substantial obstacles that migrant workers must overcome to unionise, emphasising the structural disadvantages they face in the process. It also examines the attitudes of European trade unions towards migrant workers, revealing a growing pro-immigration trend despite certain setbacks. The study concludes by shedding light on intriguing strategies and initiatives used by trade unions to support migrant workers. The effort to integrate migrant workers into trade unions is worthwhile, despite the many difficulties involved. Unionisation stands as one of the most effective means of improving the working and living conditions of migrant workers.

KEYWORDS

Migrant workers
Working conditions
Trade unions
Barriers
Interventions

RESUMEN

Los trabajadores migrantes en Europa, en particular los de terceros países, a menudo enfrentan condiciones laborales desafiantes que podrían beneficiarse significativamente del apoyo y la protección brindados por los sindicatos. Este estudio explora los obstáculos sustanciales que los trabajadores migrantes deben superar para sindicalizarse, enfatizando las desventajas estructurales que enfrentan en el proceso. También examina las actitudes de los sindicatos europeos hacia los trabajadores inmigrantes, revelando una tendencia creciente a favor de la inmigración a pesar de ciertos reveses. El estudio concluye arrojando luz sobre estrategias e iniciativas intrigantes utilizadas por los sindicatos para apoyar a los trabajadores migrantes. El esfuerzo por integrar a los trabajadores migrantes en los sindicatos vale la pena, a pesar de las muchas dificultades que implica. La sindicalización es uno de los medios más eficaces para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores inmigrantes.

PALABRAS CLAVE

Trabajadores migrantes
Condiciones de trabajo
Sindicatos
Barreras
Intervenciones

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

SUMMARY

I. INTRODUCTION
II. BARRIERS TO UNIONISATION FACED BY MIGRANTS
  A. Labour market segregation and length of stay
  B. Language, culture, knowledge and trust
  C. Laws and institutions
  D. Previous experience with trade unionism
  E. Stereotypes and discrimination
III. EUROPEAN TRADE UNIONS' APPROACHES TO MIGRANT WORKERS
  A. General trends supporting migrant workers
  B. The impact of the industrial relations system on membership and working conditions
  C. Examples of unions' restrictive attitudes and policies
IV. TRADE UNIONS' WIDENING REMIT AND INTERVENTIONS
  A. Structural changes and the active inclusion of migrants
  B. Training programmes
  C. Collaborations
  D. The establishment of new unions
V. CONCLUSION
Bibliography

I. INTRODUCTION

The trend of migration in Europe is on the rise. The European Union's (EU) core principle of the free movement of people within its borders enabled EU citizens to live and work in other member states without needing a visa or work permit. This facilitated considerably internal migration. In 2021, around 13.7 million EU citizens lived in an EU state other than their own, while in 2022, there were 7.1 million EU citizens aged 15 and above employed in fellow EU nations where they had not obtained citizenship[1]. Apart from internal migration, the EU attracts migrants from outside the union, also known as third-country nationals (TNCs). In 2022, there were 23.8 million non-EU citizens living in EU countries, with 9.93 million of them employed in the EU labour market[2].

Migrants in the EU experience wide a range of working conditions influenced by many factors, foremost of which whether they are EU citizens or TNCs. Internal migrants are protected by EU laws meant to give them similar working conditions and social protection to the citizens of their host country. On the other hand, TNCs have lower legal and social protection and are more easily affected by their host country's socio-economic and labour market changes. The COVID-19 pandemic has brought

1. Delpero, C.: "European Union. In numbers: How many non-EU citizens live in European Union countries?", *The Local*, 19 April 2022. Accessible in: https://www.thelocal.com/20220419/in-numbers-how-many-non-eu-citizens-live-in-european-union-countries/, last accessed: September 28, 2023; Destatis: *Europe. 7.1 million EU citizens working in other EU Member States,* 20 June 2023. Accessible in: https://www.destatis.de/Europa/EN/Topic/Population-Labour-Social-Issues/Labour-market/Labour_Mobility.html, last accessed: September 28, 2023.

2. European Commission: *Statistics on migration to Europe. Overall figures of immigrants in European society*, May 2023. Accessible in: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_en, last accessed: September 28, 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

attention to the vulnerabilities of migrant workers in Europe, many of whom working in essential sectors without the necessary protections and assistance. Concerns have also been raised on forced labour, human trafficking, and other forms of exploitation that may be perpetrated against these workers[3]. Refugees tend to be at greater risk of exploitation than other TNCs. Research has also emphasised how intersectionality affects migrants. Given the interconnectedness of their various social identities, such as race, gender, class, sexual orientation, disability, and so on, an individual (or group) may simultaneously experience multiple forms of social categorization, discrimination, and disadvantage[4]. While internal migrants often experience better working and living conditions than TNCs, they nonetheless still encounter specific work-related challenges attributable to their migrant status[5].

Unionisation holds the potential to notably enhance the working conditions of migrants, bringing them on par with those of native workers. The trade union movement plays a vital role in safeguarding the rights and well-being of workers across Europe. Trade unions operate on multiple levels and employ a diverse array of strategies and tools. Their collective efforts encompass negotiations, advocacy, and mobilisation, all aimed at promoting fair treatment, better wages, and safer working environments. But to what extent are migrants being assisted by trade unions? This study will review and discuss important evidence on the relationship between migrants and trade unions in Europe. It will analyse some of the major barriers faced by migrant workers to be unionised in their host country, and the approaches and interventions that unions adopt in relation to migrants.

II. BARRIERS TO UNIONISATION FACED BY MIGRANTS

"Nothing reflects the problematic nature of the relationship between unions and migrants more than the simple, and highly significant, fact that unionisation rates for the latter consistently lag behind those of native-born"[6]. While comprehensive data regarding unionisation rates for migrants, especially on a cross-national scale, remains limited, there is a widely shared consensus that within advanced capitalist economies, these rates tend to be disproportionately low[7]. Ample research confirms a variety of barriers that reduce migrants' participation in trade unions. The following is a discussion of some of these.

---

3. Corbanese, V.; Rosas, G.: *Policies to prevent and tackle labour exploitation and forced labour in Europe,* International Labour Organization, Rome, 2021. Accessible in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_842406.pdf, last accessed: September 28, 2023.

4. Alberti, G.; Però, D.: "Migrating industrial relations: Migrant workers' initiative within and outside trade unions", *British Journal of Industrial Relations*, vol. 56, n. 4, 2018, pp. 693-715; Castles, S.: "Labour migration and the trade unions in Western Europe", *Centre for Multicultural Studies, University of Wollongong*, Occasional Paper 18, 1990.

5. Johns, M.: *The new minorities of Europe: social cohesion in the European Union*, Lexington Books, Lanham, Maryland, 2014.

6. Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Do immigrants trust trade unions? A study of 18 European Countries", *British Journal of Industrial Relations,* vol. 58, n. 1, 2020, p. 4.

7. Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Trade unions and migrant workers in Western Europe", *European Journal of Industrial Relations,* vol. 19, n. 3, 2013, pp. 239-254.

A. Labour market segregation and length of stay

TNCs are over-represented in specific economic sectors which tend to be non-unionised, such as: accommodation and food services; construction, administrative and support services, domestic work and agriculture[8]. Many TNCs are employed on atypical contracts such as temporary work or on a seasonal basis, which again makes it difficult for them to come together and form a collective voice. Quantitative data about unionisation in several Western European countries also indicates that migrant workers are less likely to encounter trade unions within their workplace[9]. Migrants who work illegally are particularly fearful of complaining about their working conditions due to a greater risk of deportation. Having said that, the gap in union membership cannot be entirely attributed to the segregation of the labour market, because even when they work in the same industrial sectors as natives, they do not attain the same degree of union membership[10].

Migrants are also less likely to join a union if they do not plan to remain in the host country for an extended period of time[11]. They might have less interest, be less knowledgeable about the benefits of unionisation, have less trust in institutions, or be more challenging for trade unions to reach. For instance, research carried out in Malta, a country that has experienced a relatively large influx of migrants in recent years, found that about half of the foreign workers leave the labour market within a period of two years or less[12]. When compared to other migrants, "EU nationals, younger individuals, and lower-skilled foreign workers exhibit a relatively shorter length of stay"[13]. These individuals are probably even less likely to join unions than other migrants.

B. Language, culture, knowledge and trust

Insufficient ability to speak the language (or languages) of the host country may make it difficult for migrants to understand the workings of unions and their rights, and may impede their participation in trade unions[14]. A study focusing on Polish workers in the UK indicated that language barriers deter the transformation of passive union

8. European Commission: *Statistics on migration to Europe. Overall figures of immigrants in European society,* ob. cit.
9. Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Trade unions and migrant workers in Western Europe", ob. cit.
10. *Ibid.*
11. Kranendonk, M.; De Beer, P.: "What explains the union membership gap between migrants and natives?", *British Journal of Industrial Relations,* vol. 54, n. 4, 2016, pp. 846-869.
12. Borg, I.: "The length of stay of foreign workers in Malta", *Central Bank of Malta*, January 2019, p. 1. Accessible in: https://www.centralbankmalta.org/file.aspx?f=72312, last accessed: September 28, 2023.
13. *Ibid.*
14. Hardy, J.; Fitzgerald, I.: "Cross border trade union collaboration in the context of competition and arbitraging labour in an enlarged Europe", *ESRC Research Seminar Series Changing Cultures of Competitiveness*, 2008; Dundon, T.; González-Pérez, M.; McDonough, T.: "Bitten by the Celtic Tiger: Immigrant workers and industrial relations in the new `glocalized' Ireland", *Economic and Industrial Democracy,* vol. 28, n. 4, 2007, pp. 501-522; Bertone, S.; Griffin, G.; Iverson, R.: "Immigrant workers and Australian trade unions: Participation and attitudes", *The International Migration Review,* vol. 29, n. 3, 1995, pp. 722-744; Wallinder, Y.: "Otherness in the workplace among highly skilled labour migrants: Swedes in Germany and the UK", *Work, Employment and Society,* vol. 36, n. 2, 2022, pp. 253-270.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

members into active and engaged ones[15]. Cultural differences may similarly hinder communication and make interaction with trade unions difficult[16]. Low language proficiency hinders effective communication and interpretation of cultural nuances even among skilled migrants in developed economies, particularly in the early stages after migration[17].

In addition, migrant workers may lack knowledge of their legal protections and may be uncertain about their immigration status, which can lead to fear and reluctance to participate in trade unions. For example, the absence of institutional understanding of the host country's labour traditions was highlighted as an obstacle to union participation among Polish migrants in the UK[18]. Another study indicated that a significant challenge in mobilising migrant workers in Spain arises from their pervasive lack of trust in unions which are often perceived as integral components of the national establishment[19]. In the same vein, research in Ireland showed the existence of scepticism about unions in particular among immigrants from former Communist states[20], a phenomenon that has also been registered in other host countries[21]. An analysis of case studies carried out in a fish processing plant and a demolition company in Denmark found that precariously employed migrant interviewees from Central and Eastern European countries were "routinely told by employers or co-workers that they should not trust the unions"[22]. Another interesting finding from this study is that such workers often initially experienced difficulty in distinguishing union officials from government representatives[23]. Despite these findings, an analysis of an extensive dataset from the European Values Survey revealed that in general, migrants tend to trust trade unions more than native-born individuals, and that such trust decreases slowly with time[24]. The same study found that migrants from countries with lower-quality political and civic systems tend to trust trade unions more than migrants from countries with higher-quality institutions[25].

15. Fitzgerald, I.; Hardy, J.: "Thinking outside the box? Trade union organizing strategies and Polish migrant workers in the United Kingdom", *British Journal of Industrial Relations,* vol. 48, n. 1, 2010, pp. 131-150.
16. Castles, S.: "Labour migration and the trade unions in Western Europe", ob. cit.; Dundon, T.; González-Pérez, M.; McDonough, T.: "Bitten by the Celtic Tiger: Immigrant workers and industrial relations in the new `glocalized' Ireland", ob. cit.
17. Tharenou, P.; Kulik, C.: "Skilled migrants employed in developed, mature economies: From newcomers to organizational insiders", *Journal of Management*, vol. 46, n. 6, 2020, pp. 1156-1181.
18. Hardy, J.; Fitzgerald, I.: "Cross border trade union collaboration in the context of competition and arbitraging labour in an enlarged Europe", ob. cit.
19. Kahmann, M.: "Trade unions and migrant workers: Examples from the United States, South Africa and Spain", *European Trade Union Institute,* 2002.
20. Dundon, T.; González-Pérez, M.; McDonough, T.: "Bitten by the Celtic Tiger: Immigrant workers and industrial relations in the new `glocalized' Ireland", ob. cit.
21. Danaj, S.; Caro, E.; Mankki, L.; Sippola, M.; Lillie, N.: "Unions and migrant workers. The perspective of Estonians in Finland and Albanians in Italy and Greece", in Doellgast, V.; Lillie, N.; Pulignano, V.(eds.): *Reconstructing solidarity: Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe,* Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 207-225; Refslund, B.: "When strong unions meet precarious migrants: Building trustful relations to unionise labour migrants in a high union-density setting", *Economic and Industrial Democracy,* vol. 42, n. 2, 2021, pp. 314-335.
22. *Ibid.*, p. 320.
23. *Ibid.*
24. Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Do immigrants trust trade unions? A study of 18 European Countries", ob. cit.
25. *Ibid.*

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

C. Laws and institutions

Lack of support from laws and institutions may inhibit some groups of migrants from joining unions. On the one hand, European provisions on freedom of movement and social security coordination establish a common legal framework for migrant EU citizens[26]. This may facilitate trade unions' interventions. For instance, trade unions in Luxembourg utilise such framework as a legal basis to offer support services to the majority of migrant workers in the country[27]. However, as suggested earlier, European laws and institutions treat TNCs less favourably than EU nationals. For example, it has been argued that the Maltese legal framework imposes various barriers to labour migration of TNCs and does not provide them equal treatment to Maltese/EU nationals as a general rule, but only limits equality to specific areas[28]. The situation appears to be similar across many European countries. A central obstacle to organising migrant workers in Spain is "the conditional connection between the holding of a work contract and the residence rights that makes any employer resistance by the migrant worker a highly risky task"[29]. Indeed, host countries' legal frameworks may increase the vulnerability of migrants by making them dependent on a particular employer, consequently diminishing their ability to protect themselves from employer mistreatment[30]. Such laws support the role of transnational labour mobility as a structural solution to European challenges regarding the balancing of flexibility and security. They achieve this by establishing a highly flexible group of migrant workers who act as a buffer, readily expendable during economic downturns, thus shouldering the majority of the uncertainty without triggering political problems[31].

D. Previous experience with trade unionism

Migrants' unionisation may be influenced by their familiarity with trade unions from their home country. According to a study that examined unionisation in 23 European countries, immigrants from countries with low unionisation rates are less likely to join unions in their new country[32]. Interestingly, in relation to the notion of 'familiarity', migrants also had a higher probability of becoming union members in the destination

e-Revista Internacional de la Protección Social ▲ 2023
Núm. extraordinario ▲ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▲http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

26. Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", *Journal of Industrial Relations,* vol. 62, n. 2, 2020, pp. 235-255.

27. *Ibid.*

28. 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, last accessed: September 28, 2023; Debono, M.: "Migrants and the challenge of decent work in Malta", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, n. 2, 2021, pp. 272-293.

29. Kahmann, M.: "Trade unions and migrant workers: Examples from the United States, South Africa and Spain", ob. cit., p. 25.

30. Castles, S.: "Labour migration and the trade unions in Western Europe", ob. cit.

31. Meardi, G.; Martín, A.; Riera, M.: "Constructing uncertainty: Unions and migrant labour in construction in Spain and the UK", *Journal of Industrial Relations,* vol. 54, n. 1, 2012, p. 5.

32. Kranendonk, M.; De Beer, P.: "What explains the union membership gap between migrants and natives?", ob. cit.

country if they originated from its former colonies[33]. However, other studies do not support the idea that familiarity with trade unions leads to unionisation. For instance, a study analysing the challenges of Polish workers in the UK and in Switzerland concludes "that previous membership in Polish trade unions was not a significant factor influencing their involvement in British and Swiss workers' movements"[34]. Besides, research in both the EU and Australia indicated that the country or region of origin did not have significant effects on unionisation[35].

E. Stereotypes and discrimination

Migrant workers may experience stereotyping and discrimination from employers, fellow works, and even union officials, which might discourage them from joining trade unions. Native workers who feel vulnerable and threatened are more prone to exclude migrants as they view them as a competitive threat[36]. The aforementioned legalised unequal power dynamic in favour of employers might enable them to intimidate migrant workers by using the threat of retaliation or job termination if these workers choose to join labour unions. Stereotypes and discrimination can also take place within the unions themselves. Trade union leaders may sometimes stereotypically label migrants from specific countries, affecting the way they are treated and consequently their participation in unions. For example, Portuguese migrant workers are sometimes seen as passive consumers of union services by trade union leaders in Luxembourg, while French cross-border workers are viewed as more conflict-oriented[37]. There is also some indication that the pandemic might have increased trade union members' stereotyping of foreign workers, especially TNCs[38].

The relation between attitudes towards migrants and the latter's unionisation appears to be a complex one. An examination of unionisation rates among migrant and native-born workers in several European countries revealed an intriguing trend that seems to contradict the previous findings: migrants were found to be less likely to unionise when residing in countries that exhibit more favourable attitudes towards migrants. This phenomenon could stem from the fact that migrants perceive a stronger necessity to come together and organise in nations where they directly experience

33. *Ibid.*

34. Rogalewski, A.: "Trade unions challenges in organising Polish workers: A comparative case study of British and Swiss trade union strategies", *European Journal of Industrial Relations,* vol. 28, n. 4, 2022, p. 385.

35. Kranendonk, M.; De Beer, P.: "What explains the union membership gap between migrants and natives?", ob. cit.; Bertone, S.; Griffin, G.; Iverson, R.: "Immigrant workers and Australian trade unions: Participation and attitudes", ob. cit.

36. Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Union members' attitudes towards immigrant workers: A 14-country study", *European Journal of Industrial Relations*, vol. 22, n. 1, 2016, pp. 23-38.

37. Thomas, A.: "Degrees of inclusion: Free movement of labour and the unionization of migrant workers in the European Union", *Journal of Common Market Studies,* vol. 54, n. 2, 2016, pp. 408-425.

38. Debono, M.; Garzia, C.: *Covid-19 impact on the employment conditions of women, youth, people with disabilities, and atypical workers,* 2022. Accessible in: https://gwu.org.mt/wp-content/uploads/2022/09/Report-%E2%80%93-COVID-19-Impact-on-Employment-Conditions-1.pdf, last accessed: September 28, 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

the adverse effects of negative attitudes towards migrants, such as workplace discrimination[39].

This section delved into research about major challenges encountered by migrant workers in participating in trade unions. While the list of barriers discussed is not exhaustive, it serves to highlight the challenges faced by migrant workers to join unions. These challenges often overlap and influence one another. They underscore the significance of unions taking proactive steps to assist migrants overcome these barriers. The subsequent section will discuss how European trade unions perceive the issue of migrant workers and the general positions they take on such matter.

III. EUROPEAN TRADE UNIONS' APPROACHES TO MIGRANT WORKERS

Trade unions were established to fight for the rights and better working conditions of workers. While, as will be discussed further down, they have consistently encountered internal and external challenges in addressing the topic of migration, the most crucial difficulty has traditionally derived from the basic economic principle of supply and demand[40]. It has often been argued that an influx of foreign workers into the labour market tends to negatively impact local workers' conditions, especially their wages. "While unions have historically been committed to the ideals of international solidarity, in practice their members often fear competition by immigrants on labour markets"[41]. The ambivalent traditional position of European trade unions towards migrant workers has been aptly summarised as follows: "Unions are at the core of left-wing politics in most European countries, and support for immigration is usually a left-wing position. However, many of the core constituents of unions are those whose interests are most likely to be adversely affected by an increase in the supply of labour"[42]. Indeed, conflicts between local workers and those from distant places are common throughout the history of trade unionism[43].

In 2000, Penninx and Roosblad developed three seminal dilemmas that trade unions face regarding migrant workers. The first dilemma is whether they should oppose or collaborate with government and employers when it comes to immigration and the hiring of migrant workers (cooperation vs resistance). The second dilemma is whether established migrants should be integrated or excluded from trade union membership (inclusion vs exclusion). The third dilemma is whether trade unions should create

39. Kranendonk, M.; De Beer, P.: "What explains the union membership gap between migrants and natives?", ob. cit.

40. Pajares, M.: "Foreign workers and trade unions: The challenges posed", *Transfer,* vol. 14, n. 4, 2008, pp. 607-624; Afonso, A.; Negash, S.; Wolff, E.: "Closure, equality or organisation: Trade union responses to EU labour migration", *Journal of European Social Policy,* vol. 30, n. 5, 2020, pp. 528-542; Donnelly, M.: "Competition and solidarity: Union members and immigration in Europe", *West European Politics,* vol. 39, n. 4, 2016, pp. 688-709.

41. Afonso, A.; Negash, S.; Wolff, E.: "Closure, equality or organisation: Trade union responses to EU labour migration", ob. cit., p. 528.

42. Donnelly, M.: "Competition and solidarity: Union members and immigration in Europe", ob. cit., p. 688.

43. Pajares, M.: "Foreign workers and trade unions: The challenges posed", ob. cit.

comprehensive policies for all workers or specific policies aimed at achieving economic equality for migrants (equal treatment vs special strategies)[44]. These dilemmas have shaped the discourse on the unionisation of migrants for more than two decades, and despite the evolution of social, economic and political circumstances, they are still relevant today[45].

The following subsections will reflect on the emerging attitudes, roles and challenges of trade unions in relation to migrants, taking into consideration the afore-mentioned dilemmas.

A. General trends supporting migrant workers

The European Trade Union Confederation (ETUC), with its large membership of trade union organisations across the continent, has been on the forefront in promoting the rights of migrant workers. The ETUC believes that the EU needs to have a more holistic "migration policy based on solidarity, integration and inclusiveness for the benefit of all"[46]. It sustains that well-managed immigration can help Europe overcome its socioeconomic challenges[47]. Among others, the organisation embarked on initiatives promoting the rights of undocumented migrant workers, advocating their recognition as workers irrespective of their job status and type of work, and their organisation and recruitment in trade unions[48]. In its efforts to encourage and sustain cross-border cooperation to support and organise migrants, ETUC launched UnionMigrantNet in 2015, which "comprises a network of trade union contact points across the EU, where new arrivals and their families can obtain information and support on issues like employment, documentation, housing and integration"[49].

Nowadays, European trade unions generally take a pro-immigration stance, advocating for policies that embrace immigration and cultural diversity[50]. Unions generally believe that immigrants are vital members of the workforce and that their rights and interests must be protected[51]. Indeed, in recent years, especially during the first decade of the new millennium, there has been a strengthening of the trend of

44. Penninx, R.; Roosblad, J. (eds.): *Trade unions, immigration, and immigrants in Europe, 1960-1993: A comparative study of the attitudes and actions of trade unions in seven West European countries,* Berghahn Books, New York/Oxford, 2000.

45. Marino, S.; Penninx, R.; Roosblad, J.: "Trade unions, immigration and immigrants in Europe revisited: Unions' attitudes and actions under new conditions", *Comparative Migration Studies,* vol. 3, n. 1, 2015.

46. European Trade Union Confederation (ETUC). *ETUC final strategy on migration and inclusion, ETUC mid-term strategy on migration, asylum and inclusion.* Adopted at the meeting of the Executive Committee on 8–9 June, 2016, p. 3. Accessible in: https://www.etuc.org/en/document/etuc-final-strategy-migration-and-inclusion, last accessed: September 28, 2023.

47. *Ibid.*

48. European Trade Union Confederation (ETUC). *Trade unions: Organising and promoting undocumented migrant workers' rights; Migrant workers' rights are human rights*. Accessible in: etuc.org/en/publication/trade-unions-organising-and-promoting-undocumented-migrant-workers-rights-migrant, last accessed: September 28, 2023.; Pajares, M.: "Foreign workers and trade unions: The challenges posed", ob. cit.

49. European Trade Union Confederation (ETUC). *Union Migrant Network*. Accessible in: https://www.etuc.org/en/issue/union-migrant-network, last accessed: September 28, 2023.

50. Donnelly, M.: "Competition and solidarity: Union members and immigration in Europe", ob. cit.

51. Pajares, M.: "Foreign workers and trade unions: The challenges posed", ob. cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

European trade union leaders endorsing open immigration policies. Their positions increasingly influenced union members, encouraging them to embrace the cultural diversity brought about by immigration[52]. A cross-national analysis of a European Social Survey comprising data from 14 countries, surprisingly revealed that unionised workers tend to have more positive views on immigration compared to non-union members[53]. Apart from the afore-mentioned influence of union leaders, this finding is possibly due to the unionised workers' improved socio-economic status, which provides them with greater job security and better working conditions.

B. The impact of the industrial relations system on membership and working conditions

Several European studies link union membership of migrant workers to the industrial relations system existing in the host country. In countries characterised by an organised corporatist regime, such as the Nordic countries, there tends to be a more pronounced disparity in unionisation rates between migrants and native workers compared to countries with a more fragmented regime, such as those in Central and Eastern Europe[54]. Another study argued that when trade unions enjoy a high level of organisational security, for example by receiving state funding or being the sole dominant trade union confederation, they might exert less effort to organise migrant workers[55]. A study that delved into the situation in Denmark, where unions can legally negotiate agreements with companies in which they do not have members, provided yet another perspective on the potential effects of a corporatist regime on migrant membership. The study concluded that such system may have traditionally led unions to prioritise collective agreements rather than actively involving migrant workers[56].

Despite the above, it is worth emphasising that in countries with a corporatist regime, the overall migrant membership level remains higher than in any other regime. This suggests that the rate of unionisation among migrants is primarily influenced by the host country's overall unionisation rate[57].

C. Examples of unions' restrictive attitudes and policies

Notwithstanding the general pro-immigration trend outlined above, research indicates considerable differences across trade unions in different European countries.

52. Donnelly, M.: "Competition and solidarity: Union members and immigration in Europe", ob. cit.
53. Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Union members' attitudes towards immigrant workers: A 14-country study", ob. cit.
54. Kranendonk, M.; De Beer, P.: "What explains the union membership gap between migrants and natives?", ob. cit.
55. Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Trade unions and migrant workers in Western Europe", ob. cit.
56. Refslund, B.: "When strong unions meet precarious migrants: Building trustful relations to unionise labour migrants in a high union-density setting", ob. cit.
57. Kranendonk, M.; De Beer, P.: "What explains the union membership gap between migrants and natives?", ob. cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

Indeed, the approach of different trade unions towards migrant workers' rights and discriminatory policies ranges from proactively inclusive to reluctant or restrictive[58].

The following are a few examples of restrictive attitudes and policies. Austrian unions have a strongly restrictive policy against migrants, allegedly resulting in their tolerance and acceptance of conditions of significant inequality for migrants, such as their constant risk of deportation, limited job stability, lower working conditions, and specific constraints on their eligibility for unemployment benefits among others[59]. While Spanish trade unions have generally been critical of restrictive policies in both Spain and Europe as a whole, there are recent indications of a shift in discourse, with some Spanish trade union leaders expressing concerns about the impact of immigration on native workers' wages[60]. In yet another example of the complex dynamics of trade union's stances, trade unions in Luxembourg are reluctant "to actively participate in the campaign for political citizenship rights for immigrants" as the unions perceived such issue as "too divisive and a threat to union cohesion"[61].

The above are just a few examples to underscore that trade unions' position towards migration is not straightforward and is inevitably influenced by the existing social attitudes. Migration in Europe has become contentious, with immigrants frequently blamed for societal problems like job scarcity and welfare strain[62]. Economic downturns and the worsening of work arrangements strengthened these tensions, leading to nationalist rhetoric, labour conflicts, and in some cases, violence, that may have an impact on trade union positions and actions[63].

Nevertheless, despite sometimes going against public sentiment, many unions adopted supportive responses towards migrant workers, as will be discussed in the next section.

IV. TRADE UNIONS' WIDENING REMIT AND INTERVENTIONS

Historically, trade unions have prioritised improving working conditions and pay for workers[64]. But in response to migration, they are increasingly engaging in socio-political matters beyond their traditional core functions and adopting a wider commitment to social justice[65]. Unions are also diversifying their structures to represent a more extensive range of interests and are increasingly collaborating with civil society groups

58. Pajares, M.: "Foreign workers and trade unions: The challenges posed", ob. cit.
59. *Ibid.*
60. *Ibid.*
61. Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", ob. cit., p. 252.
62. Marino, S.; Penninx, R.; Roosblad, J.: "Trade unions, immigration and immigrants in Europe revisited: Unions' attitudes and actions under new conditions", ob. cit.
63. *Ibid.*
64. Castles, S.: "Labour migration and the trade unions in Western Europe", ob. cit.
65. Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", ob. cit.

to develop inclusive policies[66]. Embracing a more comprehensive "social movement approach" and assisting migrant workers with non-labour market concerns, may contribute significantly to building trust with migrants[67]. However, this diversification can also pose challenges to the cohesion of trade unions and their ability to develop a unified policy agenda, as it difficult to balance the interests of different member groups[68].

There are a variety of ways through which trade unions reach out to migrant workers. This section will briefly discuss four strategies, namely structural changes and the active inclusion of migrants, training, collaborations, and the establishment of new unions.

A. Structural changes and the active inclusion of migrants

Trade unions in Europe are undergoing significant transformations in their internal structures to better support migrant workers. Some unions have established specialised sections or committees focused on migrant workers. For instance, the UK GMB union set up a migrant workers' branch in Southampton in response to the needs of the Polish community. The branch has been very successful in recruiting and organising both male and female members[69]. Another example is that of the Swiss union Unia, which has national and regional migrant workers committees that support the inclusion and organisation of foreign workers. Through such committees and dedicated resources, such as the funding of a permanent post for a Polish-speaking officer, Unia was very successful in the inclusion of Polish workers[70].

Some unions set up particularly creative structures and methods to reach out and organise migrant workers, as shown in the following case. Seasonal migrant labourers in the agricultural sector in Southern Italy often face severe exploitation and mistreatment. To combat this, the Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), through its agricultural branch Federazione Lavoratori Agroindustria (FLAI-CGIL), has pursued a strategy called 'Sindacato di strada' (trade union on the road). This initiative involves union representatives travelling throughout the country on campers or vans to meet workers at their gathering points or hiring places, informing them about their rights, advising on employment contracts, and promoting union awareness by disseminating information material in different languages. Trade union officials, make

66. Castles, S.: "Labour migration and the trade unions in Western Europe", ob. cit.; Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", ob. cit.

67. Refslund, B.: "When strong unions meet precarious migrants: Building trustful relations to unionise labour migrants in a high union-density setting", ob. cit.

68. Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", ob. cit.

69. Hardy, J.; Fitzgerald, I.: "Cross border trade union collaboration in the context of competition and arbitraging labour in an enlarged Europe", ob. cit., p. 25.

70. Rogalewski, A.: *Organising Polish workers: A comparative case study of British (Unison) and Swiss (Unia) trade union strategies*. Thesis submitted for the degree of Professional Doctorate in Researching Work, August 2019, London Metropolitan University, UK.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

use of social media technology to find these workers. The strategy has not only resulted in an expansion of union members, but also in their greater union involvement[71].

Initiatives such as that of FLAI-CGIL, highlight another aspect through which unions actively reach out for migrant workers. The union recruits foreigners to work with it, and even undocumented workers can become CGIL delegates[72]. Thus, many of the officials participating in the '*Sindacato di strada*' are foreign in origin, and this enables them to communicate with the workers in the latter's native language. Other unions across Europe have similarly hired workers with a foreign background to help them organise migrant workers. For instance, the United Federation of Danish Workers not only hired several workers with a foreign background to strengthen its dialogue with migrant workers, but also provides access to interpreters to all local union branches[73].

Despite the above, there remain numerous impediments that hinder the effective participation of migrant workers in trade union structures, especially in relation to decision making and opportunities to assume leadership roles[74]. Research suggests that trade unions emphasising 'participatory democracy', which includes decentralisation, strong grassroots coordination, and the active engagement of shop stewards in policy shaping, may be more receptive to actively including migrant members in their organisation, in contrast to unions that rely on top-down and centralised approaches[75].

B. Training programmes

Training (or learning) initiatives have become essential for engaging vulnerable workers such as migrant workers[76]. Unions have adopted a variety of strategies in this regard, including their involvement in learning in the workplace, directly organising training themselves, or collaborating with the community to provide such training. Among the different types of training that is given, language training has proved to be an important means of empowerment and involvement of migrant workers, contributing to a more diverse membership and activist base[77]. Training may support broad union organising

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

71. European Trade Union Institute (ETUI): "A worker is a worker": the trade unions organising migrants", *HesaMag*, n. 20, special report 3/33, Autumn-winter 2019. Accessible in: https://www.etui.org/topics/health-safety-working-conditions/hesamag/migrant-workers-in-fortress-europe/a-worker-is-a-worker-the-trade-unions-organising-migrants, last accessed: September 28, 2023.

72. *Ibid.*

73. Refslund, B.: "When strong unions meet precarious migrants: Building trustful relations to unionise labour migrants in a high union-density setting", ob. cit.

74. Thomas, A.: "Degrees of inclusion: Free movement of labour and the unionization of migrant workers in the European Union", ob. cit.

75. Marino, S.: "Trade unions, special structures and the inclusion of migrant workers", *Work, Employment and Society*, vol. 29, n. 5, 2015, pp. 826-842.

76. Connolly, H.; Marino, S.; Martínez Lucio, M.: *Trade unions and immigration in the UK: Equality and immigrant worker engagement without collective rights*, Manchester Business School, University of Manchester, Manchester, Project Funded by the Leverhulme Trust, 2012. Accessible in: https://documents.manchester.ac.uk/display.aspx?DocID=48497, last accessed: September 28, 2023.

77. Mustchin, S.: "Unions, learning, migrant Workers and union revitalization in Britain", *Work, Employment and Society,* vol. 26, n. 6, 2012, pp. 951-967.

goals such as recruitment, activist development, securing recognition agreements, and enabling migrant workers to represent themselves effectively at work[78].

Despite their utility, training initiatives face several challenges. For example, trade union training to migrants in the UK was found to often be separated from daily trade union activities, creating strategy fragmentation. Besides, access to learning services was geographically uneven, there was limited accessibility to learning centres, and inter-union coordination was lacking[79]. Another study in the same country found that "the process of organising migrant workers with support from union learning initiatives led to a plethora of institutional tensions within and between unions and other affiliated organisations, including community organisations, and the state"[80]. The study also mentioned that "some union members had expressed resentment that resources were being, in their view, directed towards newly recruited migrant workers as opposed to the more established membership"[81]. Such tensions arise from differing approaches and priorities and strategies within unions and the challenges of sustaining such initiatives due to limited funding and changing government priorities[82].

C. Collaborations

Trade unions in Europe have long been establishing international collaborative relations with other unions in order to facilitate their support to migrant workers. For example, since the 1950s, the Belgian and Luxembourg Confederations of Christian Trade Unions have maintained a bilateral membership arrangement for cross-border employees, in which individuals residing in Belgium and employed in Luxembourg are granted membership of both unions and so have the opportunity to engage in trade union activities in both countries[83]. With the expansion of the EU, such cross-border collaborations became more common. For example, in 2019, an agreement was signed by Malta's General Workers union and Italy's CGIL, allowing Italian members of CGIL working in Malta to receive assistance from the GWU through a contact point that was established for such purpose[84].

While international collaborations tend to be initiated at the highest institutional echelons, numerous additional collaborations take place at the grassroots level, often involving trade union officials at lower hierarchical levels who participate in community activism. For example, a multitude of local initiatives emerged organically throughout

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

78. *Ibid.*
79. Connolly, H.; Marino, S.; Martínez Lucio, M.: *Trade unions and immigration in the UK: Equality and immigrant worker engagement without collective rights*, ob. cit.
80. Mustchin, S.: "Unions, learning, migrant Workers and union revitalization in Britain", ob. cit., p. 963.
81. *Ibid.*, p. 964.
82. *Ibid.*
83. Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", ob. cit.
84. General Workers' Union: *A strong cross-border trade union alliance collaboration agreement between General Workers Union and CGIL*, 2021. Accessible in: https://gwu.org.mt/en/a-strong-cross-border-trade-union-alliance-collaboration-agreement-between-general-workers-union-and-cgil/, last accessed: September 28, 2023.

the UK, frequently operating independently from national strategies, to assist migrant workers after the EU enlargement in 2004[85]. Community activism was often employed in these interventions, with trade unions collaborating with other social actors, including local councils, churches, NGOs, and community groups, to offer new services to migrants. These included fishing trips meant to impart English language skills and connecting with a broader group of workers, music lessons as a way of teaching English, and family outings in order to engage with the wider migrant community[86]. It has been argued that while unions often have limited support for grassroots initiatives led by migrants, successful campaigns and initiatives led by migrant workers do not always require top-down institutional support or significant material resources[87].

D. The establishment of new unions

The internal politics, organisational structures, and political culture within trade unions can present major obstacles to devising innovative strategies to improve the lives of migrant workers[88]. Sometimes it is more effective to establish new purpose-built unions that focus on migrant workers, rather than trying to make changes in traditional ones. The Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) is one such union founded in 2012 by Latin American cleaners. It forms part of a number of new "small, agile, and confrontational" unions, sometimes called 'tiny unions' or 'indie unions', recently set up in the UK to organise and represent migrant workers in precarious jobs[89]. Indie unions lean more towards a radical approach compared to traditional unions, and they are more inclined to embrace confrontational methods, including participating in unauthorised strikes, demonstrations, and pursuing legal actions[90]. The IWGB gained prominence by successfully bringing employment tribunal cases addressing the issue of 'worker status' of individuals engaged in the gig economy[91]. Indie unions are particularly committed and effective at community organising, bypassing difficulties encountered in organising at the place of work[92].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

85. Hardy, J.; Fitzgerald, I.: "Cross border trade union collaboration in the context of competition and arbitraging labour in an enlarged Europe", ob. cit.

86. *Ibid.*; Fitzgerald, I.; Hardy, J.: "Thinking outside the box? Trade union organizing strategies and Polish migrant workers in the United Kingdom", ob. cit.

87. Alberti, G.; Però, D.: "Migrating industrial relations: Migrant workers' initiative within and outside trade unions", ob. cit.

88. Castles, S.: "Labour migration and the trade unions in Western Europe", ob. cit.

89. Dias-Abey, M.: "Legal mobilization and identity formation in British trade unions: Bridging the spaces-in-between", in Boutcher, S; Shdaimah, C.; Yarbrough, M. (Eds.): *Research handbook on law, social movements and social change,* Edward Elgar, UK, 2021, p. 286.

90. *Ibid.*

91. Roberts, Y.: "The tiny union beating the gig economy giants", *The Guardian*, 1 July 2018. Accessible in: https://www.theguardian.com/politics/2018/jul/01/union-beating-gig-economy-giants-iwgb-zero-hours-workers, last accessed: September 28, 2023.

92. Dias-Abey, M.: "Legal mobilization and identity formation in British trade unions: Bridging the spaces-in-between", ob. cit.

The Ukrainian Workers' Trade Union in Poland is another example of a union created to assist migrant workers. The union was founded during a period of increased immigration from Ukraine due to the conflict and political instability in their home country. With many Poles moving to Western Europe, there was a labour shortage in Poland, leading many Ukrainian newcomers to work in sectors lacking proper regulation, labour protection, or union representation. Additionally, language barriers hindered their recruitment by major unions. To address these challenges, the union provides free legal advice to members regarding work and residence permits, reports abusive employers to labour inspectorates, and collaborates with fair employers and factories to help new Ukrainian immigrants find employment. Although it operates independently, the union receives support from the All-Poland Alliance of Trade Unions (OPZZ)[93].

V. CONCLUSION

This study discussed major challenges preventing migrants from joining trade unions, and then focused on how trade unions in Europe respond to the phenomenon of migrant workers. Several intriguing and innovative initiatives were highlighted.

While trade union attitudes towards migrants have evolved over time, becoming more pro-immigration over the years, the internal debate within unions on how to effectively address migrants' issues persists. Unions continue to grapple with internal resistance to migration, as well as resistance to cultural and structural change. Indeed, as unions diversify their membership, reaching consensus on policies, strategies, and resource allocation becomes increasingly complex. These challenges may prevent migrants from becoming union members, or may stifle their active participation and growth within union structures.

"The tensions and organisational dilemmas in the relationship between migrant workers and trade unions, as well as the different integration strategies, reveal that integrating migrant workers into trade unions is not a natural process"[94]. But trade unions need to continue striving to recruit, organise and empower migrant workers, as this is one of the most effective means through which migrant workers can improve their working and living conditions.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

93. European Trade Union Institute (ETUI): "A worker is a worker": the trade unions organising migrants", ob. cit.

94. Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", ob. cit.

References

Afonso, A.; Negash, S.; Wolff, E.: "Closure, equality or organisation: Trade union responses to EU labour migration", *Journal of European Social Policy,* vol. 30, n. 5, 2020, pp. 528-542, DOI: https://doi.org/10.1177/0958928720950607.

Alberti, G.; Però, D.: "Migrating industrial relations: Migrant workers' initiative within and outside trade unions", *British Journal of Industrial Relations*, vol. 56, n. 4, 2018, pp. 693-715, DOI: 10.1111/bjir.12308.

Bertone, S.; Griffin, G.; Iverson, R.: "Immigrant workers and Australian trade unions: Participation and attitudes", *The International Migration Review,* vol. 29, n. 3, 1995, pp. 722-744, DOI: https://doi.org/10.2307/2547502.

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, last accessed: September 28, 2023.

Castles, S.: "Labour migration and the trade unions in Western Europe", *Centre for Multicultural Studies, University of Wollongong*, Occasional Paper 18, 1990.

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, last accessed: September 28, 2023.

Connolly, H.; Marino, S.; Martínez Lucio, M.: *Trade unions and immigration in the UK: Equality and immigrant worker engagement without collective rights*, Manchester Business School, University of Manchester, Manchester, Project Funded by the Leverhulme Trust, 2012. Accessible in: https://documents.manchester.ac.uk/display.aspx?DocID=48497, last accessed: September 28, 2023.

Corbanese, V.; Rosas, G.: *Policies to prevent and tackle labour exploitation and forced labour in Europe,* International Labour Organization, Rome, 2021. Accessible in: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/publication/wcms_842406.pdf, last accessed: September 28, 2023.

Danaj, S.; Caro, E.; Mankki, L.; Sippola, M.; Lillie, N.: "Unions and migrant workers. The perspective of Estonians in Finland and Albanians in Italy and Greece", in Doellgast, V.; Lillie, N.; Pulignano, V. (eds.): *Reconstructing solidarity: Labour unions, precarious work, and the politics of institutional change in Europe,* Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 207-225, DOI: https://doi.org/10.1093/oso/9780198791843.003.0010

Debono, M.: "Migrants and the challenge of decent work in Malta", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, n. 2, 2021, pp. 272-293,DOI: 10.12795/e-rips.2021.i02.12

Debono, M.; Garzia, C.: *Covid-19 impact on the employment conditions of women, youth, people with disabilities, and atypical workers*, 2022. Accessible in: https://gwu.org.mt/wp-content/uploads/2022/09/Report-%E2%80%93-COVID-19-Impact-on-Employment-Conditions-1.pdf, last accessed: September 28, 2023.

Destatis: *Europe. 7.1 million EU citizens working in other EU Member States,* 20 June 2023. Accessible in: https://www.destatis.de/Europa/EN/Topic/Population-Labour-Social-Issues/Labour-market/Labour_Mobility.html, last accessed: September 28, 2023.

Dias-Abey, M.: "Legal mobilization and identity formation in British trade unions: Bridging the spaces-in-between", in Boutcher, S; Shdaimah, C.; Yarbrough, M. (eds.): *Research handbook on law, social movements and social change,* Edward Elgar, UK, 2021, DOI: https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4140900

Donnelly, M.: "Competition and solidarity: Union members and immigration in Europe", *West European Politics,* vol. 39, n. 4, 2016, pp. 688-709. DOI: https://doi.org/10.1080/01402382.2015.1110941

Dundon, T.; González-Pérez, M.; McDonough, T.: "Bitten by the Celtic Tiger: Immigrant workers and industrial relations in the new `glocalized' Ireland", *Economic and Industrial Democracy,* vol. 28, n. 4, 2007, pp. 501-522, DOI: 10.1177/0143831x07082122

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

European Commission: *Statistics on migration to Europe. Overall figures of immigrants in European society,* May 2023. Accessible in: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_en, last accessed: September 28, 2023.

European Trade Union Confederation (ETUC). *ETUC final strategy on migration and inclusion, ETUC mid-term strategy on migration, asylum and inclusion.* Adopted at the meeting of the Executive Committee on 8–9 June, 2016. Accessible in: https://www.etuc.org/en/document/etuc-final-strategy-migration-and-inclusion, last accessed: September 28, 2023.

European Trade Union Confederation (ETUC). *Trade unions: Organising and promoting undocumented migrant workers' rights; Migrant workers' rights are human rights*. Accessible in: etuc.org/en/publication/trade-unions-organising-and-promoting-undocumented-migrant-workers-rights-migrant, last accessed: September 28, 2023.

European Trade Union Confederation (ETUC). *Union Migrant Network*. Accessible in: https://www.etuc.org/en/issue/union-migrant-network, last accessed: September 28, 2023.

European Trade Union Institute (ETUI). "A worker is a worker": The trade unions organising migrants", *HesaMag*, n. 20, special report 3/33, Autumn-winter 2019. Accessible in: https://www.etui.org/topics/health-safety-working-conditions/hesamag/migrant-workers-in-fortress-europe/a-worker-is-a-worker-the-trade-unions-organising-migrants, last accessed: September 28, 2023.

Fitzgerald, I.; Hardy, J.: "Thinking outside the box? Trade union organizing strategies and Polish migrant workers in the United Kingdom", *British Journal of Industrial Relations,* vol. 48, n. 1, 2010, pp. 131-150. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1467-8543.2009.00761.x

General Workers' Union: *A strong cross-border trade union alliance collaboration agreement between General Workers Union and CGIL*, 2021. Accessible in: https://gwu.org.mt/en/a-strong-cross-border-trade-union-alliance-collaboration-agreement-between-general-workers-union-and-cgil/, last accessed: September 28, 2023.

Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Do immigrants trust trade unions? A study of 18 European Countries", *British Journal of Industrial Relations,* vol. 58, n. 1, 2020, pp. 3-26, DOI: https://doi.org/10.1111/bjir.12466

Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Trade unions and migrant workers in Western Europe", *European Journal of Industrial Relations,* vol. 19, n. 3, 2013, pp. 239-254, DOI: https://doi.org/10.1177/0959680113493694

Gorodzeisky, A.; Richards, A.: "Union members' attitudes towards immigrant workers: A 14-country study", *European Journal of Industrial Relations*, vol. 22, n. 1, 2016, pp. 23-38, DOI: https://doi.org/10.1177/0959680115589490

Hardy, J.; Fitzgerald, I.: "Cross border trade union collaboration in the context of competition and arbitraging labour in an enlarged Europe", *ESRC Research Seminar Series Changing Cultures of Competitiveness*, 2008.

Johns, M.: *The new minorities of Europe: social cohesion in the European Union*, Lexington Books, Lanham, Maryland, 2014.

Kahmann, M.: "Trade unions and migrant workers: Examples from the United States, South Africa and Spain", *European Trade Union Institute,* 2002.

Kranendonk, M.; De Beer, P.: "What explains the union membership gap between migrants and natives?", *British Journal of Industrial Relations,* vol. 54, n. 4, 2016, pp. 846-869, DOI: https://doi.org/10.1111/bjir.12192

Marino, S.: "Trade unions, special structures and the inclusion of migrant workers", *Work, Employment and Society*, vol. 29, n. 5, 2015, pp. 826-842, DOI: https://doi.org/10.1177/0950017015575866

Marino, S.; Penninx, R.; Roosblad, J.: "Trade unions, immigration and immigrants in Europe revisited: Unions' attitudes and actions under new conditions", *Comparative Migration Studies,* vol. 3, n. 1, 2015.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

Meardi, G.; Martín, A.; Riera, M.: "Constructing uncertainty: Unions and migrant labour in construction in Spain and the UK", *Journal of Industrial Relations,* vol. 54, n. 1, 2012, pp. 5-21, DOI: https://doi.org/10.1177/0022185611432388

Mustchin, S.: "Unions, learning, migrant Workers and union revitalization in Britain", *Work, Employment and Society,* vol. 26, n. 6, 2012, pp. 951-967, DOI: https://doi.org/10.1177/0950017012458022

Pajares, M.: "Foreign workers and trade unions: The challenges posed", *Transfer,* vol. 14, n. 4, 2008, pp. 607-624, DOI: https://doi.org/10.1177/102425890801400407

Penninx, R.; Roosblad, J. (eds.): *Trade unions, immigration, and immigrants in Europe, 1960-1993: A comparative study of the attitudes and actions of trade unions in seven West European countries,* Berghahn Books, New York/Oxford, 2000.

Refslund, B.: "When strong unions meet precarious migrants: Building trustful relations to unionise labour migrants in a high union-density setting", Economic and Industrial Democracy, vol. 42, n. 2, 2021, pp. 314-335, DOI: https://doi.org/10.1177/0143831X18760989

Rogalewski, A.: *Organising Polish workers: A comparative case study of British (Unison) and Swiss (Unia) trade union strategies*. Thesis submitted for the degree of Professional Doctorate in Researching Work, August 2019, London Metropolitan University, UK.

Rogalewski, A.: "Trade unions challenges in organising Polish workers: A comparative case study of British and Swiss trade union strategies", *European Journal of Industrial Relations,* vol. 28, n. 4, 2022, pp. 385-404, DOI: https://doi.org/10.1177/09596801211063306

Tharenou, P.; Kulik, C.: "Skilled migrants employed in developed, mature economies: From newcomers to organizational insiders", *Journal of Management*, vol. 46, n. 6, 2020, pp. 1156-1181, DOI: https://doi.org/10.1177/0149206320921229

Thomas, A.: "Cross-border labour markets and the role of trade unions in representing migrant workers' interests", *Journal of Industrial Relations,* vol. 62, n. 2, 2020, pp. 235-255, DOI: https://doi.org/10.1177/0022185619889073

Thomas, A.: "Degrees of inclusion: Free movement of labour and the unionization of migrant workers in the European Union", *Journal of Common Market Studies,* vol. 54, n. 2, 2016, pp. 408-425, DOI: https://doi.org/10.1111/jcms.12284

Wallinder, Y.: "Otherness in the workplace among highly skilled labour migrants: Swedes in Germany and the UK", *Work, Employment and Society,* vol. 36, n. 2, 2022, pp. 253-270, DOI: https://doi.org/10.1177/09500170211024444

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 92 - 110
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.06

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

El derecho de residencia de los trabajadores comunitarios en paro involuntario y el riesgo de indigencia*

THE RIGHT OF RESIDENCE OF INVOLUNTARILY UNEMPLOYED COMMUNITY WORKERS AND THE RISK OF DESTITUTION

Thais Guerrero Padrón
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz
thais.guerrero@uca.es 0000-0002-4814-6266

Recibido: 13.10.2023 | Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

Los ciudadanos comunitarios que ejercieron la libre circulación por razones laborales y en menos de un año han quedado en paro involuntario, sea por finalizar un contrato laboral a término o por una extinción contractual inesperada, quedan en una situación muy precaria si en los seis meses siguientes a la extinción no encuentran otra ocupación o empleo. Estos demandantes de empleo experimentan una degradación de su derecho de residencia que puede derivar, incluso, en la indigencia. En tales circunstancias, las acciones dirigidas a la reinserción laboral y un soporte económico como las prestaciones no contributivas de renta mínima, pueden ser la vía para favorecer la empleabilidad de estas personas en el Estado miembro de acogida. Sin embargo, la excepción al principio de igualdad de trato que permite al Estado rechazar su solicitud de asistencia social, debilita su derecho de residencia, hasta el punto que puede frustrar la libertad de circulación.

PALABRAS CLAVE

Derecho de residencia
Libre circulación
Prestaciones de renta mínima
Paro involuntario
Pobreza y exclusión social

ABSTRACT

EU citizens who have exercised free movement for work purposes and have become involuntarily unemployed in less than a year, either because of the end of a fixed-term contract or the unexpected termination of a contract, find themselves in a very precarious situation if they do not find another occupation or job within six months of termination. These jobseekers experience a downgrading of their right of residence, which can go as far as destitution. In such circumstances, actions aimed at reintegration into employment and financial support, such as non-contributory minimum income benefits, may be the way to promote the employability of these persons in the host Member State. However, the exception to the principle of equal treatment, which allows the State to reject their application for social assistance, undermines their right of residence to the extent that it may frustrate freedom of movement.

KEYWORDS

Right of residence
Freedom of movement
Minimum income benefits
Involuntary unemployment
Poverty and social exclusion

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al presupuesto, para el curso académico 2022/2023, del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Málaga.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

SUMARIO

I. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES COMUNITARIOS EN LA UNIÓN EUROPEA. ¿UNA LIBERTAD FRUSTRADA?
II. LA DEGRADACIÓN DEL DERECHO DE RESIDENCIA "POR MÁS DE TRES MESES" DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO
A. Identificación del trabajador titular del derecho de residencia
B. El trabajador que pierde su trabajo antes de un año
1. Supuestos de mantenimiento de la condición de "trabajador"
a) Precisiones jurisprudenciales
b) Seis meses más considerándolo "trabajador"
c) El vínculo de integración
2. Un derecho de residencia con garantías debilitadas
III. LIBRE CIRCULACIÓN VS. EXCLUSIÓN SOCIAL: ¿CUESTIÓN DE SOLIDARIDAD?
IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES COMUNITARIOS EN LA UNIÓN EUROPEA. ¿UNA LIBERTAD FRUSTRADA?

La libertad de circulación en el territorio de los Estados miembros es uno de los principales logros de la Unión que permite a los ciudadanos comunitarios y a sus familiares desplazarse y residir en el territorio de otro Estado miembro diferente del propio, ya sea por razones de trabajo, estudio, turismo, o simplemente para vivir en otro Estado. Esta libertad de movimiento estimula el crecimiento económico del conjunto de la Unión, satisface las necesidades de la economía de los Estados miembros y aporta valor intercultural, al tiempo que favorece la integración social, pieza básica en la construcción de la Unión Europea. Con todo, la principal motivación de los ciudadanos de la UE para hacer uso de la libre circulación está relacionada con el trabajo.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE) reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, "con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación" (art. 21.1) La libre circulación y residencia son derechos protegidos por la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE) que, referido a las personas trabajadoras, encuentran un reconocimiento expreso en el art 45 TFUE. Este precepto señala que los trabajadores de los Estados miembros pueden hacer uso de la libre circulación estando protegidos frente a posibles discriminaciones que, a causa de su nacionalidad, pudieran afectar a aspectos elementales, como el empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

La movilidad de los trabajadores en el territorio comunitario no se limita a ocupar de manera efectiva un puesto de trabajo para el que ha habido una selección previa, sino que el derecho de libre circulación abarca otras manifestaciones, dotándolo de mayor amplitud y flexibilidad. Los ciudadanos de la Unión pueden, en virtud de ese derecho, responder a ofertas efectivas de trabajo, desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros, residir en uno de los Estados miembros

con objeto de ejercer en él un empleo con sometimiento a las mismas normas del Estado miembro que rige el empleo de los trabajadores nacionales, y permanecer en el territorio del país de acogida después de haber ejercido en él un empleo. El derecho de libre circulación es un derecho fundamental de los trabajadores y de sus familias, que encuentra desarrollo en el Reglamento 492/2011.

La libertad de movimiento en la Unión "contribuyen a un mejor funcionamiento de la economía en el país de acogida al ayudar a resolver la escasez de cualificaciones y los cuellos de botella en el mercado laboral"[1]. Resulta evidente que la movilidad por razones económicas tiene un tratamiento especial en el Derecho comunitario, implicando en especial "la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros" (art. 45.2 TFUE), y erigiéndose en el instrumento que garantiza a los trabajadores la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y favorecer su promoción social[2], y para los empleadores y empresas, la libre circulación de los ciudadanos de la UE permite seleccionar y contratar los trabajadores más adecuados para sus intereses empresariales. Todo ello requiere que la libre circulación

El derecho de libre circulación se ve reforzado, además, con la necesaria adopción de medidas en el ámbito de la seguridad social al objeto de remover los obstáculos que pueden oponer las legislaciones de los Estados miembros a la movilidad por el territorio de la Unión de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias. Es así como se crea un engranaje coordinado de tales normativas nacionales de Seguridad Social para evitar la pérdida de derechos adquiridos o en curso de adquisición por el hecho de ejercer la libre circulación y, como señala el artículo 48 TFUE, "creando, en especial, un sistema que permita garantizar: 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 para el cálculo de éstas; y b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros". Estos aspectos de Seguridad Social tienen desarrollo en los Reglamentos 883/2004 y 978/2009.

Tan completa regulación se torna frágil, sin embargo, en un elemento: el derecho de residencia. Realmente, el derecho de libre circulación en el territorio de la Unión contemplado para los ciudadanos comunitarios y, concretamente, para los trabajadores migrantes, está condicionado por la titularidad del derecho de residencia, hasta el punto que el debilitamiento o la pérdida de este derecho a causa de dejar de reunir las condiciones legales establecidas para su disfrute puede frustrar el derecho "fundamental" de libre circulación. Así ocurre para el ciudadano de la UE que ejerció la libre circulación y antes del año ha quedado en paro involuntario. Como demandante de empleo ahora, su derecho de residencia depende de acreditar que

1. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave*, 25.11.2013, COM (2013) 837 final, p. 2. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0837.

2. Preámbulo del Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

sigue buscando empleo y que tiene posibilidades reales de ser contratado; entretanto, el Estado de acogida está facultado para no atender su solicitud de prestaciones de asistencia social. Lo primero debilita su derecho de residencia si no logra probar tales extremos; y lo segundo incrementa el riesgo de indigencia de tal trabajador, planeando, en última instancia, el riesgo de expulsión del país cuando sea definitiva la pérdida del derecho de residencia.

II. LA DEGRADACIÓN DEL DERECHO DE RESIDENCIA "POR MÁS DE TRES MESES" DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO

La Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la UE persigue establecer las condiciones de ejercicio de del derecho de libre circulación y residencia, fijando una graduación de la duración del derecho de residencia que es reconocido a todo ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida[3].

Se contempla un derecho de residencia por un período inicial de tres meses condicionado únicamente a estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos (art. 6.1) y un derecho de residencia permanente cuando haya existido una situación de residencia legal durante un período continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida (art. 18.1). En una posición intermedia, la Directiva 2004/38 regula el derecho de residencia por más de tres meses bajo determinadas condiciones que varían en función de quién sea el titular (art. 7.1). Las posibilidades son las siguientes:

a) Ciudadanos de la UE que sean trabajadores en el Estado miembro de acogida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.
b) Ciudadanos de la UE que disponen "para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida".
c) Ciudadanos de la UE –estudiantes– "matriculados en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional", que reúnen las condiciones señaladas en el apartado anterior (recursos económicos para evitar ser una carga para la asistencia social del estado de acogida y un seguro completo de enfermedad), y,

3. Sentencia de 11 de abril de 2019, Tarola, asunto C-483/17.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

d) "Los miembros de la familia que acompañan a un ciudadano de la Unión, o van a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) precedentes".

Reparamos en la persona del trabajador, que tiene especial relevancia cuando del derecho de residencia se trata. Como ha podido apreciarse, el artículo 7.1 a) de la Directiva 2004/38 no establece requisito o condición para que una persona trabajadora adquiera el derecho de residencia en el país de acogida donde desempeña su actividad como asalariado o como trabajador por cuenta propia o autónomo.

A. Identificación del trabajador titular del derecho de residencia

En este contexto el concepto de "trabajador" escapa o se sustrae a consideraciones o apreciaciones nacionales, adquiriendo un sentido y significación netamente comunitarios, como reiteradamente ha destacado el Tribunal de Justicia desde hace décadas. La profusa jurisprudencia comunitaria existente en este terreno, sintetizada entre otras sentencias en la pronunciada en el asunto Vatsouras[4], destaca varios elementos clave que reproducimos con apego a su literalidad por el evidente interés que suscita:

Primero. "El concepto de trabajador, en el sentido del artículo 39 CE (actual art. 45 TFUE), posee un alcance comunitario y no debe interpretarse de forma restrictiva. Debe considerarse trabajador cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (sentencia de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, 66/85)".

Segundo. "Ni el nivel limitado de la retribución ni el origen de los recursos para esta última pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario (sentencia de 31 de mayo de 1989, Bettray, 344/87)".

Tercero. "El hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador con arreglo al artículo 39 CE (sentencias de 23 de marzo de 1982, Levin, 53/81 y de 14 de diciembre de 1995, Nolte, C-317/93), aunque la persona que la ejerza trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedentes de fondos públicos del Estado de residencia (sentencia de 3 de junio de 1986, Kempf, 139/85)"

Cuarto. "Además, por lo que se refiere a la duración de la actividad ejercida, la circunstancia de que una actividad por cuenta ajena sea de corta duración no puede, por

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

4. Sentencia de 4 de junio de 2009, Vatsuoras y Koupatantze, asuntos acumulados C-22 y 23/08.

sí sola, excluirla del ámbito de aplicación del artículo 39 CE (sentencias de 26 de febrero de 1992, Bernini, C-3/90, y de 6 de noviembre de 2003, Ninni-Orasche, C-413/01)".

Las connotaciones señaladas en los párrafos anteriores se refieren en todo caso a supuestos de trabajadores por cuenta ajena, lo que no es óbice para extrapolables al trabajo por cuenta propia[5] y con ello admitiendo que los trabajadores autónomos que ejercen la libre circulación pueden ser titulares del derecho de residencia en otro Estado miembro distinto del propio.

En efecto, la actividad desarrollada en régimen de autonomía debe ser real y efectiva, lo que determina excluir actividades que, por tener escasa significación en su realización, son consideradas de carácter marginal y accesorio. En términos de duración, no afecta a la calificación del trabajador como tal que la actividad desarrollada sea de corta duración. E igualmente, resulta irrelevante a estos efectos la cuantía y el origen de los ingresos obtenidos a consecuencia de la actividad desempeñada por el autónomo; no afecta a esta afirmación que sean inferiores al mínimo vital ni que el interesado trate de complementarlos con prestaciones asistenciales públicas reconocidas por el Estado de acogida.

Contrariamente a las exigencias que operan frente al ciudadano de la UE económicamente inactivo, que debe disponer de recursos suficientes "para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia" y de un seguro de enfermedad completo para disfrutar del derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro (letra b, del citado art. 7.1), se sobreentiende que el trabajador, por tener esta condición, percibe un salario o unos ingresos profesionales suficientes para mantener su derecho de residencia. Como se ha indicado e interesa resaltar ahora, incluso si el trabajador migrante tiene un salario inferior al mínimo de subsistencia, no por ello pierde la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario. En consecuencia, este trabajador "indigente" puede solicitar asistencia social y otras prestaciones sociales en el Estado miembro de acogida en igualdad de condiciones con los nacionales del mismo[6]. Esta importante afirmación tiene fundamento en el art. 24.1 de la Directiva de residencia, que consagra el principio de igualdad de trato de todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida con respecto a los propios nacionales de dicho Estado[7].

Profundizando aún más en la significación de la libre circulación para los trabajadores de la Unión y la titularidad del derecho de residencia, ser económicamente activo genera un vínculo suficiente para la integración en el país de residencia porque con su trabajo y los impuestos fiscales y cotizaciones sociales que paga el ciudadano

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

5. Sentencia de 20 de diciembre de 2017, Gusa, C-442/16.
6. Sentencia de 23 de marzo de 1982, Levin, asunto 53/81.
7. El artículo 24.1 de la Directiva 2004/38 señala: "Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Tratado y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente".

de la UE está contribuyendo a financiar las políticas sociales de dicho Estado[8]. En lo relativo al seguro de enfermedad (condición *sine qua non* para los ciudadanos económicamente inactivos), el estatus de trabajador presupone la existencia de una cobertura sanitaria derivada de su registro en un régimen nacional de seguridad social.

B. El trabajador que pierde su trabajo antes de un año

Es posible que el trabajador migrante cese en su prestación de servicios por cuenta ajena o ponga fin a su actividad por cuenta propia, en cuyo caso se ve comprometido su derecho de residencia en el Estado miembro donde desplegaba su actividad. En principio, el disfrute del derecho de residencia por más de tres meses es posible mientras se cumplan las condiciones previstas en el artículo 7, como recuerda el artículo 14.2 de la Directiva 2004/38.

No obstante, el apartado 3 del artículo 7 contempla el beneficio de mantener la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en determinados casos, previsión que reviste importancia por el efecto aparejado que conlleva consistente en seguir siendo titular del derecho de residencia *ex* artículo 7.

Los supuestos enumerados por la norma son únicamente cuatro, pero realmente no se trata de una lista exhaustiva y cerrada sino, por el contrario, meramente ejemplificativa y abierta a otros más. Como ejemplo, el Tribunal de Justicia ha incluido expresamente el supuesto de una mujer que había dejado de trabajar o de buscar trabajo debido a las limitaciones físicas relacionadas con la última fase del embarazo y el período subsiguiente al parto; esta mujer –señala el Tribunal– mantiene la condición de trabajadora en los términos del artículo 48 TFUE, siempre que se reincorpore a su trabajo o vuelva a encontrar empleo dentro de un período de tiempo razonable tras el nacimiento de su hijo[9].

1. Supuestos de mantenimiento de la condición de "trabajador"

El artículo 7.3 de la Directiva 2004/38 establece lo siguiente:

> A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:
>
> a) si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente;
> b) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;

8. En este sentido, sentencia de 14 de junio de 2012, Comisión c. Países Bajos, asunto C-542/09.
9. Sentencia de 19 de junio de 2014, Saint Prix, C-507/12.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

c) c) si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses;

d) si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo".

El mantenimiento de la condición de trabajador en estos casos tiene el efecto de conservar el derecho de residencia en el Estado miembro en el que se ha estado desarrollando la actividad laboral o profesional, en igualdad de condiciones con los nacionales de dicho país. Es decir, cesar en el ejercicio de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia o, dicho de otra manera, quedar económicamente inactivo, no sitúa al ciudadano de la Unión directamente en el supuesto de la letra b) del artículo 7.1., en virtud del cual se exigen otros condicionamientos para continuar residiendo en el Estado de acogida (disponer de recursos suficientes para no ser una carga para la asistencia social del Estado y de un seguro de enfermedad completo).

Como ha señalado el Tribunal de Justicia en el asunto Tarola (citado)[10], además de tratar de reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión, la Directiva 2004/38 persigue específicamente garantizar el derecho de residencia de quienes han dejado de ejercer su actividad profesional como consecuencia de una falta de trabajo debida a circunstancias ajenas a su voluntad; de ahí que se mantenga la condición de trabajador en determinados casos que recoge el artículo 7.3 y, en consecuencia, su derecho de residencia[11].

El denominador común a los supuestos que contempla el artículo 7.3 de la Directiva 2004/38 es, por tanto, una inactividad laboral o profesional de carácter temporal y, además, por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador. Quedan excluidos, por tanto, otros supuestos en los que la inactividad es consecuencia de una pérdida previsiblemente definitiva del empleo o motivada por un cese de actividad igualmente definitivo, o los supuestos de abandono o cese voluntario y asimilados.

La temporalidad que caracteriza a los supuestos del artículo 7.3 justifica el beneficio de conservar o mantener la condición de trabajador y con ello el derecho de residencia en el Estado de acogida. De este modo, la letra a) relativa al supuesto de una incapacidad laboral temporal motivada por una enfermedad o un accidente, presupone que el trabajador está temporalmente inactivo en tanto recupera la salud para reincorporarse a su puesto de trabajo o para reanudar su actividad por cuenta

10. Se aborda la situación de un ciudadano de nacionalidad griega que trabaja durante dos semanas en Irlanda, sin ser un contrato de duración determinada; luego queda en paro involuntario y se inscribe en la oficina pública como demandante de empleo. Se cuestiona si mantiene o no la condición de trabajador en los términos de los artículos 7.1.a) y 7.3.c) de la Directiva 2004/38.

11. En la misma línea se pronuncian las sentencias de 15 de septiembre de 2015, Alimanovic, C-67/14, y de 25 de febrero de 2016, García-Nieto y otros, C-299/14.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

propia. Precisamente la expectativa de retorno a la actividad laboral o profesional característica de situación de incapacidad laboral transitoria justifica el mantenimiento de la condición de trabajador a efectos del derecho de residencia.

La letra b) del artículo 7.3 de la Directiva se refiere a los ciudadanos que, tras más de un año de empleo han quedado en paro involuntario debidamente acreditado y se han inscrito en la oficina pública competente como demandantes de empleo con la finalidad de encontrar un trabajo. La duración de su actividad laboral o profesional prolongada ("más de un año") posiblemente permite presuponer una cobertura económica en término de prestaciones por desempleo y expectativas favorables de empleabilidad y reinserción en el mercado laboral derivado de su experiencia laboral, tanto como para no condicionar el mantenimiento de la condición de trabajador (y con ello el derecho de residencia) a ninguna circunstancia.

La letra c) contempla también un supuesto de pérdida de un empleo, aunque con una diferencia sustantiva, en términos de tutela, relativa a la duración de la relación laboral precedente, en todo caso inferior al año. Se distinguen dos supuestos: de un lado, las personas que han quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año (contrato sujeto a término); y de otro, los que han quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses de contratación, habiéndose inscrito igualmente en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En ambos casos, la norma introduce una importante precisión: "la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses".

Por último, la letra d) versa sobre aquéllos que siguen una formación profesional. Salvo que se encuentren en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

A) Precisiones jurisprudenciales

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido perfilando las notas que caracterizan las situaciones enumeradas en el artículo 7.3, en los siguientes términos:

Primero. La intención del Legislador comunitario fue graduar el alcance del derecho de residencia del ciudadano de la Unión que, por las causas indicadas (art. 7.3) carece temporalmente de la posibilidad de trabajar. Esencialmente, son dos los parámetros para realizar esa graduación: de un lado, la causa de la inactividad, ya sea una incapacidad temporal causada por accidente o enfermedad, una situación de paro involuntario o el seguimiento de una formación profesional. De otro lado, la influencia de la duración inicial de su actividad profesional en el Estado miembro de acogida, según supere o no el año (lo que afecta directamente a las letras b) y c) del artículo 7.3 de la Directiva de residencia)[12].

12. Asunto Tarola, citado.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

Segundo. El fundamento o, al menos, la posibilidad de que un ciudadano de la Unión mantenga su condición de trabajador sobre la base del artículo 7.3 y, en consecuencia, el derecho de residencia en el Estado de acogida (habría que añadir "en igualdad de condiciones que los propios nacionales"), se basa en la premisa de estar disponible o ser apto para reincorporarse al mercado laboral del Estado miembro de acogida "en un plazo razonable"[13]. Cuestión clave será precisar, en cada supuesto, la significación o el alcance de este concepto jurídico indeterminado.

Tercero. Relacionado con lo anterior, la reincorporación al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida "en un plazo razonable" no puede disociarse del Reglamento 492/2011, cuyos artículos 1 a 6 regulan el acceso al empleo de los nacionales en el territorio de otro Estado miembro diferente al de su propia nacionalidad.

Cuarto. Como apreciación destacada por su significación y, sobre todo, efectos, el mantenimiento de la condición de trabajador y correlativamente del derecho de residencia es posible sin límite temporal para los supuestos mencionados en las letras a), b) y d) del artículo 7.3 de la Directiva de residencia. Debe entenderse en los tres supuestos que se presupone la reanudación de la actividad laboral o productiva. En cambio, para la letra c) es temporal, limitado seis meses.

El trabajador migrante que ha trabajado por cuenta ajena o por cuenta propia durante menos de un año, que queda en paro involuntario y se inscribe en la oficina de empleo con la finalidad de encontrar un trabajo, mantiene la condición de trabajador y el derecho de residencia, aplicándosele la igualdad de trato con los nacionales, sólo durante un período mínimo de 6 meses. El Estado miembro de acogida en el que ha estado trabajando hasta quedar inactivo, puede ampliar ese período, pero no reducirlo. En cualquier caso, la duda se cierne sobre su futuro inmediato: ¿Qué puede ocurrir si al término de este período no se ha satisfecho la finalidad de encontrar empleo?

B) Seis meses más considerándolo "trabajador"

La temporalidad cifrada en seis meses para el mantenimiento de la condición de trabajador durante la situación de inactividad laboral y, por tanto, la conservación del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, marca la diferencia entre la letra c) y los demás supuestos del artículo 7.3. de la Directiva, en los cuales no se ve afectado el derecho de residencia porque se presume que el ciudadano comunitario va a reincorporarse al mercado laboral; o, al menos, esas son las expectativas de la propia norma. Precisamente la falta de una presunción similar o expectativas análogas en el supuesto de la letra c) limita sus efectos y cuestiona, en última instancia, el derecho de libre circulación de estos ciudadanos de la Unión.

Llegados a este punto, conviene recordar que es posible adquirir el derecho de residencia supeditado, en todo caso, a reunir las condiciones del artículo 7.1. Reforzando esta afirmación, el artículo 14.1 de la Directiva 2004/38 recuerda que el ciudadano de la Unión únicamente conservará el derecho de residencia si cumple las

13. SSTJUE de 13 septiembre 2018, Prefeta, asunto C-618/16 y de 19 junio 2014, Saint Prix, asunto C-507/12.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

condiciones previstas en el artículo 7, cuya finalidad es evitar que aquél pase a ser una carga excesiva para la asistencia social del estado miembro de acogida.

Durante el período de seis meses que el ciudadano comunitario conserva el estatuto de trabajador tras una extinción contractual por llegada del término establecido o de manera inesperada, en cualquier caso, sin haber sobrepasado la duración de un año, se aplica el principio de igualdad de trato regulado en el artículo 24 apartado 1 de la Directiva de residencia. En consecuencia, esta persona puede solicitar prestaciones de asistencia social de la misma manera que los propios nacionales y la respuesta a su solicitud debe ser la misma que la entidad gestora del país de residencia dé a sus propios nacionales en las mismas circunstancias; la condición de nacional de otro país miembro no ejerce influencia en este terreno; en otro caso, estaríamos hablando de un tratamiento discriminatorio por razón de nacionalidad, expresamente prohibido por la propia Directiva y las normas de derecho originario, como es sabido.

La letra c) del artículo 7.3 contempla dos supuestos diferenciados.

De un lado, la situación del trabajador que ha ejercido un empleo en virtud de un contrato de duración determinada inferior a un año que, a su término, queda en paro involuntario. Lo característico en este caso es que, siendo un contrato a término, el ciudadano ha podido prever o ha podido conocer la fecha de expiración de su contrato y reaccionar consecuentemente o hacer sus propias previsiones.

De otro lado, la situación de cualquier trabajador que ha "quedado en paro involuntario durante los doce primeros meses". A diferencia del supuesto anterior, el precepto no precisa que haya habido una contratación de duración determinada, lo que tampoco excluye esta posibilidad ni que se tratara de una contratación de carácter indefinido. Lo destacable en este caso es que el trabajador, contrariamente a sus propias expectativas, por razones ajenas a su voluntad, se ha visto sorprendido por una extinción contractual que acontece antes de cumplir un año de actividad. Debe aclararse que esta situación no es privativa de los trabajadores asalariados, sino que también es predicable de los trabajadores autónomos que por diversas circunstancias ajenas a su voluntad, ven truncada su actividad profesional en contra de sus expectativas, sin haber alcanzado un año de actividad en el Estado miembro de acogida. Este es el supuesto de la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Gusa (citado), en el que el cese de actividad viene determinado por la falta de trabajo debida a circunstancias ajenas a la voluntad del propio trabajador.

La pérdida de empleo o el cese de actividad en las circunstancias descritas, es decir, de manera sobrevenida y en contra de las propias expectativas del trabajador, ofrecen un matiz singular a estos supuestos en términos de fragilidad o vulnerabilidad, máxime aún si en el plazo mínimo de los seis meses que menciona el precepto el trabajador no ha colmado el objetivo de encontrar nueva ocupación o la reinserción en el mercado laboral.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

c) *El vínculo de integración*

El hecho de acceder al mercado laboral de un Estado miembro genera para los trabajadores migrantes la posibilidad de establecer un "vínculo de integración" suficiente en la sociedad de ese Estado que les permitirá beneficiarse del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores nacionales en lo relativo a las ventajas sociales. Este principio se aplica a todas las condiciones de empleo y trabajo, e igualmente a todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón, principalmente, de su condición objetiva de trabajadores, o por el mero hecho de que tienen su residencia habitual en territorio nacional. Como precisa el Tribunal de Justicia, "el vínculo de integración resulta, en particular, del hecho de que, con las cotizaciones sociales que paga en el Estado miembro de acogida en virtud de la actividad asalariada que ejerce, el trabajador migrante contribuye también a la financiación de las políticas sociales de dicho Estado y debe beneficiarse de ellas en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales"[14].

Ese vínculo de integración con el Estado miembro de acogida justifica asimismo que el ciudadano de la Unión pueda reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del mismo país en lo relativo al acceso a prestaciones sociales, ya sean las prestaciones de asistencia social en el marco de la Directiva de residencia, o las prestaciones especiales en metálico no contributivas del artículo 70 del Reglamento 883/2004[15], condicionado en ambos casos a que su estancia en el territorio de dicho Estado cumpla los requisitos de la Directiva 2004/38[16]. Se infiere de cuanto antecede que el trabajador en paro involuntario y ahora demandante de empleo en los términos del artículo 7.3.c), puede invocar la igualdad de trato durante los seis meses que se mantiene la condición de trabajador.

Es importante destacarlo, porque en este breve período de inactividad y cobertura económica incierta (habría que analizar caso si se ha generado derecho a prestaciones de desempleo, en qué cuantía y por cuánto tiempo), los ciudadanos de la Unión pueden solicitar prestaciones sociales de carácter económico con la finalidad, en términos

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

14. Sentencia de 14 de junio de 2012, Comisión c. Países bajos, asunto C-542/09, citada.

15. El Tribunal de Justicia ha asimilado las prestaciones especiales en metálico no contributivas del art. 70 del Reglamento 883/2004 a las prestaciones de asistencia social que menciona la Directiva de residencia. En la sentencia de 19 de septiembre de 2013, Brey, C-140/12, manifiesta que "las «prestaciones especiales en metálico no contributivas» contempladas en el artículo 70, apartado 2, de dicho Reglamento están comprendidas en el concepto de «prestaciones de asistencia social» en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Este concepto se refiere a todos los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia y que, por ello, puede convertirse, durante su estancia, en una carga para las finanzas públicas del Estado miembro de acogida, que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado".

16. Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Dano, C-333/13. Sobre este tema, ver Sánchez-Rodas Navarro, C., "La aplicación del Derecho de la Unión Europea a las prestaciones especiales en metálico no contributivas", en Ortiz Castillo, F. y Sánchez-Rodas Navarro, C. (dirs.): *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, 2021, p. 535.

generales, de cubrir situaciones de necesidad. Si han obtenido prestaciones por desempleo de baja cuantía y duración (máxime si son trabajadores jóvenes), está justificado que soliciten una protección social complementaria a modo de asistencia social o prestaciones no contributivas de ingresos mínimos.

La cuestión que subyace es si resulta suficiente esta tutela (al menos) por seis meses y qué ocurre si en este plazo el que fuera trabajador migrante y ahora demandante de empleo no logra el objetivo de reinsertarse en el mercado laboral del estado de acogida. Se pone de manifiesto en este punto la doble finalidad de la Directiva 2004/38: de un lado, salvaguardar el derecho de libre circulación de los trabajadores, para lo cual se establece el mantenimiento de la condición de trabajador en el sentido expuesto; y de otro lado, proteger las finanzas públicas del Estado de residencia, evitando que el ciudadano de la Unión se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del mismo[17].

2. *Un derecho de residencia con garantías debilitadas*

Al término del período de seis meses sin haber logrado encontrar una ocupación laboral o productiva, el ciudadano de la Unión deja de tener la consideración de "trabajador" y decae su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida *ex* artículo 7.3 c) de la Directiva y con ello la aplicabilidad del principio de igualdad de trato del artículo 24.1 de la misma norma.

Esto no significa que se haya agotado su derecho de residencia y se encuentre en una situación de irregularidad. La Directiva permite continuar siendo titular del derecho de residencia, pero condicionado a determinados requisitos y con unos efectos potencialmente debilitadores de la posición económica del ciudadano. En esta fase, su derecho de residencia no deriva del artículo 7, sino del artículo 14.4 b) de la Directiva 2004/38, según el cual no puede ser expulsado si está buscando trabajo, y mientras pueda demostrar que sigue buscándolo y que tiene posibilidades reales de ser contratado. Dicho de otra forma, el ciudadano de la Unión, demandante de empleo, sigue encontrándose en una situación de residencia regular en el territorio de ese Estado miembro y, como tal, no cabe ordenar su expulsión[18].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

17. Razona el Tribunal de Justicia que "aceptar que personas que no disfruten de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a prestaciones de asistencia social en las mismas condiciones aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, enunciado en su décimo considerando, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida". Sentencia Dano, citada.

18. "La posibilidad de que el Estado miembro de acogida expulse al ciudadano de la Unión que ya no se encuentra en situación de residencia legal en su territorio se inscribe en el objetivo específico de la Directiva 2004/38, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias que ejerzan un derecho de residencia al amparo de esta Directiva se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida durante su residencia temporal. Al efecto, resulta elocuente el asunto FS sobre un ciudadano de nacionalidad polaca residente en los Países Bajos que, según el Secretario de Estado, se encontraba en situación de residencia irregular. Se argumenta que "aunque FS había trabajado durante un período de cinco meses en los Países Bajos, ya no ejercía ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, no había demostrado ser desempleado involuntario o demandante de empleo y no cursaba estudios. Además, dicha investigación reveló que FS no había

La protección frente a una orden de expulsión del territorio del Estado en que reside y la prolongación de la situación de residencia legal del ciudadano comunitario que ya no es trabajador ni mantiene ese estatuto por el hecho de seguir siendo demandante de empleo, presenta el grave inconveniente que, en tales circunstancias, entra en juego la excepción al principio de igualdad: el Estado de residencia está facultado para no conceder el derecho a prestaciones de asistencia social (ni prestaciones especiales en metálico no contributivas) a quienes busquen empleo en su territorio durante el período más prolongado en el que tienen derecho a permanecer en dicho Estado (art. 24.2 de la Directiva).

No obstante, en caso de solicitar ese tipo de prestaciones no estaría justificado ordenar la expulsión del territorio de manera automática. La Directiva 2004/38 exige que el Estado miembro considere la situación individual de la persona interesada cuando se disponga a adoptar una medida de expulsión, o constatar que esa persona se ha convertido efectivamente en una carga excesiva para la asistencia social durante su período de residencia (art. 14.3)[19]. El recurso a la asistencia social –recuerda el considerando 16 de la Directiva– debe obedecer a dificultades temporales y hay que tener en cuenta otros aspectos como "la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida antes de poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión"[20].

El plazo para buscar empleo [no concretado por el artículo 14.4 b), como tampoco en el artículo 24.2 de la Directiva] se supone que debe ser razonable como para que los solicitantes de empleo puedan llegar a conocer, en el territorio del Estado miembro de acogida, ofertas de empleo adecuadas a su capacitación profesional y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados. En esta tesitura, es dudoso que el trabajador que ha perdido su empleo (o el autónomo que ha cesado en su actividad) en menos de un año, tras permanecer seis meses más desocupado buscando empleo, cuente con recursos suficientes; es probable que su deficitaria capacidad financiera le lleva a solicitar prestaciones sociales de ingresos mínimos u otras dirigidas a la empleabilidad, más aún si ha agotado la protección específica por desempleo.

Como recuerda la sentencia Vatsouras (citada), no pueden considerarse prestaciones de asistencia social en el sentido del artículo 24.2 de la Directiva de residencia las prestaciones económicas destinadas a facilitar el acceso al mercado de trabajo, a las

demostrado disponer de recursos suficientes para su propia manutención. Por último, se tuvo en cuenta el hecho de que FS había sido detenido por los servicios de policía en varias ocasiones por ser sospechoso de haber cometido robos de carteras y hurtos en tiendas". Aspectos tenidos en cuenta para cursar la orden de expulsión del territorio de dicho Estado miembro. Sentencia de 22 de junio de 2021, FS, C-719/19.

19. Sentencia Brey, citada.

20. Para la orden de expulsión, el Considerando 23 de la directiva señala la necesidad de considerar "el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen". Respecto a este tema, Sánchez-Urán Azaña, M. Y.: "Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE", *La Ley Unión Europea*, núm. 32, 2015.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

que, sin excepción, se aplica el principio de igualdad de trato (*ex* art. 45.2 TFUE) con respecto a los ciudadanos de la Unión que ejercen la libre circulación como demandantes de empleo, porque la finalidad de tales prestaciones es, precisamente, facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro[21]. La peculiaridad en este caso es que la concesión de prestaciones económicas dirigidas a facilitar el acceso al mercado de trabajo no es incondicional, pues puede quedar supeditada por la normativa nacional a comprobar la existencia de un vínculo real y efectivo entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado[22], lo que cabe inferir si se constata que la persona ha estado buscando empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período razonable. Factores adicionales de influencia serían la situación familiar del interesado, sobre todo si tiene lazos de parentesco con nacionales del país de acogida, o hijos escolarizados en el mismo, o ha desempeñado un trabajo en ese territorio con anterioridad, entre otros[23].

III. LIBRE CIRCULACIÓN VS. EXCLUSIÓN SOCIAL: ¿CUESTIÓN DE SOLIDARIDAD?

De cuanto antecede se ha puesto de manifiesto la precariedad de los trabajadores que quedaron en paro involuntario antes de transcurrir un año habiendo estando ocupados laboral o profesionalmente en el territorio de otro Estado miembro y que siguen buscando trabajo, cuando han perdido el estatuto de trabajador. Su situación se agrava con el paso del tiempo si no encuentra un empleo, si han agotado la protección por desempleo y si no es posible acceder a prestaciones de asistencia social o especiales no contributivas. La carencia de recursos suficientes para atender sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia incrementa el riesgo de convertirse en una carga para la asistencia social del Estado de acogida. Ahora son ciudadanos de la Unión en situación de indigencia que, con un derecho de residencia endeble, ven frustrado su derecho de libre circulación.

Es evidente que mejorar la situación de los demandantes de empleo exige fomentar acciones específicas para reforzar su empleabilidad, entre otras cosas, en el ámbito de la formación profesional, o participando en cursos de adaptación para facilitar su reinserción y mantenerlos empleados. Estas acciones deben ser gestionadas por los servicios públicos de empleo del país de acogida en el marco de las políticas activas del mercado de trabajo y deben centrarse principalmente en sectores productivos o industriales en expansión. Esto no sólo supone las actividades tradicionales implementadas en general por los servicios públicos de empleo para luchar contra el desempleo, sino ir más allá a través de acciones a medida dirigidas a este colectivo y

21. Sentencias de 15 de septiembre de 2005, Ioannidis, C 258/04, y de 23 de marzo de 2004, Collins, C 138/02.
22. Sentencia de 11 de julio de 2002, D'Hoop, C 224/98.
23. Sobre la existencia de un vínculo real y efectivo de los demandantes de empleo con el Estado de acogida, ver Sánchez-Urán Azaña, M. Y.: "Libertad de circulación en la Unión Europea y derechos de protección social", 2015, https://docta.ucm.es/entities/publication/7f97c56e-fd12-483f-ba00-406ff55c49e6

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

a sus necesidades específicas, "reparando en particular en sus cargas, familiares, cultura y conocimientos idiomáticos, debiendo incentivarse ad nauseam su previa colocación"[24], sobre todo cuando está latente la posibilidad de expulsión del país. En todo caso, las actuaciones referidas se iniciarían cuando el trabajador pasase a situación de desempleo, determinándose en cada caso su duración en función de la situación del mercado de trabajo nacional y de la idoneidad de la persona para la recolocación, lo que puede suponer incluso superar los seis meses iniciales de desempleo.

En paralelo y para darles estabilidad económica mientras dura la búsqueda de otro empleo, sería conveniente garantizar su derecho de residencia en el Estado de acogida evitando que se conviertan en una carga para su sistema de asistencia social. La forma de conseguir este objetivo es aplicándoles el principio de igualdad de trato del artículo 24.1 de la Directiva 2004/38 más allá de los seis meses iniciales de desempleo (durante los que habían conservado el estatuto de trabajador), o lo que es lo mismo, anulando la excepción a dicho principio con respecto a estos demandantes de empleo. De esta forma la prestación de asistencia social recupera plenamente su genuina naturaleza de ayuda de subsistencia para atender situaciones específicas de necesidad motivadas por la carencia de rentas.

El problema que se suscita es la forma de financiar la prestación a partir del período siguiente a los seis primeros meses de desempleo: ¿Sería asumida íntegramente del Estado de acogida, o compartido con el Estado miembro de procedencia del demandante de empleo, o sufragada con cargo a fondos de la Unión? Esta última posibilidad estaría justificada precisamente por el fomento de la libre circulación de trabajadores, la integración social y la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Cuestión de interés no menor es la duración que se daría a la prestación[25]. Obviamente, las acciones en el marco de las políticas activas del mercado de trabajo y las prestaciones de subsistencia deben tener un final natural. Ambas deben terminar una vez agotadas las posibilidades de formación y empleo, por razones subjetivas como la falta de capacidad o preparación del trabajador afectado, o por factores objetivos de recolocación en el mercado laboral[26].

La precariedad económica de los demandantes de empleo a que nos referimos y la incertidumbre de su futuro en el Estado miembro de acogida conduce el análisis hacia la compatibilidad del principio fundamental de libre circulación con el objetivo de lucha contra la pobreza y la exclusión social en la Unión Europea. El debilitamiento progresivo del derecho de residencia de los demandantes de empleo si no encuentran ocupación en un plazo adecuado pone en entredicho su derecho a la libre circulación y les sitúa en una posición precaria próxima a la indigencia.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

24. Guerrero Padrón, T.: "El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de seguridad social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, p. 292.

25. Tema tratado con soluciones similares por Patuzzi, L. and Benton, M.: "Rethinking social security coordination: From tinkering to radical reform", *Reminder project on Role of European mobility and its impacts in narratives, debates and EU reforms*, 2018, p. 12. https://www.reminder-project.eu/wp-content/uploads/2018/06/D12.2-Final_June-2018.pdf.

26. Sobre esta cuestión Guerrero Padrón, T.: "El derecho de residencia...", ob. cit., p. 292.

No hay que olvidar en este análisis la preocupación justificada del Estado miembro de acogida por proteger su sistema de asistencia social, conciliándolo con la libre circulación. Además de garantizar este derecho, la Unión persigue combatir la pobreza y la exclusión social, que se erigen como objetivos generales de la Unión (art. 3.3 del Tratado de la UE y art. 9 TFUE) y específicos de la política social (arts. 151 y 153 del TFUE)[27]. Al respecto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que "toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a percibir prestaciones de seguridad social" y ayudas sociales; a fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a beneficiarse de ayudas sociales y a la vivienda con el fin de garantizar una existencia digna a las personas que no dispongan de recursos suficientes (art. 34.2 y 3).

En sintonía con estas normas, los principios 13 y 14 del Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017) contemplan, respectivamente, el derecho de los *desempleados* "a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re) integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales; estas prestaciones no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo", y el derecho de *toda persona que carezca de recursos suficientes* "a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral". Ambos principios entran de lleno en la problemática que planteamos.

La renta mínima, como prestación no contributiva, existe en varios Estados miembros. Los problemas que puede presentar esta prestación derivan de sus criterios de elegibilidad cuando obstaculizan el acceso efectivo de los trabajadores migrantes a la protección, por ejemplo, si la exigencia de residencia legal en el territorio del Estado resulta desproporcionada; ocurre de manera análoga si la verificación de los recursos para determinar la situación de vulneración económica derivada de la carencia de rentas o ingresos suficientes se fija en umbrales muy bajos, pues el efecto que se produce es dejar fuera de la protección a personas en auténtica situación de indigencia.

A nivel institucional, se debate en la UE actualmente sobre la pobreza de los trabajadores, en concreto, la problemática de los trabajadores migrantes, en una alta proporción jóvenes, que no encuentran empleos de calidad y estables con contratos permanentes, sino precarios y temporales, pasando a menudo por períodos de desempleo de larga duración[28]. Se insta a los Estados miembros, en el marco de sus respectivas competencias nacionales, a revisar sus sistemas de protección por desem-

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

27. Los artículos 151 y 153 TFUE mencionan, respectivamente, la lucha contra las exclusiones como objetivo de la Unión y de los Estados miembros, y el apoyo de la Unión a los Estados miembros en la lucha contra la exclusión social.

28. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, sobre la reducción de las desigualdades, con especial atención a la pobreza de los trabajadores (2019/2188(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0044_ES.html.

pleo y de garantía de ingresos mínimos para mejorar la seguridad social de quienes trabajan y residen en la Unión, y para apoyar que las personas completen con éxito su transición en el mercado laboral. Un medio interesante para lograrlo puede ser la iniciativa de promover una renta mínima adecuada que garantice la inclusión activa[29], y su regulación armonizada vía directiva como el instrumento jurídico más adecuado[30].

Probablemente, la deseada integración europea no se ha completado aún y es posible que para lograrlo haya que trasponer al ámbito comunitario el principio de solidaridad que funciona a nivel nacional en los sistemas de Seguridad Social[31]. Sólo así podría comprenderse y admitirse asistir situaciones de indigencia que padecen en el territorio de un Estado miembro los nacionales de otro diferente, que ejercieron la libre circulación con la finalidad de trabajar y que, tras las vicisitudes ampliamente descritas en este artículo, se encuentran en franca situación de necesidad.

IV. CONCLUSIONES

La libre circulación de los trabajadores de la Unión Europea comporta el riesgo de provocar una movilidad de trabajadores indigentes, cuando se debilita su derecho de residencia por más de tres meses en el Estado de acogida, a causa de la previa pérdida de un empleo y la falta de ocupación subsiguiente, situación predicable de aquellos trabajadores que han quedado en paro involuntario antes de concluir un año de contrato y buscan nuevo trabajo como demandantes de empleo, en los términos del artículo 7.3.c) de la Directiva 2004/38. El tiempo corre en contra de estos ciudadanos comunitarios, que pueden ver denigrada su situación económica hasta la indigencia, peligrando incluso la permanencia en el Estado de acogida. Lo que fuera su derecho de libre circulación se ha visto frustrado por una regulación del derecho de residencia fiel al celo de los Estados miembros de preservar sus finanzas públicas de la posible carga que, para el sistema de asistencia social, pueden representar estos ciudadanos de "otros" Estados miembros, ahora en su propio territorio, sin ser económicamente productivos (pareciendo irrelevante que lo hayan sido con anterioridad)[32].

29. Recomendación del Consejo sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, de 30 de enero de 2023 (DOUE núm. 41, de 3 de febrero de 2023, pp. 1-12). Es interesante la propuesta de unificar las prestaciones de asistencia social y las especiales no contributivas que regulan, respectivamente la Directiva de residencia y el Reglamento de coordinación, en una única prestación de renta mínima de subsistencia; en este sentido, Vonk, G.: "The EU (non) co-ordination of mínimum subsistence benefits: what went wrong and what ways forward?", *European Journal of Social Security*, vol. 22, issue 2, June 2020.

30. Un estudio completo sobre unas rentas mínimas adecuadas proponiendo su regulación armonizada a través de una directiva en Van Lancker, A.; Aranguiz, A. and Verschueren, H.: *Expert study on a binding EU framework on adequate national minimum income schemes: Making the case for an EU framework directive on minimum income*, 2020, https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2020/10/EAPN-european-minimum-income-eu-framework-expert-study_October-2020-4734.pdf.

31. En este sentido, Verschueren, H.: "Free movement of Eu citizens. Including for the Poor?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n. 1, 2015.

32. Cuestión tratada con amplitud y detalle por Groenendijk, K.: "Access for migrants to social Assistance: Closing the frontiers or reducing citizenship?", in Guild, E.; Carrera, S. and Eisele, K. (eds.): *Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the European Union*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2013, p. 22.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

Lo económico sigue primando sobre lo social en la Unión Europea de hoy. No obstante, hay que recordar los objetivos del artículo 3 del Tratado de la UE e intercomunicarlos entre sí para diseñar estrategias políticas y normativas adecuadas, que concilien, de un lado, la garantía de la libre circulación, las actuaciones en pro de un desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado y una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, con, de otro lado, la lucha contra la exclusión social, el fomento de la justicia y la protección sociales, la solidaridad entre las generaciones, la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

Los trabajadores (y los miembros de sus familias) que se aventuran a desplazarse a otro Estado miembro con fines de empleo son los auténticos artífices de la integración social europea. Las vicisitudes que afrontan derivadas de su situación laboral o profesional precisan un apoyo efectivo de los servicios de empleo del Estado de acogida y, sobre todo, un soporte a modo de prestaciones sociales mientras están desocupados y buscando empleo. Que en esta situación decaiga la igualdad de trato con los nacionales del país de acogida, supone dejar a los demandantes de empleo en una situación de auténtica precariedad. Probablemente eliminar esta excepción de la Directiva de residencia (art. 24.2) mejoraría la situación de este particular colectivo y favorecería sus expectativas de reinserción laboral e integración en el Estado de acogida.

La opción por prestaciones de rentas mínimas, diseñadas para afrontar el riesgo de pobreza y exclusión social en clave armonizada, es una buena solución que hará tomar conciencia del problema a los Estados miembros y ayudará a superar planteamientos típicos –todavía– de Estados plenamente soberanos. Una verdadera solidaridad entre los Estados miembros aplicada en el terreno práctico removería las limitaciones que afronta la libre movilidad, tratando a los nacionales de los otros Estados miembros en el propio territorio como a verdaderos ciudadanos de la Unión.

Las únicas causas razonables que podrían condicionar el derecho a la libre circulación de los trabajadores en paro involuntario que son demandantes de empleo, serían la ineficacia o inoperatividad de las medidas específicas adoptadas en el ámbito de las políticas activas de empleo, bien porque el propio interesado no puede adaptarse al mercado de trabajo a pesar de los esfuerzos realizados, o porque el mercado de trabajo nacional se ha vuelto selectivo e imposible de recolocar para esos ciudadanos, a pesar de los estímulos adoptados.

Bibliografía

Groenendijk, K., "Access for migrants to social Assistance: Closing the frontiers or reducing citizenship?", in Guild, E.; Carrera, S. and Eisele, K. (eds.): *Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the European Union*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2013.

Guerrero Padrón, T.: "El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de seguridad social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IUSTEL, núm. 49, 2018.

Patuzzi, L. and Benton, M.: "Rethinking social security coordination: From tinkering to radical reform", *Reminder project on Role of European mobility and its impacts in narratives, debates and*

EU reforms, 2018, https://www.reminder-project.eu/wp-content/uploads/2018/06/D12.2-Final_June-2018.pdf

Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación del Derecho de la Unión Europea a las prestaciones especiales en metálico no contributivas", en Ortiz Castillo, F. y Sánchez-Rodas Navarro, C. (dirs.): *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, 2021.

Sánchez-Urán Azaña, M. Y.: "Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE", *La Ley Unión Europea*, núm. 32, 2015.

Sánchez-Urán Azaña, M. Y.: "Libertad de circulación en la Unión Europea y derechos de protección social", 2015, https://docta.ucm.es/entities/publication/7f97c56e-fd12-483f-ba00-406ff55c49e6

Van Lancker, A.; Aranguiz, A. and Verschueren, H.: *Expert study on a binding EU framework on adequate national minimum income schemes: Making the case for an EU framework directive on minimum income*, 2020, https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2020/10/EAPN-european-minimum-income-eu-framework-expert-study_October-2020-4734.pdf

Verschueren, H.: "Free movement of EU citizens. Including for the Poor?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n. 1, 2015.

Vonk, G., "The EU (non) co-ordination of minimum subsistence benefits: what went wrong and what ways forward?", *European Journal of Social Security*, vol. 22, issue 2, June 2020.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 111 - 130
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.07

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

O trabalhador empreendedor: luzes e sombras da promessa de proteção social*

THE ENTERPRISING WORKER: LIGHTS AND SHADOWS OF THE PROMISE OF SOCIAL PROTECTION

Thereza C Nahas[1]
Profesora Colabora UOC y Jueza Laboral
Tnahas@uoc.edu https://orcid.org/0000-0003-3534-9491

Recibido: 31.10.2023 | Aceptado: 15.11.2023

RESUMO

As crises por que passam a humanidade são responsáveis por diversas transformações sociais e econômicas. A evolução da sociedade, as mudanças geracionais e o impacto que a tecnologia proporcionou a movimentação de pessoas, bens e negócios resulta em algumas das causas de maior precarização nas relações de trabalho. A proteção social está em uma encruzilhada: o contingente de vulnerabilidades aumentou e as necessidades a serem atendidas extrapola, em muitas veze, as forças econômicas dos Estados. O trabalhador empreendedor é figura que surgiu nos espaços abertos deixados pelo direito do trabalho e vem se tornando um grupo cada vez maior, devendo ser incluídos no programa de proteção social e do trabalho decente. Incumbe aos Estados realizarem uma gestão adequada de proteção aos trabalhadores, bem como as empresas agirem com responsabilidade social e diligência devida. Somente assim será possível alcançar o desenvolvimento econômico e social, permitindo que os trabalhadores-empreendedores sejam retirados das sombras da precariedade.

PALAVRAS CHAVES

Empreendedorismo
Novas relações de trabalho
Proteção social
Direitos fundamentais

* Investigación realizada en el marco del proyecto de investigación "La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la transición digital, ecológica, territorial y hacia la igualdad en la diversidad" (CIGE/2022/171), financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana.

** Pesquisa realizada no marco do projeto do grupo Trabajo decente y transiciones justas da Faculade de Dieito da Universidade de Valencia (Espanha).

1. Pós-Doutora e Doutora pela Universidad Castilla La-Mancha (campus Albacete/Espanha); Doutora pela PUC/SP; Acadêmica titular da Cadeira nº43 da ABDT; Juíza do Trabalho (TRT/SP); Membro da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Seguridade Social; Professora colaboradora da Universitat Oberta de Catalunya; Professora Visitante na Faculdade de Direito de Milão no programa de doutorado; Professora visitante na PUC/RS e Professora convidada na PUC/SP. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2361402097260893; membro da Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; email: tnahas70@gmail.com.

ABSTRACT

The crises that humanity is going through are responsible for several social and economic transformations. The evolution of society, generational changes and the impact that technology has had on the movement of people, goods and businesses result in some of the causes of greater precariousness in work relationships. Social protection is at a crossroads: the number of vulnerabilities has increased and the needs to be met often go beyond the economic strengths of States. The entrepreneurial worker is a figure that emerged in the open spaces left by labor law and is becoming an increasingly larger group and should be included in the social protection and decent work program. It is up to States to carry out adequate management of worker protection, as well as companies to act with social responsibility and due diligence. Only in this way will it be possible to achieve economic and social development, allowing worker-entrepreneurs to be removed from the shadows of precariousness.

KEYWORDS

Entrepreneurship
New labor relations
Social protection
Fundamental rights

SUMÁRIO

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS
II. EMPREENDEDORISMO E RELAÇÕES DE TRABALHO
III. MICROEMPREENDEDOR E PROTEÇÃO SOCIAL – A NECESSÁRIA INCLUSÃO
IV. CONCLUSÃO
Bibliografia citada

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A cada crise que assola a humanidade, novos negócios surgem e outros desaparecem ou simplesmente se transformam. Não foi diferente com a crise financeira de 2008 (das *subprimes*) e não será diferente com a pandémica de 2020[2].

Pode-se dizer que as questões de alta complexidade e de latente discussão acabam por centrar-se nos temas da desigualdade social e na fratura do direito do trabalho que alguns países como Brasil, insistem em ignorar. A expectativa de desenvolvimento econômico e tecnológico mundial são incompatíveis com os sistemas tradicionais de relações de trabalho e inconciliáveis as características destas novas relações que, no mais das vezes, tem natureza global sem uma correspondente tutela jurídica da mesma natureza.

Um dos fenômenos de divergência no direito do trabalho está relacionado ao que se nominou de *novas relações de trabalho*, situação esta que surge, na verdade,

2. Em 05/05/2023 as Nações Unidas declara o fim da COVID-19 como um estado de emergência de saúde publica (ONU/Brasil: "Chefe da Organização Mundial da Saúde declara o fim da COVID-19 como uma emergência de saúde global", *Nações Unidas no Brasil*, 5 de maio de 2023, disponível em https://brasil.un.org/pt-br/230307-chefe-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-sa%C3%BAde-declara-o-fim-da-covid-19-como-uma-emerg%C3%AAncia-de-sa%C3%BAde, acesso em 05/05/2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

em razão e como resultado das reestruturações empresariais e dos mercados de trabalho e económico[3].

É certo que a pandemia da COVID-19 cuidou de acentuar, ou simplesmente, evidenciar preocupações que já existiam e reclamavam ações que a OIT se dedica ao largo de seus mais de cem anos de história, especialmente no que concerne ao tema da proteção social:

> A pesar de los encomiables avances logrados en la construcción de sistemas de protección social durante más de cien años, la mayoría de la población mundial sigue excluida de cualquier forma de seguridad social. Las enseñanzas extraídas de la COVID-19 confieren fuerza a los argumentos para que los países redoblen sus esfuerzos dirigidos a construir sistemas de protección social universales, adecuados e integrales, con inclusión de los pisos de protección social. Existe una preocupación real de que las repercusiones sanitarias, económicas y sociales de la pandemia puedan hacer descarrilar el progreso hacia la consecución de la Agenda 2030 y la realización de los derechos humanos (...). En vista de estos desafíos, los sistemas de protección social deben reforzarse enérgicamente para apoyar una recuperación inclusiva y sostenible, promover la justicia social y hacer realidad el derecho humano a la seguridad social para todos (...), poniendo el progreso hacia los ODS de nuevo en la vía correcta e incluso acelerándolo. La inversión en protección social es un impulsor esencial para los ODS, que contribuye a múltiples objetivos, en particular, el fin de la pobreza (ODS 1) y el hambre (ODS 2), y la promoción de la buena salud y el bienestar (ODS 3), la igualdad de género (ODS 5), el trabajo decente y el crecimiento económico (ODS 8), la reducción de las desigualdades (ODS 10), y la paz, la justicia y las instituciones fuertes (ODS 16). Además de apoyar las dimensiones económicas y sociales del desarrollo sostenible, la protección social también contribuye al pilar medioambiental, especialmente al ODS 13, a través de su función de facilitar una «transición justa» hacia economías y sociedades más ecológicas[4].

3. É curioso como no Brasil se vê um paradoxo entre o discurso supostamente em benefício da tutela social do trabalhador e as ações que efetivamente se concretizam para cumprimento do programa do trabalho decente e da inclusão dos trabalhadores às novas realidades econômicas e tecnológicas. O legislativo apresenta-se cada vez mais omisso e o Judiciário cada vez mais controvertido e ativista. Em 23/08/2018 o Supremo Tribunal Federal (daqui por diante por sua sigla, STF) julgou a legalidade do tema relacionado a terceirização (ADPF 324 e o RE com repercussão geral 958252). Naquela ocasião, a decisão da Corte observou que há novas relações de trabalho que surgiram no decorrer dos anos e em razão do desenvolvimento econômico, que não se confundem com o modelo desenhado na Consolidação das Leis do Trabalho (daqui por diante por sua sigla, CLT) que trata unicamente das relações de trabalho subordinadas. A partir daí aquela Corte passou a entender que as relações entre representante e comercial e empresas deveria ser decidida no âmbito do processo comum, entendendo tratar-se de relação de cunho comercial, ainda que o representante formule pedido de nulidade do contrato de representação e declaração de vínculo de subordinação, pedidos estes que tradicionalmente são de competência da Justiça do Trabalho. Apegada a esta mesma posição, a Corte Constitucional, decidiu que no caso de trabalhador em plataforma, o raciocínio do julgamento será o mesmo: o trabalhador em plataforma está sujeito a um contrato distinto daquele regulado pela CLT e, por isso, não terá direito, ainda que seja uma pessoa física, a reclamar a tutela destinada a relação de emprego subordinada (Reclamação 59795-Minas Gerais) A justiça do trabalho, nos últimos anos, diverge sobre a natureza da relação entre trabalhadores e plataformas virtuais, viabilizando que a questão chegasse ao STF que deu a discussão caráter de matéria constitucional justamente para afastar, não somente a competência jurisdicional da justiça social, mas para golpear de forma definitiva qualquer discussão que se pudesse plantear no plano trabalhista. Parece que as discussões vão na contramão da intenção da Organização Internacional do Trabalho de inserir no sistema protetivo trabalhadores subordinados ou não, como o fez no Convênio 190 não ratificado pelo Brasil até este momento (este artigo foi concluído em 30/09/2023).

4. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, OIT, Ginebra, 2021, p. 36, disponível em https://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-social-security-report/2020-22/lang--es/index.htm, acesso em 09/05/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

É dentro deste contexto e da máxima preocupação com a inclusão de trabalhadores no mercado de trabalho decente, que se faz necessário um olhar cuidadoso sobre outros tipos de vínculos de trabalho que não aqueles sujeitos ao tradicional contrato subordinado. Há que considerar a relação direta que esta máxima tem com as mudanças económicas e estruturais numa sociedade cada vez mais globalizada, digitalizada e consumista.

No decorrer da história do direito do trabalho e da luta travada especialmente pela formação de uma tutela efetivamente protetiva aos mais débeis, novos modelos de relações jurídica foram surgindo. A conveniência do mundo capitalista e consumista permitiu que o trabalhador *intercambiasse* a tutela do contrato de trabalho subordinado pelos riscos da atividade econômica própria. A relação que se estabelece é, no mínimo curiosa: ao mesmo tempo, o trabalhador sujeita-se a administração do negócio daqueles que detém os meios de manutenção e organização das estruturas empresariais, ou seja, ao empregador tradicional e, também, suporta ele próprio os custos do seu próprio negócio. Consequentemente, o que se nota é que se subordina a dois custos econômicos distintos: um do tomador da mão de obra; e, outro, do seu próprio negócio.

O que se pode concluir é que houve um caminho encontrado para fugir da "pesada carga" traçada pelo direito do trabalho tradicional já não se amolda às relações atuais cujo mosaico viabilizou que os Estados incentivassem a autonomia trabalhista, viabilizando a "inclusão" daqueles trabalhadores que estão à margem da proteção das regras trabalhista e social. Estabeleceu-se, assim, modelos paralelos, isto é, o cenário dos serviços se encontra preenchido pelos trabalhadores subordinados e, também, por aqueles que detém a condição de trabalhador autônomo/pessoa jurídica. Neste último caso, o trabalhador pode gozar da liberdade de não ter que se subordinar às regras pré-fixadas desenhadas para o contrato de trabalho por conta alheia.

Na década de 70 este movimento flexível foi fortemente desenvolvido. Quando se fomentou a flexibilidade do mercado de trabalho e verificou-se uma mudança profunda no modelo originário da relação subordinada. Tal fato, se deu por razões variadas inerentes a aspectos diversos do desenvolvimento humano, social e econômico[5]. Foi o início de uma oleada de novas formas de contratações que fugiram da relação direta trabalhador/empregador, transferindo de maneira incrível os custos e riscos da produção ao trabalhador especialmente de natureza autônoma, levando ao nascimento da figura do "precariado"[6]. Tal circunstância, conduz à necessária reflexão da questão relativa à subordinação e autonomia da relação laboral.

5. "Assiste-se a uma diversidade crescente de tipos de contratos remunerados do trabalho. Uma primeira classificação permite distinguir três categorias: a) os assalariados tradicionais que trabalham com base num contrato em que a subordinação; (b) outros contratos, que estipulam a realização de um trabalho em troca de uma remuneração; c) os empresários a título individual" (Supiot, A. *et al*.: *Transformações do Trabalho e Futuro do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 47).

6. "El resultado ha sido la creación de un «precariado» global, consistente en cientos de millones de personas sin un anclaje estable en su trabajo, que se está convirtiendo en una nueva clase peligrosa por su propensión a dar pábulo a voces extremistas o fanáticas y a utilizar su voto y su dinero para ofrecer a esas voces una plataforma política que acreciente su influencia. extremistas o fanáticas y a utilizar su voto y su dinero para ofrecer a esas voces

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

II. EMPREENDEDORISMO E RELAÇÕES DE TRABALHO

São vários os fatores que se somam e incrementam a consolidação do modelo de trabalhador empreendedor. Podemos elencar, entre outros, o nascimento e dispersão da economia colaborativa; o intenso e rápido aumento do trabalho desempenhado em plataformas digitais e com uso de tecnologias variadas; o interesse dos trabalhadores em poder usufruir de maior flexibilidade de tempo de trabalho[7] a fim de poderem conciliar a vida familiar e laboral; a oportunidade que as empresas viram em incrementar a produção com um custo reduzido; e, por fim, o interesse dos próprios países em tentar inserir os *excluídos* no mercado de trabalho em razão das diversas crises de emprego. Pode-se dizer que este modelo vem sendo adotado como uma alternativa para a empregabilidade.

A fixar um marco temporal, pode-se dizer que o empreendedorismo, como se tem sedimentado atualmente, nasceu depois da iniciativa do Presidente Barak Obama, em abril de 2014[8], quando criou o PAGE (Presidential Ambassador for Global Entrepreneurship). Tal programa teve por entidades de colaboração a American Entrepreneurs, White House, Departament of Commerce, Departament of State, US Agency for International Developement, Small Business Administration, National Aeronautics and Space Administration Partners. O objetivo deste programa foi justamente o de aproveitar a energia dos jovens, suas ideias e experiências para desenvolvimento das gerações de empreendedores americanos e estrangeiros.

una plataforma política que acreciente su influencia. «neoliberal», admitida en mayor o menor medida por gobiernos de toda laya, ha generado un monstruo político incipiente" (Standing, G.: *El precariado: una nueva clase social*, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona, 2015 [Edición de Kindle]).

7. "Segundo a OIT, el tiempo de trabajo fue la esencia del primer Convenio Internacional del Trabajo, Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (No. 1). Con el pasar de los años, el tiempo de trabajo continúa siendo una de las preocupaciones principales de la OIT, quien ha adoptado normas internacionales con respecto a una variedad de temas relacionados con el tiempo de trabajo, incluyendo no solamente normas que establezcan límites en las horas de trabajo, sino que también provean un mínimo de periodo de descanso semanal, vacaciones anuales pagadas, protección para los trabajadores nocturnos e igualdad de trato para los trabajado– res a tiempo parcial. Basándose en estas normas internacionales del trabajo y según recientes investigaciones sobre las tendencias y avances del tiempo de trabajo, el Programa de la OIT sobre las Condiciones de Trabajo y del Empleo (TRAVAIL) ha identificado cinco dimensiones del trabajo decente en relación al tiempo de trabajo, o "tiempo de trabajo decente". Estas cinco dimensiones son: la distribución del tiempo de trabajo debe promover la salud y la seguridad; ser conveniente para la familia (family-friendly); promover la igualdad de género; aumentar la productividad y la competitividad de las empresas; y facilitar la elección y la influencia del trabajador en sus horas de trabajo. Para promover estas cinco dimensiones se requiere una amplia gama de políticas a nivel nacional, sectorial y/o empresarial. La combinación exacta de políticas a seguir variarán significativamente de país a país (e incluso entre estados o regiones dentro de un mismo país), dependiendo de la situación socioeconómica" (OIT: *Tiempo de Trabajo Decente: el equilibrio entre las necesidades del trabajo con las exigencias de los negocios*, OIT, Ginebra, 2007, p. 7, disponivel em https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2007/107B09_68_span.pdf, acesso em 15/06/2023).

8. Discurso na Jamaica em 09/04/2015: "you don´t have to wait: "You're more interested in the hard work of building prosperity through entrepreneurship, not cronyism or corruption. You're more eager for progress that comes not by holding down any segment of society, but by holding up the rights of every human being, regardless of what we look like, or how we pray, or who we love (...) Unlike any other time in our history, the technology at your disposal means that you don't have to wait for the change that you're looking for; you have the freedom to create it in your own in powerful and disruptive ways" (Young Leaders of the Americas Iniciative: "You don't have to wait,' Obama tells young entrepreneurs", *Young Leaders of the Americas Iniciative*, 28 de maio de 2016, disponível em https://ylai.state.gov/you-dont-have-to-wait-obama-tells-young-entrepreneurs/, acesso em 15/06/2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

Contou com os seguintes pilares: (i) viabilizar oportunidades para acesso ao capital; (ii) permitir o acesso aos novos talentos para a educação; (iii) permitir o acesso para inspiração e esperança especialmente dos jovens. O programa efetivamente se preocupou com um outro problema que é o da inserção dos jovens no mercado de trabalho, população esta altamente vulnerável e que sofreu um impacto ainda maior com a crise da COVID-19[9].

Países como o Brasil, passaram a envidar esforços no incentivo para a adesão ao empreendedorismo com a promessa de maior inclusão social e econômica daqueles que desejam expandir seus (pequenos) negócios. Em apertada síntese, o empreendedorismo, na sua acepção mais fiel, é um tipo de negócio em que se pode identificar oportunidades para investir em algo que seja novo; além disso, permite que o empreendedor possa identificar oportunidades e criar seu próprio negócio, administrando-o. É uma interessante alternativa para aqueles que desejam livrar-se das obrigações que lhe são impostas pelas duras e inflexíveis cláusulas contratuais trabalhistas de muitos sistemas jurídicos, como o brasileiro. Todavia, este tipo de negócio, ao mesmo tempo que permite a suposta comodidade de uma proteção mínima, acaba por aprisionar e dificultar que o trabalhador possa negociar condições que vão atender melhor a conciliação entre sua vida privada e laboral.

Por outro lado, os sistemas de remuneração e condições de trabalho nem sempre atendem às expectativas dos trabalhadores, impedindo, muitas vezes, que possam alcançar o desejado *status* que atenderia mais fielmente a conveniência de seus interesses. O modelo tradicional contratual, acaba por ser incompatível com a sociedade da informação e com o universo cada vez maior de nômades digitais[10]. Além disso, muitos trabalhadores que estão presos aos modelos tradicionais de contratos, se deram conta, no curso da pandemia, que o sistema *opressor* das empresas tradicionais, às organizações complexas, às pressões do mercado e concorrência atuais, não merece a dedicação fiel e estrita que tradicionalmente os sujeitou ao modelo sob o qual se construiu o direito do trabalho[11].

9. "Los efectos desproporcionados de la pandemia en los jóvenes han exacerbado la desigualdad y podrían mermar la capacidad productiva de toda una generación, según señala la Organización Internacional del Trabajo" (OIT: "La COVID-19 interrumpe la educación de más del 70% de los jóvenes", *Organización Internacional del Trabajo*, 11 de noviembre de 2020, disponivel em https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_753062/lang--es/index.htm, acesso em 30/09/2020).

10. "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 servicio" (Sierra Benítez, E.M.: "La Protección Social en la Encrucijada: la expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales", *Revista de Direito e Justiça: Reflexões Socio Jurídicas*, Vol. 22, núm. 42, 2022, p. 238).

11. O fenómeno da chamada demissão silenciosa é o mais fiel retrato do trabalhador do século XXI que se emancipou e não tolera mais abusos que são cometidos por aquele que detém a organização do capital. Seria relevante considerar a grande importância que tem a proteção social prestada pelo Estado na sensação de segurança que estes trabalhadores gozam, permitindo no momento das negociações contratuais termos mais iguais e coerentes com suas expectativas. Sobre o tema, Dalla Rosa, A.: "Demissão silenciosa: o assunto da semana não e

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

Mas, o que parece ser um ponto instigante da reflexão, é saber por que o empreendedorismo pode mostrar-se como uma sombra ou uma falácia que no mais das vezes mascara a concretização de um sistema de proteção ao trabalhador; ao mesmo tempo que poderá ser a luz para uma proteção mínima eficiente.

Há que considerar antes de tudo que nos encontramos em uma verdadeira zona de transição entre o "velho" e o "novo". Nesse caminho incerto, o relógio dos negócios e a necessidade de sobrevivência do ser humano, não permite um período longo de discussões. Cada dia, um maior número de trabalhadores, especialmente das novas gerações, se vê inadaptado. As rápidas transformações e as relações globais, não permitem a dedicação ao tempo de reflexão e de maturação que a formação das normas jurídicas reclama: as mudanças e a competição no mercado são urgentes e necessárias; a máquina dos investimentos, do desenvolvimento econômico e a sociedade de consumo não esperam. Há, por outro lado, um resultado cruel desta realidade: aqueles trabalhadores que não se adaptam ao modelo tradicional ou que não encontram uma colocação no mercado de trabalho veem-se seduzidos ou obrigados a optar por soluções alternativas oferecidas pelo próprio mercado. É exatamente neste momento, que se tornam empreendedores.

Por um lado, esta alternativa é interessante ao Estado que encontra um terreno menos combativo para incentivar as atividades daqueles que desenvolvem uma "consciência inconsciente" de que podem efetivamente administrar seus negócios (serviços e/ou produtos), não obstante sabem que caminham em terreno arenoso. Por outro lado, a máquina governamental, acaba valendo-se desta movimentação do trabalho subordinado ao trabalho autônomo, e do crescimento do número de empresas (pequenas e micro), para apresentar as estatísticas de redução das taxas do desemprego ou subemprego e demonstrar um maior crescimento econômico.

Não seria leviano afirmar que o empreendedorismo, também, mostra-se como um modelo interessante para o trabalhador, que se vê senhor do seu tempo de trabalho, sem os pesados encargos das obrigações e sujeições a que estão submetidos pela relação subordinada protegida pelos Códigos do Trabalho dos diversos países. Muitos trabalhadores já não desejam mais subordinar-se ao pesado fardo que a relação tradicional lhes traz[12]. Também, o empreendedorismo é uma forma que permite ao trabalhador manter (ou recobrar) a sua dignidade mínima, pois o mercado capitalista sempre tem espaço para aquele que tem um produto ou serviço a oferecer. A tecnologia permitiu que os trabalhadores pudessem chegar aos consumidores ou aos diversos elos das linhas de produção, o que antes somente seria possível por outros meios, como por exemplo, o do "empregador descentralizado". É certo que, esta segunda possibilidade se mostra ainda mais complexa viabilizando a precarização e a discriminação inclusive, por exemplo, na fixação do preço da mão de obra no

um fenômeno novo", *Linkedin*, 2 de setembro de 2022, disponível https://pt.linkedin.com/pulse/demiss%C3%A3o-silenciosa-o-assunto-da-semana-n%C3%A3o-%C3%A9-um-novo-dalla-rosa, acesso em 15/06/2022).

12. Bermúdez, A.: ""La Gran Renuncia": por qué los trabajadores en Estados Unidos están dejando sus empleos a un ritmo récord", *BBC News*, 28 de junio de 2021, disponível em https://www.bbc.com/mundo/noticias-57645362, acesso em 11/05/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

mercado global. O empreendedor está livre das burocracias do contrato de trabalho e ainda, a regulamentação deste tipo empresarial, lhe confere "alguma" proteção social dependendo da legislação a que estiver vinculado. Também, está livre para fixar o preço do serviço (mão de obra) a ser realizado, cuja negociação é estabelecida diretamente com aquele que quer contratar o resultado do serviço ou produto.

Todos estes movimentos crescem juntamente com as pressões que se acentuam sobre os Estados, que se veem na encruzilhada de ter que dar uma resposta eficaz e eficiente às relações internacionais e aos negócios globais, ao mesmo tempo que suportam às pressões internas por resultados de gestão eficiente. Isso tende a apresentar-se com maiores dificuldades, especialmente em Países em que os índices de corrupção, desigualdade e pobreza são maiores. Há compromissos firmados dentro de uma lógica global intensificada pelo acesso à informação e tecnologia, que já não permitem mais ocultar situações que violem direitos fundamentais e humanos construídos ao largo do século XX e que exigem uma resposta convincente e eficiente, especialmente dos Estados.

A crise pandêmica, reafirmou a necessidade de respeito ao ser humano e o colocou no centro de todas as preocupações[13]. As imagens que invadiram nossas casas pelos mais diversos canais de comunicação durante a crise pandêmica de 2020, parecem ter incrementado o sentimento de solidariedade humana. Com isso, as empresas e países que desejam desenvolver-se economicamente, devem centrar-se na inclusão social, no combate a desigualdade e pobreza[14] e na diligência devida[15]. E o discurso empreendedor cumpre, de certa forma, com este objetivo.

Como encontrar uma solução para a inclusão de milhões de trabalhadores que não estão formados para os novos negócios e que nascem num espaço cada vez mais virtual e olvidado pelas instituições? Como reduzir as taxas de desemprego e permitir que os trabalhadores possam ser inseridos nos mercados de trabalho quando não há postos de trabalho disponíveis?

A luz parece estar no empreendedorismo, modelo este em que o trabalhador "excluído" das relações tradicionais, se vê "incluído" num modelo que cresceu à sombra paralela das discussões entre autonomia e subordinação, aproveitando-se de um espaço em que os Estados por suas normas de liberdade econômica possa garantir um mínimo de "proteção social" àqueles que estão desprotegidos e marginalizados, ocupando subempregos ou simplesmente sendo ignorados por um sistema insuficiente e incompatível com as relações presentes, num tempo cada vez mais apressado e impactado pelo avanço da tecnologia da informação e da comunicação.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

13. OIT: *Declaração do centenário da OIT para o Futuro do Trabalho: Adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 108ª sessão*, Conferência Internacional do Trabalho, Genebre, 2019, disponível em https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_749807/lang--pt/index.htm, acesso em 14/06/2023.

14. Veja por exemplo, o informe do Fundo Monetário Internacional sobre medidas para combater a desigualdade e gerar crescimento econômico (Amaglobeli, D. y Thevenot, C.: "Abordar la Desigualdad en todos sus frentes: una combinación integral de políticas fiscales puede contener las desigualdades en todos los niveles donde aparezcan", *Finanzas & Desarrollo,* marzo 2022, pp. 54-57).

15. Sobre diligência debida, v. Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B.: *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

A consequência desta constatação é que o mundo do trabalho está dividido entre aqueles que tem conhecimento e estão protegidos e inseridos na modernidade do mundo líquido atual[16]; e aqueles que não foram formados (ou re-formados) e não estão preparados para os novos modelos de produção e serviço, seguindo à margem das mudanças. Para eles, os postos de trabalho são cada vez mais escassos ao mesmo tempo em que a mão de obra é cada vez mais abundante, havendo uma real desproporção entre número de postos de trabalho oferecidos e número de trabalhadores disponíveis. A ausência de um programa e de políticas públicas eficientes que possam favorecer a transição entre o "velho" e o "novo" e que sejam destinadas especialmente ao grupo precário de trabalhadores, faz com que sejam levados a buscar opções que lhes possam viabilizar a sobrevivência.

Os trabalhadores "olvidados" pelos mais diversos sistemas políticos estão em situações variadas, como por exemplo, os imigrantes, os jovens, os idosos e os ignorantes tecnológicos. A identidade de suas situações jurídicas e fáticas é que são levados à marginalização, estando impossibilitados de ocupar um espaço no mundo do trabalho digno, de modo que a opção que lhes resta, é a de ocupar os espaços que lhes oferece o "mundo empreendedor".

Em meio aos fragmentos deixados pela crise econômica de 2008 e pelos resultados efetivos decorrentes das crises sanitária e energética, emerge as guerras Rússia e Ucrânia e, mais recentemente, Israel e Hamas cujas impactos sociais e econômicos efetivos ainda não sabemos quais serão. No mundo do trabalho, se assiste a cada dia um crescente movimento de *trabalhadores empreendedores pessoas juridicas* (permitam a expressão) em verdadeira ascensão. A dúvida que resta é saber se este seria o modelo ideal para a solução da crise do trabalho, e aqui gostaria de deixar uma reflexão.

Qualquer conclusão que se sustente, leva em conta uma verdade incontroversa: os trabalhadores, de qualquer grau de subordinação ou autonomia, necessitam de tutela social adequada e proporcional às suas necessidades. Não obstante revestirem-se da roupagem de pessoa jurídica são seres humanos que, nada mais desejam, que

16. "Todas estas características de los fluidos implican que los líquidos, a diferencia de los sólidos, no conservan fácilmente su forma. Los fluidos, por así decirlo, no se fijan al espacio ni se atan al tiempo. En tanto los sólidos tienen una clara dimensión espacial, pero neutralizan el impacto –y disminuyen la significación– del tiempo (resisten efectivamente su flujo o lo vuelven irrelevante), los fluidos no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos (y proclives) a cambiarla; por consiguiente, para ellos lo que cuenta es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar: ese espacio que, después de todo, sólo llenan "por un momento". En cierto sentido, los sólidos cancelan el tiempo; para los líquidos, el contrario, lo que importa es el tiempo. En la descripción de los sólidos, es posible ignorar completamente el tiempo; en la descripción de los fluidos, se cometería un error grave si el tiempo se dejara de lado. Las descripciones de un fluido son como instantáneas, que necesitan ser fechadas al dorso. Los fluidos se desplazan con facilidad. "Fluyen", "se derraman", "se desbordan", "salpican", "se vierten", "se filtran", "gotean", "inundan", "rocían", "chorrean", "manan", "exudan"; a diferencia de los sólidos, no es posible detenerlos fácilmente –sortean algunos obstáculos, disuelven otros o se filtran a través de ellos, empapándolos–. Emergen incólumes de sus encuentros con los sólidos, en tanto que estos últimos –si es que siguen siendo sólidos tras el encuentro– sufren ellos, empapándolos–. Emergen incólumes de sus encuentros con los sólidos, en tanto que estos últimos –si es que siguen siendo sólidos tras el encuentro– sufren un cambio: se humedecen o empapan. La extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia con la idea de "levedad" (Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, p. 7 [Edición de Kindle]).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

uma vida digna. A maior ou menor qualificação e habilidades dos trabalhadores é resultado das políticas publicas de formação que os Estados disponibilizam aos seus cidadãos sendo responsabilidade primária dos Países, arcarem com as respostas às suas ações ou omissões.

III. MICROEEMPREENDEDOR E PROTEÇAO SOCIAL – A NECESSÁRIA INCLUSÃO

É certo que os trabalhadores empreendedores se apresentam como um misto de pessoa física e jurídica e desafiam a tradicional doutrina tutelar dispensada àquele para o qual o direito do trabalho se formou, isto é, o trabalhador (pessoa física) subordinado. As discussões que há anos giram em torno da subordinação e da autonomia (trabalho por conta própria ou alheia) acabaram por abandonar um contingente gigantesco de trabalhadores que alimentam as estatísticas dos desempregados ou subempregados.

O tipo de negócio que se apresenta no modelo "trabalhador-empreendedor" tem se mostrado na figura das pequenas ou microempresas em que o trabalhador é o dono do negócio, mas conserva a alma de trabalhador por conta alheia, inserindo-se, no mais das vezes, no grande universo da descentralização produtiva ou de serviço. Tal situação deveria ser o centro das nossas preocupações, pois efetivamente não estão cobertas por um sistema de proteção social e são considerados como empresas ou empresários. No Brasil, por exemplo, assiste-se à sujeição de "trabalhadores-empreendedores" em funções tradicionalmente subordinadas, como, por exemplo, domésticas(os), manicures e cabeleireiras(os), vendedores(as) de rua, cuidadores entre outros, cumprindo jornadas extenuantes e condições de trabalhos discutíveis. São, no mais das vezes, trabalhadores multitarefas e sujeitos não somente empregadores físicos, mas também a pessoas jurídicas. Tais trabalhadores se dedicam a uma atividade principal própria ou fazem parte da grande linha de produção de bens ou prestação de serviços e, muitas vezes, auferem remunerações que não lhes permitem alcançar o mínimo vital, apesar de ser superior aquelas percebidas pelos trabalhadores por conta alheia[17].

17. Consoante pesquisa entabulada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística sobre trabalhadores em plataformas, "Os trabalhadores plataformizados tinham, no 4º trimestre de 2022, rendimento 5,4% maior (R$ 2.645) que o rendimento médio do total de ocupados (R$ 2.513). Na mesma comparação, eram os que trabalhavam mais horas semanais: 46h contra 39,6h."Para os dois grupos menos escolarizados, o rendimento médio mensal real das pessoas que trabalhavam por meio de aplicativos de serviço ultrapassava em mais de 30% o rendimento das que não faziam uso dessas ferramentas digitais. Por outro lado, entre as pessoas com o nível superior completo, o rendimento dos plataformizados (R$ 4.319) era 19,2% inferior ao daqueles que não trabalhavam por meio de aplicativos de serviços (R$ 5.348)", apontou o levantamento. (...) Os trabalhadores plataformizados tinham, no 4º trimestre de 2022, rendimento 5,4% maior (R$ 2.645) que o rendimento médio do total de ocupados (R$ 2.513). Na mesma comparação, eram os que trabalhavam mais horas semanais: 46h contra 39,6h. "Para os dois grupos menos escolarizados, o rendimento médio mensal real das pessoas que trabalhavam por meio de aplicativos de serviço ultrapassava em mais de 30% o rendimento das que não faziam uso dessas ferramentas digitais. Por outro lado, entre as pessoas com o nível superior completo, o rendimento dos plataformizados (R$ 4.319) era 19,2% inferior ao daqueles que não trabalhavam por meio de aplicativos de serviços (R$ 5.348)", apontou o levantamento" (Índio do Brasil, C.: "IBGE: país tem 2,1 milhões de trabalhadores de plataformas digitais", *Agência Brasil - Rio de Janeiro*, 25

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

Como evidenciou a Organização Internacional do Trabalho (daqui por adiante, OIT) no informe sobre proteção social (2020/2022)[18] a pandemia foi capaz de mostrar que 2000milhoes de trabalhadores estavam na economia informal e sem qualquer proteção social. Importante referir-me ainda, a ponderação feita por Macarena Benítez sobre as transformações e a transição no trabalho físico para o digital, que caminha cada dia em velocidade maior. Assim crescem os postos de trabalho em empregos digitais, fabricas digitais, e robotização que levam a agenda digital Europeia caminhar com vistas a um "crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Con ello se pretende implantar el mercado único digital y, entre otros objetivos, fomentar la cultura emprendedora, las competencias y la integración digital para favorecer el empleo en el sector de las tecnologías de la información y comunicación"[19].

A ausência de postos de trabalho tradicionais, somado ao descompasso entre a evolução tecnológica e as relações negociais tradicionais, bem como a ausência de um programa de transição entre os modelos tradicionais de trabalho e o emprego digital tem proporcionado a exclusão de milhões de trabalhadores da tutela tradicional. Especialmente no Brasil, não se vê programas ou políticas públicas capazes de formar e incluir os trabalhadores nos novos modelos de organização empresarial, isto é, não se vê preocupação com os que estão no mercado de trabalho e tampouco com aqueles que chegarão futuramente a este mercado. A educação tem caminhado num descompasso imenso com os ciclos de vida do trabalhador e, o lado perverso disso é que os trabalhadores ficam a mercê do mercado econômico cujas regras centrais não são medidas de proteção social. A situação proporciona aos "excluídos" a única via que parece iluminar o caminho, que é o empreendedorismo, opção esta, supostamente vantajosa para "seu negócio".

A natureza do negócio empreendedor tem um sentido motivador e original que busca o crescimento do mercado de negócios e o desenvolvimento econômico. Todavia, o cenário que se tem formado no mundo do trabalho, tem ido mais além dando passo a uma forma peculiar de situação jurídica: o trabalhador se inscreve em programas colocados à disposição pelos próprios governos viabilizando a inserção no mercado de trabalho, tornando–o ainda mais precário e competitivo[20]. Indiscutível que muitas vezes tem se mostrado como o único caminho para tentar conciliar as aspirações dos trabalhadores, especialmente na busca por condições de trabalho que permitam a conciliação da vida laboral e privada e a necessidade de manutenção de ocupação que que lhe confira a subsistência.

---

de outubro de 2023, disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-10/ibge-pais-tem-21-milhoes-de-trabalhadores-de-plataformas-digitais, acesso em 30/10/2023).

18. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, ob. cit.

19. Sierra Benítez, E.M.: "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿Qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 4, 2015.

20. Veja por exemplo a página do Estado Espanhol (Información y atención a emprendedores - Empresas - Trámites y Servicios Electrónicos - Punto de Acceso General (administracion.gob.es); no Chile (Emprendedor Chile); no Mexico (Así es la fuerza del emprendimiento en México - Emprendedor); no Brasil (sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

A sombra do empreendedorismo pode ser um caminho cruel quando o trabalhador/empreendedor se depara com o fato de que não gozará da proteção social mínima e que as supostas vantagens que goza são aquelas inerentes aos tipos empresariais, isto é, muito diversas das que são destinadas aos trabalhadores por conta alheia. Por outras palavras, o trabalhador empreendedor nada mais é que o trabalhador, pessoa física, ilusionado pela condição de empresário. Há um misto de pessoa física e pessoa jurídica que o torna mais vulnerável que os grupos reconhecidamente vulneráveis elencados pelo direito do trabalho[21]. Este contingente de trabalhadores que está nesta linha cinzenta, certamente, deveria ser objeto da atenção especial dos governos, especialmente nos países em desenvolvimento como o Brasil.

Em realidade, as preocupações sobre a crise do direito do trabalho e as chamadas "novas relações de trabalho", têm ganhado propostas diversas. Verifica-se, no entanto, diferenças profundas nos países mais desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, bem como soluções que, até o momento, não lograram conferir uma melhora significativa sobre o tema.

Em alguns lugares, tem se avançado em algumas propostas. Por exemplo, a União Europeia conta com uma agenda digital para Europa (2015) dispondo sobre objetivos de "mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en Europa, 2) crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen, y 3) aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital"[22]. O bloco do Mercosul apresentou em 2017 um plano da Agenda Digital do Mercosul que, entre outras iniciativas propõe o "acesso dos cidadãos e das empresas ao comércio por meio de infraestruturas digitais seguras e confiáveis, fortalecendo a conectividade, a confiança nas redes e o intercâmbio de informação, bem como a cooperação intergovernamental e o diálogo público-privado na matéria"[23]. Entre outros objetivos uma das propostas da agenda é de fomentar o uso de tecnologias digitais por parte de pequenas empresas e o desenvolvimento de sistemas e programas de formação online comuns aos diversos países formadores do boco[24]. Em janeiro de 2023, o Brasil publicou a lei de políticas publicas para a inclusão digital, viabilizando que sejam concretizadas as ações do Governo necessárias para a educação digital no País, o que deverá estender-se especialmente às populações mais vulneráveis[25].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▲ 2023
Núm. extraordinario ▲ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▲http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

21. A OIT considera, por exemplo, mulheres, trabalhadores migrantes e jovens entre 15 e 24 anos de idades grupos vulneráveis de trabalhadores e estabelece um programa de proteção (OIT: "Un programa dirigido a los trabajadores más vulnerables en todo el mundo", disponível em https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/programmes-projects/safety-health-for-all/WCMS_721184/lang--es/index.htm, acesso em 14/06/2023).

22. Ratcliff, C. *et al.*: *Una agenda digital para Europa*, Comisión Europea, Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2023, disponível em https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/64/una-agenda-digital-para-europa, acesso em 10/05/2023.

23. MERCOSUL: "Agenda Digital: rumo ao mercado digital livre, abrangente, seguro e inclusivo", *Mercosur*, 23 de dezembro de 2021), disponível em https://www.mercosur.int/pt-br/conquista-18-agenda-digital/, acesso em 10/5/2023.

24. *Ibid.*

25. Lei nº 14533 de 11/01/2023, disponível em L14533 (planalto.gov.br), acesso em 12/01/2023.

É certo que tais agendas e propostas poderiam voltar o olhar para estes trabalhadores pessoas físicas ou jurídicas que encontram-se nas zonas cinzentas ou revestidos da forma de pequenas e micros empresas.

Seria possível estender a proteção social aos trabalhadores/pessoas jurídicas empreendedoras? A ideia de proteção social esta umbilicalmente ligada à de trabalho decente, isto é, as pessoas dependem de um trabalho que lhes possa garantir remuneração digna, um local de trabalho seguro e, especialmente, a redução (ou eliminação) das desigualdades sociais e econômicas e a pobreza. Em um mundo onde as vulnerabilidades se acentuam, há maior viabilidade para as indesejadas exclusões de grupos e/ou de pessoas que não gozam de oportunidades por inúmeras razoes de natureza distintas. Cumpre lembra que, a pandemia de 2020, trouxe à tona situações de exclusão social que estavam acobertadas especialmente pelo trabalho informal. A pandemia levou governos e sociedades numa escala global, a deitar os olhos sobre questões de exclusão que a informalidade ou a resignação permitia a acomodação, levando a uma reflexão série e urgente quanto a adoção de medidas necessárias a preservação de direitos fundamentais e humanos.

É fato que a pobreza e a desigualdade foram incrementadas pelos processos de globalização econômica. Como aponta a OIT no informe sobre proteção social,

> Las repercusiones socioeconómicas de la pandemia han hecho que las personas responsables de la formulación de políticas no puedan dejar de lado a una serie de grupos de población –entre los que se encuentran los niños, los adultos mayores, los cuidadores no remunerados y las mujeres y hom– bres que trabajan en diversas formas de empleo y en la economía informal– que estaban cubiertos de forma inadecuada o no estaban cubiertos en absoluto por las medidas de protección social existentes. Al poner de manifiesto estas brechas, el informe muestra que la pandemia ha impulsado a los países a emprender una acción política excepcional, con la protección social en primera línea[26].

Toda crise que se verificou ao longo da história, repercutiu na economia dos países ao mesmo tempo que serviu para alavancar mudanças necessárias nos sistemas internos e internacionais.

Não é diferente com a crise pandêmica que teve a *vantagem* de escancarar um cenário acobertado pela informalidade e em que estão diferentes grupos de trabalhadores com graus distintos de vulnerabilidades. Isto é, o que era do conhecimento do direito do trabalho e da sociologia ganhou espaços na mídia e no conhecimento popular, levando ao reclamo por medidas para a garantia dos mínimos fundamentais a manutenção do ser humano. As fraturas do direito do trabalho emergiram para além do universo dos juristas laborais e o ser humano como centro de todas as ações ganhou eco nas sociedades globais. O ser humano imprescinde de condições para sobreviver e para poder gozar de uma vida decente, inclusiva, acessível. Situações que lhe possam permitir conciliar a vida laboral com a pessoal. Somente com tais

26. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, ob. cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

mínimos, se pode lograr crescimento econômico e social sustentável. É dever do Estado garantir que estes direitos e garantias, que estão escritas em declarações universais, pactos internacionais e Constituições internas, possam ser efetivamente concretizados, independentemente da condição jurídica do trabalhador.

IV. CONCLUSÃO

Qual a lição que devemos extrair deste quadro de transição em que se desenham as "novas" relações de trabalho"? Há algumas conclusões se podem chegar:

- Nos espaços vazios em que o direito do trabalho não está conseguindo chegar, o fato social a cada dia incrementa o mercado empreendedor formado por pequenas e médias empresas e com a promessa de proteção social que não está coordenada ou conforme com as políticas sociais que propõe a OIT e com às necessidades dos trabalhadores que efetivamente dela necessitam;
- Ha uma necessária urgência em considerar se estamos, efetivamente, nos dedicando a um debate inclusivo, especialmente em âmbito legal e jurisprudencial. É necessário a consciência de que é ultrapassada a discussão sobre a natureza da relação subordinada ou autônoma, sendo imprescindível lançar o foco sobre: (i) as estruturas das novas organizações empresariais e a diluição do poder de direção do tomador da mão de obra; (ii) os impactos da concorrência global; (iii) o fato de que a grande cadeia de produção (local e global) está formada por pequenas e micro empresas (entre elas os trabalhadores empreendedores), alimentadas fortemente pelo crescimento de nômades digitais e de relações laborais cada vez mais difusas e complexas; (iv) a necessidade de proteger socialmente o ser humano independente de sua condição jurídica ou fática.
- Por fim, é chegada a hora de considerar a figura do trabalhador pessoa jurídica estendendo a ele a proteção social efetiva e conforme as propostas da OIT destinadas aos trabalhadores (pessoa física). A Corte Interamericana de Direitos Humanos já apontou sobre a possibilidade de considerar a pessoa jurídica como sujeito e titular de direitos humanos em algumas situações especiais onde propõe-se aqui a inclusão destes tipos de trabalhadores. Na Opinião Consultiva nº 22 solicitada pelo Panamá[27] ressaltou-se a proteção às pessoas que exerçam suas funções por meio de pessoas jurídicas (caso dos sindicatos), quando empenhadas na defesa de direitos fundamentais. A medida representa, desde meu ponto de vista, uma abertura importante para assegurar direitos fundamentais a outras situações como, por exemplo, ao trabalhador empreendedor.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

27. Corte IDH: Opiniao Consultiva nº 22 de 26/02/2016, solicitada pela República do Panamá, disponivel emhttps://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf, acesso em 29/09/2023.

— Devemos ir mais além das propostas de integração do trabalhador aos meios digitais e tecnológicos, para incluir o trabalhador de qualquer que se encontre em qualquer situação ou condição, isto é, as políticas de proteção social devem considerar a pessoa independentemente das vestes que os sistemas jurídicos lhes imponham ou viabilizem. É necessário deitar um olhar mais crítico e inclusivo, especialmente no trato dos chamados falsos autónomos, sob pena de seguirem marginalizados e esquecidos, negando-lhes direitos fundamentais mínimos.

Devemos olhar para os reflexos na sombra do modelo empreendedor para encontrar a luz que falta para iluminar o caminho para uma proteção social efetiva e inclusiva, capaz de trazer um mínimo de dignidade a todos os trabalhadores independentemente do modelo negocial que o relacione ao tomador da mão de obra.

Bibliografía

Amaglobeli, D. y Thevenot, C.: "Abordar la Desigualdad en todos sus frentes: una combinación integral de políticas fiscales puede contener las desigualdades en todos los niveles donde aparezcan", *Finanzas & Desarrollo,* marzo 2022, pp. 54-57.

Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, p. 7 [Edición de Kindle]).

Bermúdez, A.: ""La Gran Renuncia": por qué los trabajadores en Estados Unidos están dejando sus empleos a un ritmo récord", *BBC News*, 28 de junio de 2021, disponível em https://www.bbc.com/mundo/noticias-57645362, acesso em 11/05/2023

Dalla Rosa, A.: "Demissão silenciosa: o assunto da semana não e um fenômeno novo", *Linkedin*, 2 de setembro de 2022, disponível https://pt.linkedin.com/pulse/demiss%C3%A3o-silenciosa-o-assunto-da-semana-n%C3%A3o-%C3%A9-um-novo-dalla-rosa, acesso em 15/06/2022.

Índio do Brasil, C.: "IBGE: país tem 2,1 milhões de trabalhadores de plataformas digitais", *Agência Brasil - Rio de Janeiro*, 25 de outubro de 2023, disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-10/ibge-pais-tem-21-milhoes-de-trabalhadores-de-plataformas-digitais, acesso em 30/10/2023).

MERCOSUL: "Agenda Digital: rumo ao mercado digital livre, abrangente, seguro e inclusivo", *Mercosur*, 23 de dezembro de 2021), disponível em https://www.mercosur.int/pt-br/conquista-18-agenda-digital/, acesso em 10/5/2023.

OIT: "Un programa dirigido a los trabajadores más vulnerables en todo el mundo", disponível em https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/programmes-projects/safety-health-for-all/WCMS_721184/lang--es/index.htm, acesso em 14/6/2023).

OIT: "La COVID-19 interrumpe la educación de más del 70% de los jóvenes", *Organización Internacional del Trabajo*, 11 de noviembre de 2020, disponivel em https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_753062/lang--es/index.htm, acesso em 30/09/2020.

OIT: *Tiempo de Trabajo Decente: el equilibrio entre las necesidades del trabajo con las exigencias de los negocios*, OIT, Ginebra, 2007, disponivel em https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2007/107B09_68_span.pdf

OIT: *Declaração do centenário da OIT para o Futuro do Trabalho: Adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 108ª sessão*, Conferência Internacional do Trabalho, Genebre, 2019, disponível em https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_749807/lang--pt/index.htm, acesso em 14/06/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022: La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, OIT, Ginebra, 2021, disponível em https://www.ilo.org/global/research/global-reports/world-social-security-report/2020-22/lang--es/index.htm

ONU/Brasil: "Chefe da Organização Mundial da Saúde declara o fim da COVID-19 como uma emergência de saúde global", *Nações Unidas no Brasil*, 5 de maio de 2023, disponível em https://brasil.un.org/pt-br/230307-chefe-da-organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-sa%C3%BAde-declara-o-fim-da-covid-19-como-uma-emerg%C3%AAncia-de-sa%C3%BAde, acesso em 05/05/2023.

Ratcliff, C. *et al.*: *Una agenda digital para Europa*, Comisión Europea, Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2023, disponível em https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/64/una-agenda-digital-para-europa, acesso em 10/5/2023.

Sierra Benítez, E.M.: "La Protección Social en la Encrucijada: la expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales", *Revista de Direito e Justiça: Reflexões Socio Jurídicas*, Vol. 22, núm. 42, 2022. pp. 233-243. DOI: https://doi.org/10.31512/rdj.v22i42.729

Sierra Benítez, E.M.: "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿Qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, núm. 4, 2015.

Supiot, A. *et al.*: *Transformações do Trabalho e Futuro do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Young Leaders of the Americas Iniciative: "You don't have to wait,' Obama tells young entrepreneurs", *Young Leaders of the Americas Iniciative*, 28 de maio de 2016, disponível em https://ylai.state.gov/you-dont-have-to-wait-obama-tells-young-entrepreneurs/, acesso em 15/06/2023.

Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B.: *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Standing, G.: *El precariado: una nueva clase social*, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona, 2015 [Edición de Kindle].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 131 - 146
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.08

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

"Non-standard" work in Germany: self-employed and "mini-jobs"*

EMPLEO NO ESTANDARIZADO EN ALEMANIA: TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA Y TRABAJADORES EN MINI-EMPLEOS

Stamatia Devetzi
Professor of Social Security Law
University of Applied Sciences Fulda (Germany)
stamatia.devetzi@sk.hs-fulda.de 0009-0003-0113-0595

Recibido: 23.10.2023. Aceptado: 05.12.2023

ABSTRACT

The paper discusses two forms of "non-standard" work in Germany: self-employment and the so-called "Mini-Jobs". While in the majority of EU countries the self-employed are systematically covered by social security schemes, compulsory social insurance in Germany is limited only to a few special groups of the self-employed. Another German "peculiarity" are the "mini-jobs", which are treated differently than "regular jobs" under tax and social law. The paper first gives a brief overview of the German social security system, before discussing the social security situation of self-employed in Germany. Then, the so-called "Mini-Jobs" and their European dimension are described and discussed.

PALABRAS CLAVE

German Social Security System
Self-employed
Mini-jobs
Precarity
Non-standard workers

RESUMEN

Este estudio propone la reflexión a cerca de dos formas de trabajo no estándar en Alemania: el autoempleo y los denominados mini-empleos. Mientras que en una amplia mayoría de Estados miembros de la Unión europea los trabajadores autónomos están legal y obligatoriamente incluidos en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, en Alemania esta obligatoriedad solo está prevista para un reducido número de supuestos dentro del más genérico colectivo de trabajadores por cuenta propia. Los mini-empleos son otra peculiaridad alemana en la medida en que conllevan un régimen jurídico distinto al del trabajo estándar en lo que se refiere a la contribución y protección en materia de Seguridad social. Esta investigación se construye, pues, ofreciendo un breve repaso por el sistema alemán de Seguridad Social para a posteriori abundar en la discusión doctrinal y jurídica que actualmente circundan a los colectivos apenas referidos.

KEYWORDS

Sistema de Seguridad Social alemán
Trabajadores autónomos
Mini-empleos
Precariedad laboral
Trabajadores no estandarizados

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

CONTENTS

I. INTRODUCTION
II. GENERAL INFORMATION ON GERMAN SOCIAL SECURITY SYSTEM
III. SELF-EMPLOYED PERSONS AND INCOME INSECURITY IN OLD-AGE
IV. ANOTHER GERMAN SPECIALITY? "MINI-JOBS"
A. Mini-jobs: taxation and social security
B. Mini-jobs in the german labour market
C. The european dimension of "mini-jobs"
V. CONCLUSIONS
Bibliography
Anex I
Anex II

I. INTRODUCTION

The European Pillar of Social Rights, Principle 12, highlights the right of all working persons to adequate social protection. It stipulates that "*regardless of the type* and duration of their employment relationship, workers, and, under comparable conditions*, the self-employed*, have the right to adequate social protection". With regard to social security for the self-employed, Germany is a "special" case in comparison to other European countries: While in the majority of EU countries the self-employed are systematically covered by social security schemes, compulsory social insurance in Germany is limited only to a few special groups of the self-employed, in line with the Bismarckian tradition. Another German "peculiarity" are the so-called "mini-jobs": These are forms of so-called "marginal" employment, which are treated differently than "regular jobs" under tax and social law.

This article first gives a brief overview of the German social security system, before discussing the social security situation of self-employed in Germany. Then, the so-called "mini-jobs" as a "German special path" and their European dimension are described and discussed.

II. GENERAL INFORMATION ON GERMAN SOCIAL SECURITY SYSTEM

The German social security system has often been described as the "Bismarckian" type of social security. Introduced in the late 1880s, the German social insurances (the sickness insurance was established in 1883, the job accidents' insurance in 1884 and the pension insurance in 1889) were primarily addressed to blue-collar workers. The implementation of a social security system especially for this group had to do with Bismarck's assumption that the emerging workers' movement was a political hazard. Hence, he considered social security as an appropriate tool to reduce the influence of and ban left-wing political parties and trade unions: these institutions had since the 1850s created insurance systems based on the objective of providing mutual

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

assistance to workers in need and their families and they were gaining increasing political influence[1].

The Bismarckian concept still dominates the German social security system. In fact, the branches of social *insurance* are still being primarily addressed to employees – for example civil servants are not covered by social insurance–[2]. Regarding the self-employed, only (very) specific groups of self-employed are (compulsorily) covered.

The statutory old age pension insurance scheme in Germany, which is codified in Book VI of the German Social Code, covers 85 percent of population, the majority of them employees[3]. As already mentioned, civil servants are not included, neither are the majority of self-employed persons. Only certain groups of self-employed are compulsorily insured: these are self-employed lecturers, nursery teachers, nursing carers and midwives. Self-employed artists and members of the publishing professions are insured under the Artists' Social Insurance Act[4]. Since 1999, self-employed persons working primarily for a single client without having employees of their own ("solo self-employed") are also compulsorily insured[5].

Self-employed in so-called "liberal professions" can opt out of mandatory insurance in the statutory old-age pension scheme substituted by mandatory insurance in the liberal professions pensions scheme. Pension schemes for the liberal professions are mandatory for lawyers, notaries, physicians, architects, engineers, pharmacists, dentists, veterinaries, accountants, tax consultants etc.

All other self-employed persons are not compulsorily insured by the statutory old age pension scheme – this means that they have to make old-age provisions on their own.

The statutory health insurance scheme is codified in Book V of the German Social Code. Employees are compulsorily insured if their regular gross income exceeds € 520 per month and is below[6] the compulsory insurance income limit[7]. Also students, apprentices, pensioners[8], persons with disabilities, unemployed people receiving unemployment benefit, farmers and artists are compulsorily insured[9].

Statutory health insurance also covers family members at no extra charge. A spouse or life partner and, up to a certain age, children of members are covered, provided among other things that their regular income does not exceed €520 per month and they are not themselves insured as members[10].

1. Reinhard, H.-J., "The New Basic Pension Supplement in Germany", in Devetzi, S. (ed).: *Minimum Income in Old Age* (in print), 2023; Eichenhofer, E., Sozialrecht, 12. Edition, Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, pp. 21-23.
2. A special system (Beamtenversorgung) exists for them instead.
3. §1 Book VI German Social Code.
4. Under the Artists' Social Insurance Act they pay only half the contributions themselves.
5. §2 (1) No. 9 Book VI German Social Code.
6. If a person earns above this limit, he/she can opt out for private sickness insurance.
7. In German: "Jahresarbeitsentgeltgrenze": this limit changes every year, for 2023 the „general" annual income limit is €66.600.
8. Pensioners who have been in statutory health insurance or insured as a family member for most of the latter half of their working life.
9. §5 Book V German Social Code.
10. §10 Book V German Social Code.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

Persons who are voluntarily insured in statutory health insurance, such as employees whose income from employment exceeds the compulsory insurance income limit, civil servants and self-employed persons, may opt out for private health cover with a private health insurance company. Since 2007 it is obligatory to be insured either in the statutory health insurance scheme *or* to have a private insurance.

Self-employed persons whose self-employment is their main occupation are not subject to compulsory health insurance and therefore come under private health insurance -– unless they were insured under the statutory scheme before entering self-employment[11].

Compulsory covered by the unemployment insurance scheme, codified in Book III of the Social Code, are also primarily employees. Self-employed can apply for voluntary unemployment insurance if they work at least 15 hours[12] a week[13].

III. SELF-EMPLOYED PERSONS AND INCOME INSECURITY IN OLD-AGE

Self-employed persons in Germany amounted to 3.5 million in 2020. Of these, around 1.92 million are "solo" self-employed[14].

As described above, the majority of self-employed are *not* part of the statutory pension insurance scheme. This is based on the idea that the self-employed can make themselves provisions for old age and do not need the collective protection of the solidarity community of the insured persons. Only for special groups of self-employed persons the assumption of a lack of need for protection was considered to be not justified[15]. This is especially the case of "solo" self-employed persons, who are subject to obligatory pension insurance if they receive job assignments from one client only (§2 (1) No. 9 of the Six Book of the Social Code). In fact, the legislator considers them to be kind of "false" self-employed because they have more similarities to employees; in any case, they can be regarded as a special category of employment in distinction to "classical" entrepreneurship or self-employment with personnel[16].

In 2022, a study on self-employment in Germany was conducted for the Federal Ministry of Labor and Social Affairs[17]. The study takes a closer look at the income

11. Federal Ministry of Labor and Social Affairs, *Social security at a glance*, 2020, p. 105.
12. 28a Book III German Social Code.
13. Regarding the self-employed, the long-term care insurance and the insurance against accidents at work and occupational diseases are not further elaborated in this paper.
14. Bonin, H./Krause-Pilatus, A./Rinne, U.: *Selbständige Tätigkeit in Deutschland, Study conducted for the Federal Ministry of Labor and Social Affairs,* 2022, p. 16.
15. Schulze Buschoff, K. /Conen, W./Schippers, J.: "Solo-Selbständigkeit – eine prekäre Beschäfitgungsform?, *WSI-Mitteilungen*, 2017, pp. 54-61, p. 59.
16. Haasler, S. and Hokema, A.*: "*Female Solo Self-Employment in Germany; The role of transitions and learning from a life course perspective", *Social Inclusion*, Volume 10, Issue 4, pp. 150-160, p. 151.
17. Bonin, H./Krause-Pilatus, A./Rinne, U:, *Selbständige Tätigkeit in Deutschland, Study conducted for the Federal Ministry of Labor and Social Affairs,* 2022. https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/79972/ssoar-2022-bonin_et_al-Selbststandige_Erwerbstatigkeit_in_Deutschland_Aktualisierung.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2022-bonin_et_al-Selbststandige_Erwerbstatigkeit_in_Deutschland_Aktualisierung.pdf.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

situation and old-age provision of self-employed persons. It shows that they have more professional autonomy than employees; at the same time they are exposed to comparatively higher income risks. Since the majority of self-employed persons are not part of the statutory pension insurance, these risks can also be transferred to old-age provision. In fact, income security in old-age for self-employed strongly depends on the individual willingness to make provisions and also the amount of precautionary savings. This is particularly true for "solo" self-employed persons, who often have only low –and also volatile– incomes. This makes regular and adequate retirement provision difficult[18].

The Old Age Security Report of 2020[19] investigated –among other things– the question which categories of the working population only have a low income in old age: It is striking that formerly self-employed persons often have low incomes[20]. This means that formerly self-employed are much more likely than former employees to be dependent on basic security/social assistance benefits in old age. The individual risk of old-age poverty and also the risk for society of having to pay for the income security of the self-employed with tax revenues would be considerably reduced by the introduction of a compulsory old-age insurance for all self-employed persons[21].

IV. ANOTHER GERMAN SPECIALTY? "MINI-JOBS"

The term "mini-jobs" is used in Germany to describe a form of "marginal employment" where a person either earns a maximum of € 520 per month or only works for a max. of 70 days per calendar year. This special form of employment is treated "favourably" in terms of tax and social law: The employer is obliged to pay a flat rate for social insurance, which is lower than the employer and employee contributions for regular employment contracts subject to social security contributions. Mini-jobs can be described as a "German peculiarity", because –in a European comparison– this kind of special treatment of "marginal employment" exists almost exclusively[22] in Germany[23].

Mini-jobs can be regular or occasional, or jobs taken on in addition to regular employment. The majority of mini-jobbers are: a) people working in lower– and middle-income segments who have a mini-job as their *second* job; b) housewives and pensioners who have mini-job as their *main* job; c) students and d) unemployed persons supplementing their unemployment benefits[24].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

18. Bonin, H./Krause-Pilatus, A./Rinne, U.: *Selbständige Tätigkeit in Deutschland,* 2022, op. cit., p. 4.
19. Alterssicherungsbericht 2020, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Rente/alterssicherungsbericht-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=1.
20. Alterssicherungsbericht 2020, op. cit., p.134-137.
21. Deutsche Rentenversicherung Bund: *Schriftliche Stellungnahme*, 15.4.2021, DEUTSCHER BUNDESTAG Ausschussdrucksache 19(11)1032, p. 2. https://www.bundestag.de/resource/blob/834696/0b702b0912317ddc7010fed0321368fc/19-11-1032-SN-DRV-data.pdf.
22. With the exception of Austria and Switzerland, where some forms of "marginal employment" are also treated differently in terms of social law: Koppernock, M.: "*Minijobs" – ein deutscher Sonderweg auf dem Arbeitsmarkt*, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2022, pp. 364-371, p. 365-366.
23. Koppernock, M.: "Minijobs" – ein deutscher Sonderweg auf dem Arbeitsmarkt, *NZS*, 2022, op. cit., p. 364.
24. European Commission: Case study: *Gaps in access to social protection for mini-jobs in Germany*, (written by Nicola Duell) 2018, p. 15.

A. Mini-jobs: taxation and social security

Regarding taxation, a flat income tax rate of 2% on gross wages is applied[25]. This represents saved taxes for most mini-jobbers, in particular if their income from the main job, the pension or the spouse's income is high.

Mini-jobbers are not compulsorily insured by statutory health insurance, which also means that they pay no contributions[26] to the health insurance scheme[27]. However, the vast majority of them are in fact *covered* by health insurance because they have *derived* entitlements e.g. through a "primary job" or family insurance. Mini-jobbers are covered by the accidents at work and occupational diseases insurance scheme[28], but they are neither insured against unemployment (there is no contribution obligation to the unemployment insurance scheme)[29] nor are they obliged to pay contributions to long-term care insurance.

Since 2013, mini-jobs are –in principle– subject to insurance obligation in the statutory pension insurance scheme. The employer pays a flat rate pension insurance contribution of 15% (in the case of mini-jobs in commercial employment) or 5% (in the case of mini-jobs in private households). Based on the statutory pension insurance contribution rate of 18.6%, the remaining worker's share is 3.6% (for mini-jobs in commercial employment) or 13.6% respectively (for mini-jobs in private households). These compulsory contributions give entitlement to the full range of statutory pension insurance benefits[30].

However, there is an opt-out option. On request, mini-jobbers can be exempted from compulsory insurance in the statutory pension insurance scheme[31]. The majority of them actually do make use of this option[32]: In order to avoid deductions, more than 80 percent of all mini-jobbers exempt themselves from compulsory insurance[33]. By doing so, they not only forego higher pension entitlements, but also other important benefits of the statutory pension insurance, such as rehabilitation benefits.

B. Mini-jobs in the german labour market

Mini-jobs have become a key feature of the German labour market: Round one fifth (17,8 %) of dependent employees in Germany hold a mini-job[34].

25. § 40a EStG (German Income Tax Law).
26. § 7 Book V of the German Social Code.
27. The employers pay a flat rate health insurance contribution of 13% (in the case of mini-jobs in commercial employment) or 5% (in the case of mini-jobs in private households) - §249b Book V German Social Code.
28. In Germany, the contributions to the accidents at work and occupational diseases insurance scheme are paid by the employers only: § 150 Book VII of the German Social Code.
29. § 27 Book III German Social Code.
30. §172 Book VI German Social Code.
31. ³6 (1b) Book VI German Social Code.
32. European Commission: Case study... op. cit. p. 6.
33. Stand September 2021: https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Presse/Meldungen/2021/210309_rententipp_minijob.html.
34. https://www.dgb.de/themen/++co++f4287836-493e-11ec-882e-001a4a160123.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▲ 2023
Núm. extraordinario ▲ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▲http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

Of the total of 7,37 million people with a mini-job in 2022[35], the majority of them (4,26 million) have a mini-job as their *main occupation*; most of them are wome[36]. If we add this to the fact that the majority of mini-jobbers make use of the opt-out option[37] and do not acquire pension entitlements, we can talk of a "systematic trap" that excludes in particular women from the pension system[38].

A study conducted on behalf of the European Commission in 2018[39] argues that mini-jobs tend to *de facto* subsidise the expansion of the low wage sector: this is due to reduction of non-wage labour costs and possible tax savings that the existing schemes offer to both employers and employees.

Mini-jobs are also more widespread among jobs requiring a low level of skills and expertise and in sectors with low-wage levels (e.g. retail trade, hotels and restaurants, household services ...).

According to the study, mini-jobs are promoting traditional gender roles in families, as they offer strong incentives for women to only work few hour[40]. Furthermore, the risk of future old-age poverty of women results from breaks in life and working biographies. To counter this, women should be encouraged to acquire their own pension rights. This involves working more than what entails a mini-job.

In addition, there is a low tendency to move from a mini-job into standard employment. The authors conclude that in current and future times of labour shortage in Germany due to demographic change the concept of mini-jobs has to be questioned. Instead of boosting employment, mini-jobs are potentially reducing the volume of work. The authors argue that it would be advisable that all types of employment – including mini-jobs – become subject to the same social security contribution rules[41].

Another study, conducted by the Institute for Employment Research (IAB) in October 2021[42] concludes that mini-jobs displaced up to 500,000 jobs subject to social security contributions in small companies with fewer than ten employees. Contrary to hopes, mini-jobs rarely provide a bridge to employment subject to social security contributions. On average, an additional mini-job in a small company replaces about half an average job subject to social security contributions. Accordingly, mini-jobs are – at least in small companies – not just a supplement to "regular" employment but they rather substitute it. Moreover, they rarely built a bridge to employment subject to social security contributions. According to the study, employees often remain in the low-wage segment and in many cases work below their qualification level.

35. Bundesagentur für Arbeit, Statista 2022.
36. https://www.wsi.de/de/erwerbsarbeit-14617-minijobs-als-einzige-erwerbstaetigkeit-2004-2017-14869.htm.
37. See above.
38. Reinhard, H.-J., "The New Basic Pension...", op. cit.
39. European Commission: *Case study...,* op. cit.
40. *Ibidem*, p. 40.
41. *Ibidem*, p. 41.
42. Collischon, M./ Cygan-Rehm, K./; Riphahn, R.*: Minijobs in Kleinbetrieben: Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung wird verdrängt*, IAB-Forum 20. Oktober 2021, https://www.iab-forum.de/minijobs-in-kleinbetrieben-sozialversicherungspflichtige-beschaeftigung-wird-verdraengt/,

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

C. The european dimension of "mini-jobs"

"Mini-jobs" may lead to gaps in social protection for persons moving within the EU or cross-board workers. In order to prevent persons who make use of the right of free movement within the EU from losing entitlements to social benefits because of their migration, the EU social security coordination law has been created. The objective of Regulation 883/04[43] is to coordinate –and not to harmonise– the various social security systems of the Member States. It "provides a "bridge" for migrants to assist them to gain access to the social security system determined to be applicable to them"[44].

The rules for determining the applicable legislation are laid down in Title II (Art. 11-16) Reg. 883/04. They determine which national social security law is applicable in cross-border situations. The Member State whose legislation is applicable is called the "competent State". The "main rule" is that the legislation of the Member State in which a person is working is applicable (*lex-loci-laboris* principle). The rules for determining the applicable legislation have "exclusive effect", meaning that migrants are to be subject to the legislation of a single Member State only.

Some problems arise in cross-border situations, especially for persons moving between states with an employment-based social security system on the one hand and a residence-based system on the other. In some cases, persons are not covered by the system of the competent State (state of employment), but they would have been covered by the system of their state of residence had the Art. 11-16 Reg. 883/04 not precluded this. This has led to some case law decisions of the CJEU[45]. A case showing the "negative effects" of mini-jobs in practice is the Case of *Franzen, Giesen* and *Van den Berg*[46]. The case concerned persons who lived in the Netherlands and went to work part-time in Germany as cross-border workers – in "mini-jobs". German law was applicable to them (*lex-loci-laboris* principle). However, as "mini-jobbers" they were only insured for accidents at work in Germany and not for the other social security schemes[47]. They were neither entitled to family benefits nor built up old age pensions for the period of employment in Germany. Moreover, their employment was so limited that their income from it was not sufficient to guarantee them a minimum income or to allow them to contributions to a voluntary insurance scheme. Pursuant to the rules on the applicable legislation, they could not claim benefits or acquire Dutch benefit rights – despite of the fact that they continued to live in the Netherlands, and in the

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

43. Regulation (EC) 833/2004 of the European Parliament and Council on the coordination of social security systems [2004] OJ L166/1.

44. Essers, G. and Pennings, F,:"Gaps in social security protection of mobile persons: Options for filling these gaps", *EJSS*, 2020, vol. 22 (2), pp. 163-179, p. 164.

45. CJEU 392/84 Ten Holder, ECLI:EU:C:1986:242; CJEU C-352/06 Bossmann, ECLI:EU:C:2008:290; CJEU C 611/10 and C 612/10 Hudzinski, ECLI:EU:C:2012:339.

46. Case C-382/13, Franzen, Giesen and Van den Berg, ECLI:EU:C:2015:161 and cases C-95/18 and C-96/18 van den Berg and others, ECLI:EU:C:2019:767.

47. The legislation that made mini-jobs subject to insurance obligation in the statutory pension insurance scheme was only introduced in 2013; before that, there was no obligatory insurance in all social security branches, with the exception of the work accidents scheme. The judgements concerned facts before 2013.

Netherlands social security is based on residence: The law of the state of employment (Germany) was applicable – even if this employment was only a "mini-job".

The CJEU decided that Articles 45 and 48 TFEU may not be interpreted as obliging the state of residence to grant benefits to migrants who are not entitled to such benefits under the legislation of the competent Member State[48]. This conclusion was characterized as "disappointing" because it states that EU law does not offer adequate protection to migrant workers who, because of marginal employment in their country of employment, are not covered by a number of social security schemes; the Court missed the opportunity to provide access to the social protection system of the Member State of residence for these workers[49]. However, as *Verschueren* put it, it is "primarily the result of the restrictions in the national legislation of the State of employment and the responsibility of the policymakers in that country"[50].

As described above, since 2013 "mini-jobs" are better protected in Germany, at least when it comes to the insurance obligation in the statutory pension insurance scheme. However, their "favourable treatment" when it comes to taxation and social security contributions –which also leads to low contributions and thus low pension entitlements in the future– still remains. Also, the effects of the "opt-out" option on cross-border situations have not been examined yet.

V. CONCLUSIONS

The German social security system does not adequately protect a large number of self-employed persons. This leads in many cases to income insecurity, especially in old age. Also, the German peculiarity of "mini-jobs" deserves critisism: not only does it subsidise the expansion of the low-wage sector, but it furthermore cements traditional gender roles in families and jeopardizes (future) social security rights, especially for women. These two aspects of an inadequate protection of "non-standard" work is hardly compatible with Principle 12 of the European Pillar of Social Rights. As it has often been recommended, all types of employment – and self-employment – should be equally included in the social security system. An "adequate social protection" for all, as stipulated by Principle 12, would then be feasible.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

48. Cases C-95/18 and C-96/18 van den Berg and others, ECLI:EU:C:2019:767, para. 58-65.
49. Verschueren, H.: "The role and limits of European social security coordination in guaranteeing migrants social benefits", *EJSS*, 2020, vol. 22 (4), pp. 390-402, p. 393.
50. *Ibidem*.

References

Bonin, H./Krause-Pilatus, A./Rinne, U.: *Selbständige Tätigkeit in Deutschland,* Study conducted for the Federal Ministry of Labor and Social Affairs, 2022, https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/79972/ssoar-2022-bonin_et_al– Selbststandige_Erwerbstatigkeit_in_Deutschland_Aktualisierung.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-2022-bonin_et_al-Selbststandige_Erwerbstatigkeit_in_Deutschland_Aktualisierung.pdf.

Collischon, M./ Cygan-Rehm, K./; Riphahn, R.: „Minijobs in Kleinbetrieben: Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung wird verdrängt", *IAB-Forum 20. October 2021*, https://www.iab-forum.de/minijobs-in-kleinbetrieben-sozialversicherungspflichtige-beschaeftigung-wird-verdraengt/

Deutsche Rentenversicherung Bund, Schriftliche Stellungnahme, 15.4.2021, DEUTSCHER BUNDESTAG Ausschussdrucksache 19(11)1032 https://www.bundestag.de/resource/blob/834696/0b702b0912317ddc7010fed0321368fc/19-11-1032-SN-DRV-data.pdf

Essers, G. and Pennings, F.: "Gaps in social security protection of mobile persons: Options for filling these gaps", *European Journal of Social Security*, 2020, vol. 22 (2), pp. 163-179.

European Commission: *Case study: Gaps in access to social protection for mini-jobs in Germany*, (written by Nicola Duell) 2018.

Eichenhofer, E.: *Sozialrecht*, 12. Edition, Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

Haasler, S. and Hokema, A.: "Female Solo Self-Employment in Germany; The role of transitions and learning from a life course perspective", *Social Inclusion*, vol. 10, issue 4, pp. 150-160.

Koppernock, M.: ", Minijobs" – ein deutscher Sonderweg auf dem Arbeitsmarkt", *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 2022, pp. 364-371.

Reinhard, H.-J.: "The New Basic Pension Supplement in Germany", in Devetzi, S. (ed).: *Minimum Income in Old Age* (in print), Sakkoulas, Thessaloniki, 2023.

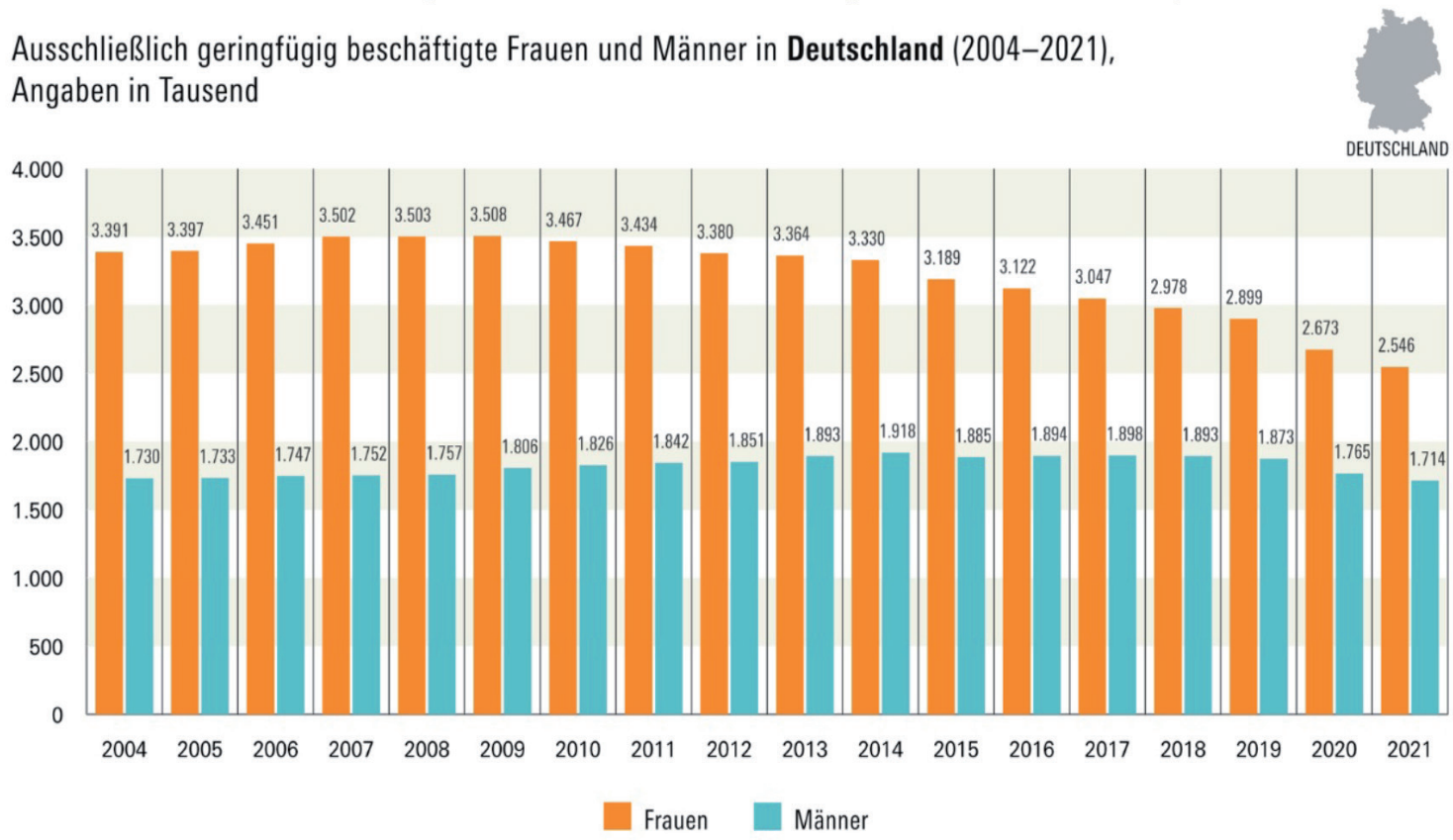
Schulze Buschoff, K. /Conen, W./Schippers, J. "Solo-Selbständigkeit – eine prekäre Beschäfitgungsform?", *WSI-Mitteilungen* 2017, pp. 54-61.

Verschueren, H: "The role and limits of European social security coordination in guaranteeing migrants social benefits", *European Journal of Social Security* 2020, vol. 22 (4), pp. 390-402.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

ANEX I

Men and women with mini-jobs as their main occupation in Germany



e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

ANEX II

Mini-Jobs March 2022-March 2023 by gender (Statistics of the Federal Employment Agency) https://statistik.arbeitsagentur.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Einzelheftsuche_Formular.html?topic_f=beschaeftigung-sozbe-qheft

	%	Employees (mini-jobs)				
		March. 2023	Dec. 2022	Sep. 2022	Jun. 2022	March 2022
		1	2	3	4	5
Total	100	7.421.698	7.460.921	7.403.079	7.355.004	7.180.245
Men	43,0	3.189.623	3.194.738	3.167.179	3.128.541	3.045.999
Women	57,0	4.232.075	4.266.183	4.235.900	4.226.463	4.134.246

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 147 - 158
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.09

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Protección social para las trabajadoras domésticas desde la perspectiva española*

SOCIAL PROTECTION FOR DOMESTIC WORKERS FROM THE SPANISH PERSPECTIVE

María Iluminada Ordóñez Casado
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
iluminada@uma.es 0000-0003-0616-7680

Recibido: 06.10.2023 | Aceptado: 29.11.2023

RESUMEN

El hecho de que las empleadas de hogar se puedan considerar dentro de los colectivos de trabajadores atípicos viene determinado por la propia relación laboral que se establece en este tipo de actividad ya que, generalmente, no son contratadas por una empresa que las destina a los diferentes hogares, sino que son los propios particulares los que las "contratan" para que acudan al domicilio familiar. Este hecho hace que la mayoría de las veces no exista un contrato real y se vean excluidas de la cobertura de la Seguridad Social, concretamente de la prestación por desempleo y el subsidio por incapacidad temporal. En este trabajo vamos a analizar cuál es la situación de este colectivo tras la publicación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

PALABRAS CLAVE

Empleo atípico
Servicio doméstico
Desempleo
Seguridad Social
Protección social

ABSTRACT

The fact that domestic workers can be considered within the groups of atypical workers is determined by the employment relationship established in this type of activity since, generally, they are not hired by a company that assigns them to different homes, but it is the individuals themselves who "hire" them to come to the family home. This fact means that most of the time there is no real contract, and they are excluded from Social Security coverage, specifically unemployment benefits and temporary disability benefits. In this work we are going to analyze the situation of this group after the publication of Royal Decree-law 16/2022, of September 6, for the improvement of the working conditions and Social Security of home workers.

KEYWORDS

Atypical employment
Domestic service
Unemployment
Social security
Social protection

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al presupuesto, para el curso académico 2022/2023, del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Málaga.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. HISTORIA Y EVOLUCIÓN, HASTA EL RECONOCIMIENTO PROFESIONAL
A. Desde los inicios hasta el siglo xix
B. Siglo xx
1. *Etapa preconstitucional*
2. *Etapa postconstitucional*
III. REGULACIÓN ACTUAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR
IV. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS
V. ACCIÓN PROTECTORA DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS
VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El hecho de que las empleadas de hogar se puedan considerar dentro de los colectivos de trabajadores atípicos viene determinado por la propia relación laboral que se establece en este tipo de actividad ya que, generalmente, no son contratadas por una empresa que las destina a los diferentes hogares, sino que son los propios particulares los que las "contratan" para que acudan al domicilio familiar. Este hecho hace que la mayoría de las veces no exista un contrato real y se vean excluidas de la cobertura de la seguridad social, además al realizar la actividad en un domicilio particular no hay posibilidad de controlar los riesgos laborales ni si se cumplen los horarios y los descansos determinados por la ley.

Antes de pasar a analizar la realidad de este colectivo procederemos a definir qué se entiende por empleo atípico.

Según Malo Ocaña[1] el empleo atípico se define como aquel que no es a tiempo completo o indefinido, lo que engloba el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial o los autónomos dependientes.

Una visión más completa nos la ofrece la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)[2] que procede a clasificar el empleo atípico en cuatro grupos: el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial y a pedido, la relación de trabajo multipartita y el empleo encubierto o por cuenta económicamente dependiente.

Realmente la diversidad de circunstancias que concurren en el colectivo analizado hace que se puedan incluir en cualquiera de las clasificaciones ya que pueden entrar dentro del grupo de trabajo encubierto cuando no existe contrato ni alta en seguridad social, en el económicamente dependiente cuando es la propia trabajadora la que se da de alta para ir a varias casas a trabajar, y en el trabajo ocasional, que

1. Malo Ocaña, M. Á.: "Nuevas formas de empleo: Del empleo atípico de las Plataformas Digitales". *Papeles de Economía Española*, núm. 56, 2015, p. 146.

2. Organización Internacional del Trabajo: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas,* Ginebra, 2016, p. 2 Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534522.pdf Consultado el 4 de septiembre de 2023

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

consiste en la contratación de trabajadores de forma intermitente, en el cual solo se trabaja durante unas horas, unos días o unas semanas acordadas previamente cuando son contratadas para pocas horas a la semana o al mes o de forma esporádica para una limpieza concreta.

Lo que sí es una realidad es que tal como se indica en el informe de la OIT[3] este colectivo se ve privado de seguridad en el empleo ya que normalmente dependen de la buena fe de quiénes los "contratan" y la falta de confianza ha sido una causa de despido muy frecuente. También carecen, como ya se ha comentado, de la seguridad y salud en el trabajo debido a la imposibilidad de realizar un estudio de prevención de riesgos laborales en un domicilio particular y, frecuentemente, se camuflan los accidentes laborales como accidentes "caseros".

Otras carencias que se pueden encontrar en este colectivo es la formación y la posibilidad de representación y otros derechos fundamentales como la negociación colectiva. Sin embargo, la carencia que tradicionalmente ha sido más importante es la relacionada con las coberturas de la Seguridad Social ya que pueden verse excluidas si no son dadas de alta y, aún en el caso de que sí estén dadas de alta, en España se han visto excluidas de la protección por desempleo hasta muy recientemente como se verá a continuación.

En el trabajo partiremos de los inicios de esta actividad hasta llegar a nuestros días analizando las circunstancias por las que ha ido transcurriendo desde ser realizada por esclavos hasta llegar a ser considerada una profesión. Posteriormente se verán la regulación actual de la actividad, cómo es la relación de estas trabajadoras con la Seguridad Social y cómo ha evolucionado la protección social de este colectivo.

II. HISTORIA Y EVOLUCIÓN, HASTA EL RECONOCIMIENTO PROFESIONAL

A. Desde los inicios hasta el siglo XIX

En los tiempos anteriores a los imperios griego y romano no hay suficiente información, pero se puede suponer que las tareas más bajas como eran el cuidado de las viviendas, la limpieza, etc., estaría realizado por los esclavos ya que esta mano de obra era proveniente de las diferentes batallas a las que se enfrentaban los pueblos.

Tanto en el imperio griego como en el romano estas tareas siguieron realizándose por los esclavos, concretamente en Roma había, entre otras, una distinción entre los esclavos, que atendiendo a la clase de funciones que se les encomendaban, separaba los "*servi publici*" y los "*servi privati*", siendo estos donde cabía plenamente dar entrada a los trabajadores domésticos, mientras en los primeros cabe su aplicación doméstica si sus servicios eran prestados a Pretores o Magistrados.

3. Organización Internacional del Trabajo. *El empleo atípico en el mundo…* ob. cit., pp. 3-4.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

Dentro de las actividades que realizaban los esclavos se incluían los carpinteros, los herreros, etc., actividades que difícilmente se pueden encuadrar dentro del servicio doméstico. A los que realizaban esas tareas especiales con el tiempo fueron dándoles la libertad y posteriormente fueron evolucionando hasta dar origen a las "*locatios*" primeras figuras del Derecho romano en regular las relaciones comerciales, sin embargo, las tareas del hogar siguieron siendo realizadas por esclavos[4].

Avanzando en el tiempo nos encontramos con la situación en la Edad Media[5] donde aparecen normas que hacen referencia al servicio doméstico pero que no constituyen un cuerpo legal unificado a nivel nacional, sino que cada fuero o territorio tenía sus propias regulaciones lo que dificulta el estudio y análisis de las mismas.

A pesar de la diversidad de normas se pueden encontrar características similares en todas ellas.

En primer lugar, tenemos el mantenimiento del concepto servil y dominical del Derecho Romano ya que, aunque existían personas libres que realizaban la actividad mediante un contrato de trabajo, la mayoría eran realizadas por esclavos, en su mayoría de color, procedentes de la conquista del nuevo mundo.

También nos encontramos con que las normas favorecen a los señores ocasionando un desnivel jurídico y social en contra del criado; que incluyen prejuicios raciales, religiosos y sociales, como por ejemplo la prohibición de que nodrizas cristianas amamanten a niños de otras religiones y viceversa; y que se excluyen a los trabajadores domésticos de la previsión social debido a la poca difusión de esta y a que estaba vinculada a una adscripción a Cofradías y Hermandades de carácter profesional, y a los criados aún se los consideraban o asimilados al núcleo familiar o en un puesto de casi esclavitud.

De todas las normas existentes a lo largo de este periodo se puede destacar el Fuero de Valencia, dado por D. Jaime I, en 1240, el cual en el Libro IX, Rúbrica V, fuero VII recoge una definición de quiénes son las personas domésticas y aunque se siguen incluyendo actividades que hoy no tendrían esa categoría lo importante es que se hace referencia a que tienen que realizarse en el ámbito del hogar. Esta norma es importante ya que la inclusión de la definición no era muy común en la mayoría de las normas.

Ya en la Edad Moderna (s. XV al XVIII), las normas empiezan a recoger aspectos como el número máximo de criados que podía tener una familia en función de su estatus social, como es el caso de la Pragmática de Felipe III de 27 de enero de 1618, la de Felipe IV de 10 de febrero de 1623 o la de Carlos III de 8 de marzo de 1674.

También se regula sobre la duración del servicio tendiendo siempre a que la relación sea lo más duradera posible e instrumentando castigos o penas para quienes abandonen el servicio antes de tiempo sin haber sido despedidos, de tal forma que, se suele incluir la prohibición expresa de hacerlo y si el criado se despide de forma

4. Hernáiz Márquez, M.: "Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico", *Revista de Política Social*, n. 41, enero/marzo 1959, pp. 8-9.

5. *Ibidem*, pp. 10-12.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

unilateral antes de terminar el periodo por el cuál fue contratado se les suele sancionar con una pérdida de salarios ya sea parcial o total, un ejemplo podemos encontrarlo en la Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra de 1735 en el Libro V, título XXII de la ley II, en la que se indicaba que la pena es: "perder lo servido y pagar lo comido". Aunque en algunos Fueros el hecho de haber recibido injurias o daños físicos por parte del señor se consideraba causa justa para que el criado se pudiera despedir antes de tiempo sin tener que ser sancionado, y en otros se prohibía expresamente que el señor pudiera golpearlos o maltratarlos y dándoles la opción bien a demandarlos bien a despedirse.

En el caso de que fuera el señor el que despidiera al criado sin una causa justa la sanción para el señor sería abonar la plenitud del sueldo por la totalidad del tiempo contratado como en el caso del Fuero General de Navarra, libro I, Título V, capítulo XII (1238-s. XIV)[6], aunque existen ejemplos en que la protección hacia el criado era superior ya que se penaba al señor con tener que abonar el doble del salario como es el caso del Fuero Viejo de Castilla de 1356, Libro IV, título III, Ley V, norma que ya estaba en la Edad Media.

Generalmente, no se hacía referencia a la retribución ni a la manutención dejándolo a la liberalidad de los señores, aunque existen casos curiosos como el Libro I, Título V, capítulo XI del Fuero de Navarra en el que se recoge, entre otras disposiciones, que no se les debe dar carne excepto los domingos, los martes y los jueves de cada semana.

Ya se ha mencionado que, en estas épocas, el servicio doméstico incluía actividades que actualmente no se considerarían dentro de este colectivo por lo que no se encontraba tan feminizado como puede estar ahora. De las actividades que sí realizaban las mujeres tenemos diferentes status ya que las nodrizas y las amas de llaves serían una categoría especial dentro de las familias ya que las primeras se encargaban de amamantar y criar a los hijos de los señores y las segundas tenían el control de todas las llaves de la casa[7]. Por el contrario, las sirvientas que se dedicaban a la limpieza, a la cocina, a las tareas de los huertos o a cuidar a los animales se encontraban en el escalón más bajo del escalafón de los criados aun cuando también ayudaran en los negocios de la familia[8].

Para establecer un control y vigilancia sobre la contratación de mujeres para el servicio doméstico se aprueba el 19 de agosto de 1612 un Auto del Consejo de los Alcaldes de Casa y Corte por el que se aprueban las Ordenanzas de las Casas de Madres de Mozas, instituciones que funcionaban como unas verdaderas agencias de colocación y que tenían la responsabilidad de velar por las condiciones de trabajo de las mujeres acogidas en ellas y, entre otras ocupaciones, llevaban un registro actualizado de todas aquellas personas que trabajaban en los hogares y facilitaban su colocación.

6. Jimeno Aranguren, R.: *Los Fueros de Navarra*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 40-41.
7. Del Campo Gutiérrez, A.: "El *status* femenino desde el punto de vista del trabajo (Zaragoza, siglo XIV*)". Aragón en la Edad Media*, núm. 18, 2004, p. 289.
8. Del Val Valdivieso, M. I.: "Mujer y trabajo en Castilla al final de la Edad Media", *Aragón en la Edad Media*, núm. 14-15, 2, 1999 (ejemplar homenaje a la profesora Carmen Orcástegui Gros), pp. 1586-1589.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

La regulación en este periodo recoge entre otras la prohibición de contratar por días fijándose un tiempo mínimo de contratación y la prohibición para aquellos sirvientes que se despidieran de poder servir a otro señor en la misma localidad.

Son curiosas también las normas de este periodo que inciden en aspectos como la vestimenta a usar por el servicio o los horarios en los que pueden salir como pueden ser el mandato de los Alcaldes del Consejo de Valladolid de 20 de julio de 1604, prohibiendo el uso de medias de punto y chinelas y las ordenanzas de Pamplona de 22 de febrero de 1741, indicando que no pueden salir por agua después de las Ave Marías.

Durante esta etapa se producen también varios intentos de unificación de normas con mayor o menor acierto como fueron las Ordenanzas Reales u Ordenamiento de Montalvo[9], encargada por los reyes en 1480, al jurista Montalvo y que incluyeron no sólo la recopilación de las existentes hasta entonces sino algunas redactadas por el autor; o la Nueva Recopilación[10] encargada a Bartolomé de Atienza, el cual la terminó en 1562 y fue promulgada por Felipe II en 1567 y que fue objeto de varias ediciones a lo largo de los años, siendo la última en 1755 ya al final de la Edad Moderna, siendo, por tanto, la base desde la que se partiría para la que se llamó La Novísima Recopilación.

En los primeros años del s. XIX, se plantea la necesidad de volver a realizar una recopilación de normas que incluyera las nuevas que se habían ido promulgando desde 1755, esta tarea se finaliza en 1804 y en 1805 Carlos IV ordena su impresión. Como ya se ha mencionado recibe el nombre de La Novísima Recopilación y consta de 12 libros divididos en títulos y leyes[11].

En ella nos encontramos con un Título dedicado expresamente a los criados y en el que se incluyen 7 leyes en las que se recogen, entre otras, disposiciones indicando el número máximo de lacayos o mozos y la prohibición de alquilar criados por días.

Sin embargo, también aparecen otras leyes que inciden en el servicio doméstico como las recogidas en el Libro VIII, Título XXIII donde, en la Ley IV, se encuentran las normas de tipo fiscal y jurisdiccional en las que se remite a la justicia ordinaria los problemas que pudieran surgir con los criados y dependientes de la Casa Real que estuviesen comprendidos en los Gremios de Oficios; o las del Libro X, Título XI. dedicado a las deudas y finanzas donde se incluye la prescripción de las deudas por salarios a los tres años, junto con el carácter de pago privilegiado de los créditos de los criados; dentro del Libro XII dedicado a la parte penal, tenemos dos nuevas referencias al servicio doméstico, por un lado en el Título XXV, Ley V, se indican las sanciones a recibir por los criados que injurien a sus señores de palabra o con hechos y en el Título XXIX, Ley III, se encuentran las que se impondrían a los criados que tengan acceso carnal con cualquier mujer de la casa de los amos ya sea señora o sirvienta.

9. María e Izquierdo, M. J.,:"El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación", *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 6, 1999 [ejemplar homenaje a don Manuel Torres López (I)[, pp. 435-436.

10. *Ibidem*, pp. 461 y ss.

11. Hernáiz Márquez, M.: "Antecedentes históricos...", ob. cit, pp. 30-32.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

Como puede observarse, el carácter servil e inferior de los empleados en el servicio doméstico se sigue manteniendo a lo largo de todo este tiempo, haciendo de quienes realizan esta actividad unos ciudadanos de segunda que, incluso llegan a perder el derecho a ser considerados ciudadanos españoles mientras se encuentren ejerciendo esas funciones tal como se recoge en la Constitución de 1812, en su artículo 25.3[12], en el que se recoge como causa de suspensión del ejercicio de los derechos como ciudadano español el estado de sirviente doméstico.

A partir de la mitad del s. XIX nos encontramos con la promulgación de normas de gran calado como son el Código Penal en 1848[13] y el Código Civil en 1889[14].

Respecto del primero podemos indicar que sufrió numerosas actualizaciones y respecto del tema del servicio doméstico podemos destacar la de 1870[15] en la que se hacía referencia a dos situaciones concretas: por un lado, la responsabilidad subsidiaria de los amos por los delitos o faltas que hubiesen cometido sus criados en el desempeño de sus obligaciones y por otro el aumento del castigo de las penas por hurto en el caso de que el culpable tuviera la calidad de doméstico.

Con relación al Código Civil debemos indicar que, en la actualidad, se sigue manteniendo en el Libro IV, Título VI, el Capítulo III, nominado "Del arrendamiento de obras y servicios" que, en su sección 1ª incluye los arts. 1583 a 1587, dedicados al "servicio de criados y trabajadores asalariados" donde se recoge que se les podrá "contratar sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada" considerándose nulo "el arrendamiento hecho por toda la vida" (art. 1583), además se estipula que el criado doméstico puede tanto despedirse como ser despedido antes de expirar el contrato pero que, en el caso de ser despedido, debe ser por causa justa o el amo estará obligado a pagarle una indemnización consistente en el salario devengado más 15 días (art. 1584).

Volvemos a observar cómo se mantiene el carácter servil de la relación en el empleo de la palabra "amo" para hacer referencia a la persona que contrata los servicios de un empleado doméstico y cómo se mantiene la tendencia favorecedora hacia la parte dominante cuando en la segunda parte del art. 1584 se indica que "El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1.º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico y 2.º Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente."

12. Ordóñez Casado, M. I.: "El servicio doméstico desde la perspectiva del concepto de "trabajo decente" propuesto por la OIT", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, p. 214.

13. Real Decreto de 19 de marzo de 1848, por el que se aprueba el Código Penal, Ministerio de Gracia y Justicia, Gaceta de Madrid, núm. 4937, de 21 de marzo de 1948. Disponible en: https://www.boe.es/gazeta/dias/1848/03/21/pdfs/GMD-1848-4937.pdf. Consultada el 11 de septiembre de 2023.

14. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: https://www.boe.es/boe/dias/1889/07/25/pdfs/A00249-00259.pdf. Consultada el 11 de septiembre de 2023.

15. Ley provisional autorizando el planteamiento del Código penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870. Gaceta de Madrid, núm. 243, de 31 de agosto de 1870, pp. 9-23 Departamento: Ministerio de Gracia y Justicia. Disponible en: https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf. Consultada el 11 de septiembre de 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

B. Siglo XX

Entramos en un momento de la historia de España muy convulsa con una gran cantidad de cambios y situaciones políticas y sociales que influyeron en cómo se regulaba y se percibía la actividad del servicio doméstico.

Aunque hemos dividido este apartado en sólo dos epígrafes no podemos olvidar que el primero engloba aproximadamente a tres cuartas partes de todo el periodo y, por tanto, es donde se han producido la mayoría de los cambios, incluyendo una guerra civil y una dictadura posterior que, como veremos más adelante, influyeron mucho en la percepción de la sociedad hacia las empleadas domésticas. Y sí, en este momento empezamos a nombrarlas en femenino ya que es cuando esta actividad comienza a feminizarse en mayor grado y cuando se perfilan las actividades que se incluyen en el concepto de servicio doméstico.

En realidad no es hasta el segundo cuarto del siglo cuando podemos empezar a encontrar normas que sean significativas para el análisis de este colectivo.

1. Etapa preconstitucional

Como ya hemos mencionado la primera de las normas que incluyen referencias al servicio doméstico es el Código de Trabajo de 1926[16], por desgracia sólo lo menciona para, en la parte final del artículo 147 incluir la definición de qué se considera servicio doméstico indicando que es aquél "que se preste mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro, para trabajar en una casa o morada particular, al servicio exclusivo del contratante, de su familia, de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él.", y para excluirlo tanto de la protección por accidente de trabajo como de los Tribunales Industriales que se recogían en los libros tercero y cuarto del Código respectivamente.

La explicación de la exclusión de los Tribunales Industriales es porque se exceptúa de la condición de obrero "a todas aquellas personas cuyos servicios sean de índole puramente doméstica".

Se sigue, por tanto, negando a quienes ejercen esta actividad el carácter profesional de la misma relegándolos a los artículos recogidos en el Código Civil y sin protección ante las diferentes eventualidades que les pudieran ocurrir.

Sólo cinco años más tarde nos encontramos con una de las paradojas legales que suelen ser más o menos comunes en nuestra historia, el 21 de noviembre de 1931 se aprueba la Ley de Contrato de Trabajo[17] donde se cambia el criterio incluido en el Código anterior y se incluye de forma expresa en el artículo 2, dentro de lo que se

16. Gaceta de Madrid, núm. 244, de 1 de septiembre de 1926. Disponible en: https://www.boe.es/gazeta/dias/1926/09/01/pdfs/GMD-1926-244.pdf. Consultado el 11 de septiembre de 2023.

17. Ministerio de Trabajo y Previsión, Gaceta de Madrid, núm. 326, de 22 de noviembre de 1931. Disponible en: https://www.boe.es/gazeta/dias/1931/11/22/pdfs/GMD-1931-326.pdf. Consultado el 11 de septiembre de 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

considera objeto de la ley, al servicio doméstico dentro del contrato de trabajo mediante las palabras "incluso el doméstico"[18]. Sin embargo, solo unos días más tarde la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931[19], vuelve a excluir en su artículo 104, a estos trabajadores de la de la organización establecida "por esta Ley". Por lo que sí se mantiene su carácter profesional para el contrato pero no pueden acudir a estos tribunales en caso de controversia con sus empleadores.

Tras el paréntesis de la Guerra Civil y ya en la posguerra, el Fuero del Trabajo[20] de 1938 en su apartado II.1 indicaba que el Estado "prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica"

Esa declaración significó un cambio importante en el ámbito social ya que sólo podían trabajar aquellas mujeres que estuvieran solteras teniendo que abandonar el puesto de trabajo una vez que se casaran, de ahí que la mayoría de las empleadas de hogar fueran jóvenes en régimen de internas que pasaban de la tutela de sus padres a la tutela de los señores para los que servían.

Sin embargo la situación del servicio doméstico también pasó por dos etapas claramente diferenciadas dentro del periodo conocido como Dictadura Franquista.

Tras la aprobación del Fuero del Trabajo se produjo la conocida como "edad de oro" del servicio doméstico[21], desde 1939 hasta 1959, ya que la situación de las mujeres en el mercado laboral era bastante complicada quedándoles el servicio doméstico como una de las pocas actividades en las que podían trabajar mientras estuvieran solteras. Siendo así que esta actividad con frecuencia era realizada por jóvenes del ámbito rural y se realizaba en condiciones de cuasi esclavitud ya que, con frecuencia, no percibían salarios sino que eran pagadas con el alojamiento, la comida y la ropa, a la vez que recibían un mínimo de formación normalmente de los valores de sacrificio y abnegación que el Régimen propugnaba para las mujeres, produciéndose por tanto un fenómeno de reeducación de la sociedad a través de las jóvenes que entraban a servir. Máxime cuando muchas de ellas provenían de familias pertenecientes al "bando perdedor" ya que, por este motivo, las familias estaban vetadas para encontrar un buen trabajo.

En consecuencia con las condiciones en las que se desarrollaba la actividad, fue nuevamente sacada del ámbito profesional produciéndose la pérdida de todos los derechos que adquirieron durante la etapa republicana.

Hacia el final de esta etapa empiezan a producirse cambios ya que empiezan a exigir mejores condiciones laborales no dudando en abandonar la casa en la que sirven para trabajar en otras con mejores condiciones, por lo que se produce un malestar en

18. Ordóñez Casado, M. I.: "El servicio doméstico…", ob. cit., p. 216.

19. Ministerio de Trabajo y Previsión, Gaceta de Madrid, núm.332 de 28 de noviembre de 1931. Disponible en: https://www.boe.es/gazeta/dias/1931/11/28/pdfs/GMD-1931-332.pdf. Consultada el 11 de septiembre de 2023.

20. Jefatura del Estado, Boletín Oficial del Estado núm. 505 de 10 de marzo de 1938, Disponible en: https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1938/505/A06178-06181.pdf. Consultado el 11 de septiembre de 2023.

21. De Dios Fernández, E*: Sirvienta, empleada, trabajadora de hogar. Género, clase e identidad en el franquismo y la transición a través del servicio doméstico (1939-1995),* umaeditorial, 2019, pp. 35-87.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

la sociedad que hace que se busquen soluciones para intentar aplacarlo. La solución planteada pasó por la aprobación de la Ley de 19 de julio de 1944 sobre la incorporación de los servidores domésticos a los seguros de accidentes, enfermedad o vejez[22], y por proporcionarle cobertura médica a través de los Montepíos.

La segunda etapa por la que pasó el servicio doméstico dentro de la Dictadura va desde 1960 a 1969[23], esta etapa se caracteriza por la pérdida del carácter de semiadopción que tenían las jóvenes en la etapa anterior y se empiezan a realizar contratos temporales y mejora de sus derechos. Un paso decisivo para este cambio fue la aprobación de la ley 56/1961 de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer[24], que abría las puertas a que estas pudieran trabajar en cualquier de actividad profesional y de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres excepto en aquellas actividades que estuvieran relacionadas con las armas como los Institutos Armados y los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire "salvo que por disposición especial expresa se conceda a la mujer el acceso a servicios especiales de los mismos."; también se las excluía de "La Administración de Justicia en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, salvo en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral" y en último lugar no podían ser "personal titulado de la Marina Mercante" excepto en "las funciones sanitarias".

La posibilidad de acceder a esta gran variedad de trabajos donde además podían tener mejores condiciones laborales, mejor reguladas, con mayores coberturas y con un sentimiento de mayor dignidad del que se transmitía hacia el servicio doméstico implicó una reducción de la mano de obra en este ámbito, de ahí que se produjeran cambios dirigidos a dignificar esta profesión.

Uno de los primeros cambios fue pasar a denominarlas empleadas de hogar y tras la exigencia de mejores condiciones laborales comienza a desaparecer la figura de la interna que vivía permanentemente en la casa donde servía y comienza a aparecer la figura de la interina, que acudía a las casas algunas horas o días para realizar labores concretas como planchado, limpiar o coser.

Tras el fallecimiento de Franco y hasta la aprobación de la Constitución nos encontramos con la etapa conocida como de la Transición en la que vuelven a producirse cambios respecto de este colectivo.

El nombre de Empleadas de hogar se cambia por el de Trabajadoras del hogar como un intento de incluirlas dentro del colectivo de los obreros, sin embargo la Ley de Relaciones Laborales del 8 de abril de 1976[25], incluía "el trabajo al servicio del hogar familiar, en sus diversas modalidades." como una relación laboral de carácter especial [art. 3. a)], por lo que volvía a excluirla de la regulación laboral aunque en la

22. *Ibidem*, pp. 123 y ss.
23. *Ibidem*, pp. 149-193.
24. BOE, núm. 175, de 24 de julio de 1961, Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1961-14132. Consultado el 12 de septiembre de 2023.
25. Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE, núm. 96, de 21 de abril de 1976. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-8373. Consultado el 12 de septiembre de 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

disposición adicional 4ª se otorgaba el plazo de 2 años para aprobar una regulación acorde a sus características.

Sin embargo, como la Constitución se aprueba en 1978, esta regulación se queda pospuesta por varios años como veremos a continuación.

2. *Etapa postconstitucional*

Tras varios intentos fallidos de otorgarles una regulación acorde a esta actividad, se aprueba en 1980 el Estatuto de los Trabajadores (ET)[26] que, en contra de lo que esperaban las integrantes de este colectivo, volvía a dejarlas fuera de la legislación lo que provocó nuevas reivindicaciones y manifestaciones reclamando derechos.

Cinco años más tarde de la aprobación del ET, y siete del plazo establecido en la ley de Relaciones Laborales, se aprueba Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regulaba la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar[27], que no contó con el apoyo de los agentes sociales y seguía manteniendo peculiaridades derivadas de la propia naturaleza de la actividad que se realiza en un domicilio particular lo que entorpece la acción de la Inspección de Trabajo y del control de la prevención de riesgos por ejemplo. Además se seguía manteniendo a este colectivo dentro de un Régimen Especial de la Seguridad Social.

III. REGULACIÓN ACTUAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

No fue hasta el año 2011, 26 años después del Real Decreto de 1985, que se aprobó una nueva regulación de esta relación laboral de carácter especial mediante el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre[28], con él se cumplía el mandato incluido en la disposición adicional 39ª de la Ley 27/2011[29] en la que se habilitaba al Gobierno a modificar la regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar para que estuviera en consonancia con la integración del Régimen Especial de Seguridad Social de las Empleadas de Hogar en el Régimen General.

Tal como se recoge en el Preámbulo del Real Decreto, "aun partiendo de la conveniencia y la necesidad de mantener la relación laboral de carácter especial," se intentan dignificar "las condiciones de trabajo de las personas que realizan la prestación de servicios en el hogar familiar, mediante tres vías:

26. Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-5683. Consultado el 13 de septiembre de 2023.

27. BOE, núm. 193, de 13 de agosto de 1985. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-1985-17108. Consultado el 13 de septiembre.

28. BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=-BOE-A-2011-17975. Consultado el 15 de septiembre de 2023.

29. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-13242. Consultado el 15 de septiembre de 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

— Estableciendo mayores y mejores derechos de los trabajadores, aplicando, en lo que resulte factible, la regulación general contemplada en el Estatuto de los Trabajadores y normativa complementaria.
— Introduciendo una mayor estabilidad en el empleo, a través de la supresión del contrato temporal anual no causal y la sujeción a las reglas del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación temporal.
— Introducción de mecanismos de reforzamiento de la transparencia, que se despliega en asuntos como el de prohibición de la discriminación para el acceso al empleo y en las obligaciones del empleador en materia de información al empleado de hogar respecto a las condiciones de trabajo."

Esto implica cambios en lo relativo al ingreso al empleo en el que se añade la posibilidad de la intervención de las agencias de colocación debidamente autorizadas junto a las formas tradicionales que serían la contratación directa y la intervención del servicio público de empleo, garantizándose siempre la ausencia de discriminación en el acceso al empleo.

También se incluye el derecho a recibir información sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral si los mismos no figuran en el contrato formalizado por escrito, cuando la duración del contrato sea superior a cuatro semanas, dicha información deberá comprender:

— Las prestaciones salariales en especie, cuando se haya convenido su existencia.
— La duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, así como el sistema de retribución o compensación de los mismos.
— El régimen de las pernoctas del empleado de hogar en el domicilio familiar, en su caso.

Tal como se recoge en el artículo 5.2, "[s]alvo prueba en contrario, en defecto de pacto escrito, el contrato de trabajo se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa", lo que implica una mayor seguridad para el colectivo.

Respecto a los derechos y deberes de los trabajadores se les remite a los recogidos en el propio Real Decreto y a los recogidos en los artículos 4 y 5 ET, por su parte el empleador deberá garantizar que la actividad se realiza con las debidas condiciones de seguridad y salud y, en caso de que no se cumplan, serán justa causa para la dimisión del trabajador.

Con relación a la retribución se establece que se tendrá en cuenta el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) fijado anualmente por el Gobierno para el salario en metálico correspondiente a la jornada completa y, en caso de que se trate de una jornada inferior se tomará el porcentaje correspondiente de dicho SMI. Por supuesto se deja abierta la opción de mejorar el salario a través de pactos individuales o colectivos.

También se recoge el derecho "a dos gratificaciones extraordinarias al año que se percibirán, salvo pacto en contrario, al finalizar cada uno de los semestres del año, en proporción al tiempo trabajado durante el mismo."

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

En caso de prestaciones en especie se establece un porcentaje máximo de descuento del 30 % tal como se recoge en el ET.

Se regula el tiempo de trabajo estableciendo el límite semanal en 40 horas de trabajo efectivo y se indica que el trabajador no está obligado a permanecer en el hogar familiar una vez terminado su horario de trabajo.

Respecto a los descansos se establecen en 12 horas entre jornadas y, en el caso de los internos se puede reducir a 10 horas compensando las dos restantes en periodos de cuatro semanas. Y semanalmente se establece un descanso de 36 horas consecutivas teniendo que incluir la tarde del sábado o la mañana del lunes y el domingo completo.

El periodo de vacaciones se establece en 30 días naturales de los cuáles al menos 15 se deben disfrutar continuos y deben pactarse por ambas partes y si no hay acuerdo 15 días los indicará el empleador y el resto los elegirá el trabajador. Además no está obligado a pasar las vacaciones en el hogar familiar o en el lugar donde se haya desplazado la familia.

El régimen jurídico de la extinción del contrato remite al artículo 49 ET, con las salvedades que en el mismo se establecen en relación con el despido disciplinario y el desistimiento, como modalidad específicamente aplicable a esta relación laboral especial

En caso de despido disciplinario debe notificarse por escrito al trabajador y debe estar basado en las causas previstas en el ET y, en caso de que sea declarado como improcedente, al trabajador le corresponderá una indemnización equivalente a 20 días naturales por año de servicio con un límite de 12 meses.

La otra causa de extinción de contrato es el desistimiento del empleador, en cuyo caso deberá comunicar por escrito al empleado de hogar, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa y además debe hacerlo con un preaviso que puede ser de al menos 7 día como norma general pero que se aumenta a un mínimo de 20 días en el caso de que la prestación de servicios haya superado el año.

En los artículos 112 y 13 del Real Decreto se equipara a estas trabajadoras con el resto de trabajadores por cuenta ajena en cuanto a que el control de las condiciones laborales se realizará por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social aunque con los límites que esta actividad especial conlleva y en cuanto a la jurisdicción le corresponden los órganos de la jurisdicción social.

Este Real Decreto ha sufrido una serie de modificaciones con la aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre[30], entre otras modificaciones podemos encontrar la obligación de dar información a los trabajadores sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral si

30. Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. BOE núm. 216, de 8 de septiembre. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14680. Consultado el 20 de septiembre de 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

los mismos no figuran en el contrato formalizado por escrito independientemente de la duración de la prestación de servicios y no sólo cuando ésta sea superior a 4 semanas.

Otro aspecto que se modifica y que se traduce en una mayor seguridad para las trabajadoras es la eliminación del desistimiento como causa de despido ya que, con la modificación introducida, el despido debe estar motivado por alguna de las tres causas siguientes, siempre que estén justificadas:

— Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida.
— Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar.
— El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

IV. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS

El Régimen General de la Seguridad Social fue diseñado para incluir a los trabajadores asalariados de la industria y los servicios y se crearon Regímenes especiales para todos aquellos que realizaran actividades profesionales diferentes como es el caso del servicio doméstico.

Sin embargo, debido a la gran cantidad de Regímenes especiales que llegaron a crearse se planteó la posibilidad de que existiera discriminación entre los trabajadores en función del régimen en el que se incluyeran es por eso que tanto en el Pacto de Toledo de 1995 como en sus posteriores actualizaciones de 2003 y 2011 se hacía referencia sobre todo a la necesidad de homogeneizar los distintos regímenes y, lo que es más importante, en ir aumentando las contingencias recogidas en ellos con el objetivo final de ofrecerá todos los trabajadores la misma protección recogida en el Régimen General[31]

En el caso del Régimen Especial de Empleadas de Hogar (REEH) el problema era más complejo ya que existían dentro del mismo régimen dos tipos diferentes de trabajadores: por un lado quienes son consideradas continuas o fijas, es decir, aquellas que prestan servicios de manera exclusiva y permanente para un sólo cabeza de familia y lo hacen durante 80 horas o más al mes, y por otro lado las discontinuas o parciales que son aquellas que prestan servicios para un solo cabeza de familia durante un tiempo inferior a 80 horas al mes, pudiendo prestar servicios para varios cabezas de familia a la vez, siendo necesaria una prestación mínima de servicios para el encuadramiento en el REEH de 72 horas al mes durante, al menos, 12 días.

Esta distinción se traducía en la determinación del responsable ante la Seguridad Social ya que para las del primer caso el responsable de los actos de encuadramiento

31. Vela Díaz, R.: "De la Ley 27/2011 al Real Decreto-ley 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar", *Temas Laborales,* núm. 122, 2013, p. 126 y ss.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

y del ingreso de las cuotas es el titular del hogar familiar donde se presta el servicio, mientras que en segundo caso son las propias trabajadoras las encargadas tanto de afiliarse y darse de alta como de ingresar las cuotas de las cotizaciones.

Mediante la Ley 27/2011, a la que ya hemos hecho referencia, se produce la inclusión del REEH dentro del Régimen General como el Sistema Especial de Empleadas de Hogar (SEEH), y como un primer cambio se suprime la distinción existente anteriormente y se pasa a considerar solo una modalidad de trabajadores del servicio doméstico que serán consideradas por cuenta ajena independientemente de que la prestación del servicio sea a tiempo completo o parcial y de que se tengan uno o más pagadores.

Este cambio implica que todos los empleadores deben quedar incluidos en el registro de empresarios de la Seguridad Social y por tanto deben disponer de un Código de Cuenta de Cotización dentro del Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General al que adscribirán a los trabajadores a su servicio, siendo el titular del hogar siempre el obligado a realizar los actos de encuadramiento y si se presta servicio en diferentes hogares, los titulares de cada uno de ellos deben realizar un alta por esa trabajadora.

Además se elimina el número mínimo de horas para poder ser incluido en el SEEH, por lo que su inclusión es obligatoria independientemente del número de horas que trabaje.

Sin embargo los cambios más importantes se producen en relación a la cotización ya que hasta esta ley la cotización consistía en una cuota calculada sobre una base de cotización fija para todos los supuestos y a partir de ella se establece una escala de cotización en función de los salarios percibidos la cual cuenta con 16 tramos además en el caso de las conocidas como Discontinuas anteriormente eran ellas las responsables en exclusiva de la cotización y ahora la responsabilidad recae tanto en las empleadas como en los empleadores siendo estos últimos los obligados al ingreso de las cuotas de ambos.

Llegados a este punto tenemos que volver a hacer referencia a las situaciones paradójicas que ocurren en nuestro país con respecto a las regulaciones normativas ya que, meses después de la aprobación de la Ley 27/2011 y a un mes de que entrara en vigor lo dispuesto en ella, se aprueba el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre[32], en el que se desarrolló la disposición adicional 53ª LGSS en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a las personas trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, sin embargo al estar encuadrado en el marco del REEH, al quedar este derogado en parte por la aplicación de la Ley 27/2011 la trayectoria de este Real Decreto se circunscribe al periodo del 1 de enero al 30 de junio de 2012 para las personas empleadas de hogar procedentes del Régimen Especial, pendientes de regularización.

Por otro lado la recién estrenada Ley 27/2011 estableció un periodo de adaptación para que quienes estaban incluidos en el REEH fueran integrándose en el Régimen

32. BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2011. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-18914. Consultado el 20 de septiembre de 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

General a través del SEEH, ese periodo como ya se ha mencionado era desde el 1 de enero hasta el 30 de junio de 2012, sin embargo antes de poder analizar el resultado de los cambios introducidos por la Ley, apenas un año después de su entrada en vigor se aprueba el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social[33], el cual supone la vuelta atrás de los cambios que se habían introducidos aunque con ligeras modificaciones.

Por ejemplo se vuelve a restablecer la posibilidad de que, a partir del 1 de abril de 2013, aquellos empleados de hogar cuya jornada no exceda de 60 horas mensuales por empleador, puedan volver a ser responsables de los actos de encuadramiento aunque sigan teniendo la responsabilidad del ingreso de las cuotas tanto propias como de los empleadores incluyendo tanto las de contingencias comunes como las profesionales. Para no ser responsables de los actos de encuadramiento debe llegarse a un acuerdo con el empleador o empleadores. Como se puede comprobar es una vuelta a la situación existente en el REEH aún cuando se reducen las horas de 80 a 60.

También se producen cambios en relación a la cotización y a la recaudación, en primer lugar se establece una nueva escala en la que el número de tramos se reduce de 16 a sólo 8, unificando los tres primeros de la escala inicial en el primer tramo de la nueva lo que significa un aumento en las bases de cotización y por consiguiente de las cuotas a ingresar para quienes ingresan menos salario.

Posteriormente en 2018 se aprueba el Real Decreto-ley 28/2018[34], de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo que, en su art. 4 vuelve a establecer una nueva escala para determinar las bases de cotización que se divide en 10 tramos y que además del salario percibido tiene en cuenta el número máximo de horas trabajadas para cada tramo.

Con la declaración de la pandemia por Covid-19, las primeras medidas fueron las de confinar a la población limitando la circulación, este hecho supuso un primer obstáculo para la prestación del servicio doméstico de las personas que no estaban contratadas como internas ya que no podían desplazarse a los diferentes hogares donde prestaban su servicio, un segundo obstáculo fue que muchos empleadores se acogieron a diversas causas para prescindir de sus servicios. El resultado fue una importante reducción del empleo en este sector, lo que a su vez puso de manifiesto la infraprotección de las personas que se dedican a esta actividad ya que al quedarse desempleadas no tenían cobertura de ningún tipo de protección social al estar excluidas expresamente de la protección por desempleo[35].

33. BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2012. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15764. Consultado el 20 de septiembre de 2023.

34. BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-17992. Consultado el 25 de septiembre de 2023.

35. Ordóñez Casado, M. I.: "El servicio doméstico...", ob. cit., pp. 226 y ss.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

Es por ese motivo que, dentro de las medidas tomadas por el Gobierno, se aprueba Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo[36] por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, con el objetivo de implementar medidas de carácter social dirigidas al apoyo de trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables, en el cual se dedican los artículos 30, 31 y 32, así como la disposición transitoria 3ª a regular estas medidas específicas en el sector de los empleados de hogar creando un subsidio extraordinario de desempleo para los empleados del hogar, consistente en una prestación asistencial de desempleo que cubre la necesidad en que pueda encontrarse este colectivo, como consecuencia de la situación derivada del Covid-19, esto es, en los casos de despido, reducción de la carga de trabajo o suspensión de la actividad laboral[37].

Los requisitos para poder acceder a este subsidio extraordinario eran estar de alta en la Seguridad Social como empleada de hogar antes del 14 de marzo y haber sido afectada por un despido, una reducción de la carga de trabajo o una suspensión de la actividad laboral.

La cuantía a percibir sería equivalente al 70 % de las bases de cotización que la empleada de hogar tuvo el mes anterior al despido o la suspensión de actividad, por cada uno de los contratos que se han visto afectados de este modo por el SARS-CoV-2, no pudiendo nunca superar el límite establecido por el SMI, excluida la parte proporcional de pagas extras.

Este subsidio no era incompatible con seguir ejerciendo alguna actividad siempre y cuando la suma de los ingresos percibidos entre la actividad y el subsidio no superara el SMI con pagas incluidas. Sin embargo no era compatible con el subsidio de incapacidad temporal y tampoco con el permiso retribuido recuperable por Covid-19, regulado en el Real Decreto-ley 10/2020.

Esta infraprotección detectada a partir de la pandemia ocasionó que se presentará una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo (Pontevedra), mediante auto de 29 de julio de 2020 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se resuelve mediante la sentencia de 24 de febrero de 2022[38], en el sentido de que excluir a las trabajadoras del servicio doméstico de la protección de desempleo las sitúa en desventaja con el resto de los trabajadores y, al no estar justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, es una clara oposición a la Directiva 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.

36. BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4208. Consultado el 25 de septiembre de 2023.

37. Poquet Catalá, R.:" Covid-19, crisis sanitaria, económica y laboral: ¿hacia un trabajo decente en el trabajo doméstico?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 1, 2021, pp. 260-261.

38. ECLI:EU:C:2022:120 Asunto C-389/20. Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=254589&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3438800. Consultada el 28 de septiembre de 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

Esta sentencia ocasiona que mediante el artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2022[39] se suprima la letra d) del artículo 251 LGSS donde se establecía la exclusión de este colectivo de la protección por desempleo. Al eliminarse, la prestación por desempleo se extiende también a este colectivo por lo que se hace obligatorio la cotización por este concepto.

La forma de realizar esa cotización –reducida– durante el año 2022 se especifica en la disposición transitoria segunda del presente real decreto-ley, todo ello sin perjuicio de que la cotización, a partir de enero de 2023, haya de hacerse en los términos establecidos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Se modifica, asimismo, el artículo 267 TRLGSS a fin de que conste como situación legal de desempleo la extinción por causa justificada contemplada en el nuevo artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, mencionadas anteriormente.

V. ACCIÓN PROTECTORA DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS

Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades:

— El subsidio por incapacidad temporal en caso de enfermedad común o accidente no laboral se abonará a partir del noveno día de la baja, estando a cargo del empleador el abono de la prestación desde el día cuarto al octavo, ambos inclusive.
— El pago del subsidio por incapacidad temporal se efectuará directamente por la Entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.
— Respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones previsto para el régimen general de la Seguridad Social.

Como ya se ha mencionado desde Real Decreto-ley 16/2022 también tienen acceso a la prestación y a los subsidios de desempleo.

Y, en el art. cuarto del Real Decreto-ley 16/2022 se establecen modificaciones en el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, que son necesarias, a través de las que se reconoce:

— La obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico y,
— Una cobertura indemnizatoria a las personas trabajadoras del servicio doméstico en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

39. Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-14680. Consultado el 1 de octubre de 2023.

VI. CONCLUSIONES

Del análisis realizado podemos concluir que nos encontramos con un sector muy feminizado, que realiza una actividad que a lo largo de los siglos ha sufrido del estigma de ser realizado por personas de inferior categoría por lo que, aun de forma inconsciente, la sociedad sigue manteniendo esa creencia y por tanto no existe la misma inquietud en la defensa de sus derechos laborales que cuando se trata de otros colectivos.

A pesar de esa situación respecto al colectivo se ha ido poco a poco intentando mejorar sus condiciones laborales y la protección social intentando equipararla a la del resto de trabajadores por cuenta ajena.

En este sentido la inclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial es un gran avance en la protección social de este colectivo aún cuando se haya conseguido con tanto retraso respecto de otros trabajadores.

Sin embargo, la realidad nos muestra que existe una gran economía sumergida en esta actividad que cada vez más frecuentemente es realizada por mujeres inmigrantes que desconocen nuestra legislación y por ende los derechos que las asisten y que son "contratadas" sin dar de alta en la seguridad, por lo que no todas las personas que trabajan en el servicio doméstico están realmente protegidas.

Este problema de la economía sumergida en el sector también es difícil de controlar así como las condiciones de seguridad y salud debido a que el trabajo se desarrolla dentro del ámbito privado del hogar familiar donde la Inspección encuentra dificultades para acceder ya que entra en juego la inviolabilidad del domicilio particular.

Bibliografía

Del Campo Gutiérrez, A.: "El *status* femenino desde el punto de vista del trabajo (Zaragoza, siglo XIV*)". Aragón en la Edad Media*, núm.18, 2004.

De Dios Fernández: E. *Sirvienta, empleada, trabajadora de hogar. Género, clase e identidad en el franquismo y la transición a través del servicio doméstico (1939-1995),* umaeditorial, 2019.

Del Val Valdivieso, M. I.: "Mujer y trabajo en Castilla al final de la Edad Media"*, Aragón en la Edad Media,* núm. 14-15, 2, 1999 (Ejemplar homenaje a la profesora Carmen Orcástegui Gros).

María e Izquierdo, M. J.: "El Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación", *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 6, 1999 [ejemplar homenaje a don Manuel Torres López (I)].

Hernáiz Márquez, M.: "Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico", *Revista de Política Social*, núm.41, enero/marzo 1959.

Jimeno Aranguren, R.: *Los Fueros de Navarra*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

Malo Ocaña, M. Á.: "Nuevas formas de empleo: Del empleo atípico de las Plataformas Digitales", *Papeles de Economía Española*, núm. 56, 2015.

Ordóñez Casado, M. I.: "El servicio doméstico desde la perspectiva del concepto de "trabajo decente" propuesto por la OIT", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021.

Organización Internacional del Trabajo: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas,* Ginebra, 2016. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534522.pdf.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

Poquet Catalá, R.: "Covid-19, crisis sanitaria, económica y laboral: ¿hacia un trabajo decente en el trabajo doméstico?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 1, 2021.

Vela Díaz, R.: "De la Ley 27/2011 al Real Decreto-ley 29/2012 de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para empleados de hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar", *Temas Laborales,* núm. 122, 2013.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 159 - 178
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.10

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

La protección social de las trabajadoras del servicio de ayuda a domicilio como modalidad de empleo atípico*

SOCIAL PROTECTION OF HOME HELP SERVICE WORKERS AS A TYPE OF ATYPICAL EMPLOYMENT

Jorge Baquero Aguilar
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
jbaquero@uma.es 0000-0002-8524-7947

Recibido: 23.10.2023 | Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

Las formas de trabajo atípico se han venido desarrollando a lo largo de las últimas décadas con ocasión del surgimiento de nuevas realidades laborales. Tanto la inclusión de dichas realidades emergentes como su conceptualización dejan entrever la complejidad de la dimensión del concepto. El marco jurídico del trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio parte de una compleja interrelación de la normativa estatal y autonómica con las matizaciones que introduce el marco local donde se materializa la prestación del servicio. Las características de dicho trabajo conllevan una problemática subyacente al desarrollo del mismo que engloban una gran cantidad de aristas que pueden provocar una devaluación del trabajo y un marco deficiente para las personas trabajadoras de dichos servicios. Se relaciona esta modalidad de trabajo atípico con los postulados del trabajo decente. Se plantean algunas propuestas de mejora que podrían incidir en las condiciones de trabajo de este colectivo altamente feminizado.

PALABRAS CLAVE

servicio de ayuda a domicilio, protección social, empleo atípico, problemática subyacente, propuestas de mejora

ABSTRACT

Atypical forms of work have been developing over the last decades due to the emergence of new work realities. Both the inclusion of these emerging realities and their conceptualization reveal the complexity of the dimension of the concept. The legal framework for the work of the Home Help Service is based on a complex interrelation of state and regional regulations with the nuances introduced by the local framework where the provision of the service takes place. The characteristics of said work entail an underlying problem to its development that encompasses a large number of aspects that can cause a devaluation of the work and a deficient framework for the workers of said services. This type of atypical work is related to the postulates of decent work. Some proposals for improvement are put forward that could affect the working conditions of this highly feminized group.

KEYWORDS

home help service, social protection, atypical employment, underlying problems, proposals for improvement

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL EMPLEO ATÍPICO
III. EL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO: SU MARCO JURÍDICO
IV. LAS CARACTERÍSTICAS DEL/A TRAJADOR/A DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO
V. LA PROBLEMÁTICA SUBYACENTE DEL TRAJAO DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO
VI. A MODO DE PROPUESTAS DE MEJORA
VII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas se viene hablando del concepto de empleo atípico y de sus diferentes modalidades. Partiendo de la configuración de la noción del trabajo atípico y de sus características se lleva a cabo en este trabajo de investigación un análisis del trabajo en el Servicio de Ayuda a Domicilio y de sus características al objeto, no sólo de encuadrar el mismo en la dimensión del trabajo atípico, sino que también de reivindicar una serie de modificaciones normativas de cara a mejorar la situación de las personas que prestan sus servicios en esta modalidad de empleo. En ese sentido, trabajo atípico y trabajo decente son dos conceptos que se entrecruzan y se entrelazan planteando demasiadas concomitancias entre sí.

Partiendo de todo lo anterior se lleva a cabo un análisis del marco jurídico del trabajo en el Servicio de Ayuda a Domicilio. Su regulación es compleja. Parte de la normativa estatal que descentraliza las competencias en las Comunidades Autónomas. Pero la prestación de los servicios recae en las Entidades Locales (Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes). A lo anterior se añade la particularidad regulativa de cada Comunidad Autónoma que, aunque parte de la normativa estatal, puede introducir significativas diferencias en un entramado normativo desarrollado en cascada.

Se lleva a cabo un análisis de los requisitos y funciones de las personas trabajadoras en el Servicio de Ayuda a Domicilio con la intención de observar la complejidad del sector de actividad. La amplitud y diversidad de funciones, puestas en relación con las condiciones de trabajo, nos lleva a la introducir la idea de considerar el trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio como una modalidad del trabajo atípico. Complican aún más las cosas las modalidades de prestación de servicios por parte de las empresas que son amplias y variadas. Desde la prestación directa por parte de la Administración, la creación de Sociedades Mercantiles Públicas especializadas, pasando por la subcontratación de servicios públicos y, en ocasiones, a la subcontrata de los mismos, el estado de la cuestión puede variar de forma significativa.

Todo lo anterior desemboca en una serie de problemas que subyacen al desarrollo de la relación laboral que no termina de atajar ni la normativa aplicable en vigor ni la negociación colectiva. Parte de la problemática deviene de la falta de fondos públicos destinados para la prestación del servicio. Por otro lado, la propia relación laboral

adolece de una serie de problemas de base que hacen que las relaciones de trabajo de las personas trabajadoras sufran ciertos niveles de desregulación. Sin contar con el hecho de la mercantilización del servicio destinado a cubrir las necesidades de personas dependientes.

Del estudio del estado de la cuestión se proponen por nuestra parte una serie de propuestas de mejora que se estructuran en cuatro bloques: financiación y mejora de los Servicios Sociales Comunitarios, propuesta de regulación laboral de carácter especial, el papel que ha de adoptar la negociación colectiva y, por último, la implicación de las propias Administraciones Locales que son las encargadas de llevar a cabo la prestación de los servicios. Todo ello con la idea última de mejorar las condiciones laborales de este sector de actividad que está altamente feminizado. Con lo que la cuestión de género debería jugar un papel fundamental en los cambios normativos futuros.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL EMPLEO ATÍPICO

Definir el concepto de empleo atípico podría resultar un tanto dificultoso. Sobre todo teniendo en cuenta que la catalogación de dicho empleo podría estar envuelta en un cierto "*halo*" de inseguridad, en lo que podríamos atrevernos a denominar como una frontera un tanto dudosa. No obstante, el concepto de empleo atípico se comienza a utilizar de forma regular por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la segunda mitad de la década de los 80 de pasado siglo XX. Pero a pesar de su utilización previa no alcanza un consenso mundial hasta el año 2015.

En esa línea, para la OIT, el concepto de empleo atípico es un término que designa diversas modalidades de empleo que marcan una diferencia sustancial con respecto a un empleo considerado dentro de los estándares normalizados por parte de la normativa laboral en vigor. De tal forma que se pueden incluir dentro del concepto de empleo atípico un amplio abanico de modalidades de empleo como podrían ser –sin ánimo de exhaustividad– los siguientes: el empleo temporal, el empleo a tiempo parcial, el trabajo temporal por medio de una Agencia, el trabajo temporal por medio de una Empresa de Trabajo Temporal[1], la relación de trabajo multipartita y el trabajo subcontratado[2], el empleo encubierto, el empleo por cuenta propia económicamente

1. Un análisis sobre el trabajo a tiempo parcial, el trabajo de duración determinada y el trabajo prestado a través de Empresas de Trabajo Temporal como modalidades de trabajo atípico es el que se lleva a cabo por parte de: Pérez Guerrero, M. L.; Castellano Burguillo, E. y Pérez Domínguez, F.: "Trabajo atípico en la Unión Europea", *Scielo. Gaceta Laboral,* Vol. 14, n. 3. Maracaibo, dic. 2008, Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972008000300001.

2. El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021), mediante su artículo 1º.Cinco, modificaba el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores relativo a la subcontratación de servicios con el ánimo de evitar el fraude laboral de las empresas, el *dumping* social y la desregulación de las relaciones laborales del personal subcontratado. Sobre el escaso alcance que ha supuesto dicha modificación en términos reales obsérvese: Nores Torres, L.E.: "La reforma del artículo 42 ET en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. extra, 2022, pp. 73-82 (ejemplar dedicado a la reforma laboral de 2021). Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8299624.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

dependiente (TRADE´s), las relaciones de trabajo ambiguas, el trabajo de plataformas, el trabajo a domicilio[3], etc.

Las distintas modalidades de trabajo atípico[4] han servido como palanca para procurar una adaptación a los cambios y a las necesidades del mercado de trabajo ante las nuevas realidades laborales. También ha permitido una mayor inserción de personas trabajadoras en el mercado laboral. Pero, como contrapartida, se han planteado una serie de problemas subyacentes en relación con las condiciones de trabajo, el rendimiento de las empresas, el rendimiento general de los mercados laborales, el rendimiento de las economías en general y el funcionamiento de las sociedades en particular. De tal forma que, la problemática del trabajo atípico en el más amplio sentido adquiere ciertas concomitancias con el concepto y la dimensión que alcanza el trabajo decente[5], su controversia y la importancia de la dimensión del mismo[6].

Por las propias características del trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio[7], y puestas en relación las mismas con algunos de los aspectos anteriormente señalados sobre el trabajo atípico, es por lo que por nuestra parte consideramos que el trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio debe ser encuadrado como una relación laboral atípica. O, mejor dicho, en el mismo concurren toda una serie de notas características como la temporalidad, la parcialidad, la contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal[8], la subcontratación de servicios entre empresas, la subcontratación de servicios públicos como mecanismo de gestión a través de licitaciones administrativas, el empleo encubierto[9], etc., que contienen tal nivel de ambigüedad –en algunos casos– y de inseguridad jurídica –en otros– como para que el trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio pueda ser considerado como una modalidad de trabajo atípico.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

3. Vinculado con el concepto de trabajo decente y prestando especial atención tanto a la prestación de servicios en plataformas online, el trabajo de cuidados y el trabajo no declarado véase: Lozano Lares, F.: "Los efectos sinérgicos de la prestación de servicios en plataformas online, el trabajo de cuidados y el trabajo no declarado como retos de trabajo decente en la nueva sociedad digital", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm.. 2, 2021, pp. 227-271. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8223287.

4. Véase al respecto del concepto y modalidades de empleo atípico: Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Formas atípicas de empleo*. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/lang--es/index.htm.

5. Sobre la formación del concepto de trabajo decente véase: Baylos Grau, A. P.: "Sobre el Trabajo Decente: La Formación del Concepto", *Derecho y Sociedad*, núm. 72, 2016, pp. 15-24. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7792990.

6. Sobre el concepto de trabajo decente *vid in extenso*: Lozano Lares, F.: "La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016, pp. 1-36. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5778867.

7. *Cfr.* Rodríguez González, A. y Cruz Lendínez, A.: *El servicio de ayuda a domicilio en España: manual práctico de gestión y evolución del enfoque actual*, Dykinson, Madrid, 2021.

8. No es tan frecuente el uso de este mecanismo aunque sí que posible.

9. Empleo atípico y trabajo encubierto concurren en las personas trabajadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio como mecanismo de compensación por los bajos salarios y la parcialidad de las jornadas. De tal forma que se pueden llegar a combinar los trabajos a tiempo parcial de forma reglada con los trabajos encubiertos para familiares de personas que requieren de dichos servicios de una forma encubierta. Hasta el punto de que, en ocasiones, ambas situaciones puede que concurran –a la par o de forma alternativa– con la percepción de las prestaciones por desempleo.

III. EL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO: SU MARCO JURÍDICO

El Servicio de Ayuda a Domicilio comprende toda una serie de actuaciones diversas que pretenden atender las necesidades básicas de la vida diaria de la persona que necesite dichos servicios (personas usuarias). Normalmente se trata de una persona en situación de dependencia para la que se diseñan un conjunto de actuaciones de diversa índole (preventivas, formativas, rehabilitadoras, etc.) que son realizadas por parte de profesionales cualificados que trabajan para la persona dependiente en el propio domicilio del mismo[10]. Ha supuesto el trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio en los últimos años (sobre todo a partir de la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[11]) un nicho de mercado expansivo para las empresas y un nicho laboral para las personas trabajadoras. Grandes corporaciones y grupos de empresas ha diversificado sus negocios enfocando sus inversiones en esta línea.

Pero el marco jurídico del Servicio de Ayuda a Domicilio es ciertamente complejo. Son competencias que se les atribuyen a los Servicios Sociales Comunitarios que se han transferido por parte del Estado a las Comunidades Autónomas (CCAA). Estas, a su vez, desarrollan un compleja interrelación para la prestación de los Servicios de Ayuda a Domicilio con las Entidades Locales (Diputaciones y Ayuntamientos, aunque no sólo éstos). Es por ello por lo que las CCAA han tenido que desarrollar su normativa en relación a la materia objeto de estudio. Como marco regulador se establece la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15/12/2006) que, dentro del catálogo de servicios, en su artículo 1.c) establece el Servicio de Ayuda a Domicilio en dos vertientes: atención de las necesidades del hogar y cuidados personales. En base a lo preceptuado en el artículo 23, dicho servicio lo constituye "el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función, y podrán ser los siguientes: a) Servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria. b) Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros". De forma excepcional y debidamente justificada, "los servicios señalados en los apartados anteriores, podrán prestarse separadamente, cuando así se disponga en el Programa Individual de Atención. La Administración competente deberá motivar esta excepción en la resolución de concesión de la prestación". Para ello será necesario una cooperación entre la AGE y las CCAA tal y como preceptúa el artículo 10. Dicha cooperación, *ex* apartado 2 de dicho

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

10. En ese sentido, se comparten ciertas notas características de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, aunque su marco jurídico es distinto.

11. Obsérvese en ese sentido: Sociedad Española de Geriatría y Gerontología: *Guía Práctica de la Ley de Dependencia. Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Disponible en: https://www.cgtrabajosocial.es/app/webroot/files/consejo/files/Guia%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20Ley%20de%20Dependencia.pdf

artículo, se realizará a través de los Convenios entre la AGE y las CCAA. Los Convenios "*establecerán la financiación que corresponda a cada Administración para este nivel de prestación*" (apartado 4 del art. 10). La financiación correrá a cuenta de la AGE que fijará anualmente los recursos económicos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio (apartado 2 del art. 9). En esa línea, es el art. 11 el que establece el nivel de participación de las CCAA en el sistema. De tal forma que corresponderán a las mismas las siguientes funciones: "a) Planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia. b) Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia. c) Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención. d) Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad. e) Asegurar la elaboración de los correspondientes Programas Individuales de Atención. f) Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios. g) Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo. h) Aportar a la Administración General del Estado la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación previstos en el artículo 32"[12]. Por su parte, la participación de las EELL las establece el artículo 12 de la Ley, participando en dichos servicios de atención a las personas con dependencia de acuerdo con la normativa de sus respectivas CCAA pero siempre "dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye".

Por falta de espacio no abordaremos todo el marco normativo de las distintas CCAA de nuestro país. Centrándonos en la Comunidad Autónoma Andaluza[13] como ejemplo, la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio la recoge la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (BOJA núm. 248, de 29 de diciembre de 2016). El catálogo de prestaciones garantizadas por esta norma recoge "El servicio de ayuda a domicilio de los servicios sociales comunitarios no vinculados a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia". Pero para prestar el servicio vinculado a dicha normativa estatal, el Gobierno Andaluz ha aprobado el Plan Extraordinario de Acción Social de Andalucía que tiene como objetivo "paliar situaciones de necesidad derivadas de la dificultad de acceso al mercado laboral por parte de determinados colectivos en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo" y, a lo que nos interesa para el caso, "tiene como fin consolidar la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio"

12. Por su importancia nos ha parecido importante introducir el tenor literal del precepto.

13. Sobre la prestación de dicho servicio en la Comunidad Autónoma Andaluza véase: Pacheco Mangas, J.: "La prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio en Andalucía. Retos para la sostenibilidad financiera y la cooperación interadministrativa", en Navarro Gómez, C.; Ruiz Pulpón, A.R.;Velasco Caballero, F. y Castillo Abella, J. (eds.).: *Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación: Diagnóstico, territorio y gobierno local. Ciudad Real 22 y 23 de septiembre de 2022*, 2022, pp. 295-406. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8734385.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

en dicha Comunidad. Dentro del mismo se encuentra el Programa de Consolidación del Servicio de Ayuda a Domicilio de Andalucía que otorga una serie de transferencias a las Entidades Locales (EELL) de Andalucía, todas ellas destinadas al afianzamiento del Servicio de Ayuda a Domicilio en la comunidad autónoma andaluza. El acceso a este servicio se lleva a cabo a través de los Servicios Sociales Comunitarios de cada Ayuntamiento[14]. El objetivo final es el de procurar garantizar la cobertura adecuada de las necesidades de la población dependiente que se encuentre en una situación de emergencia vinculada a ciertas dificultades económicas. En esa compleja interrelación entre Estado, CCAA y Entidades Locales (EELL), el Servicio de Ayuda a Domicilio se financia con cargo a los Servicios Sociales Comunitarios que reciben aportación de las CCAA como consecuencia de la anteriormente mencionada transferencia por parte del Estado hacia las mismas.

Como ya se ha anunciado, al ser un modelo de prestación del servicio que se reproduce de la misma forma en toda España (aunque con ciertas particularidades, claro está), y no pudiendo atender por falta de espacio a la regulación en todas y cada una de las CCAA de nuestro país, nos vamos a centrar en la regulación de la Comunidad Autónoma Andaluza, donde la regulación del Servicio de Ayuda a Domicilio se lleva a cabo mediante la Orden de 28 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Conforme a lo dispuesto en los artículos 6, 15 y 22 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, el Servicio de Ayuda a Domicilio se configura como una esfera de actuación administrativa cuya titularidad corresponde a las Administraciones Públicas de Andalucía. El Servicio de Ayuda a Domicilio es de titularidad pública, corresponde su organización a las Corporaciones Locales que pueden realizar su gestión de diversa forma: directa o indirecta. Y es aquí donde radica parte de la problemática de fondo de estas relaciones de trabajo como veremos *ut infra*. No obstante, la prestación del servicio que corresponde gestionar a los Servicios Sociales Comunitarios de las EELL tiene que partir de un reconocimiento administrativo por parte de la administración autonómica a través del Programa Individual de Atención a la Dependencia (PIA). En cuanto a su financiación, existe una compleja interrelación entre lo que aporta la Administración General del Estado (AGE), la Comunidad Autónoma de Andalucía y las propias personas usuarias del mismo.

En esa compleja distribución de competencias a la que venimos haciendo referencia, el Estado transfiere las mismas a las CCAA con una asignación presupuestaria anual. Por su parte, la CCAA, en aras de garantizar la prestación de los servicios, a través de la Consejería correspondiente en materia de Servicios Sociales suscribe convenios de colaboración con los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes. Para los Ayuntamientos con menos de 20.000 habitantes, se suscriben convenios con las Diputaciones Provinciales con el fin de atender las necesidades de

14. A mayor abundamiento véase: Junta de Andalucía: *Medidas de contra la exclusión social*. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/temas/familias-igualdad/minorias/medidas-exclusion-social.html#toc-plan-extraordinario-de-acci-n-social-de-andaluc-a.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

dichos municipios conforme al modelo previsto[15]. Hay que tener en cuenta el papel fundamental que juegan las Diputaciones Provinciales en materia de apoyo técnico y económico hacia pequeños y medianos municipios que encuentran serias dificultades para financiar y prestar sus servicios encomendados por ley. Es, por tanto, a través de estos convenios, donde las Corporaciones Locales se comprometen a la prestación del servicio en su propio municipio[16]. De tal forma que la Consejería pertinente de la CCAA reconoce el derecho de la persona que necesite el Servicio de Ayuda a Domicilio, el Ayuntamiento presta el servicio y la CCAA, a través de la Consejería, realiza las transferencias correspondientes con cargo a la disponibilidad presupuestaria para cada ejercicio. Todo ello, como se ha dicho, en una compleja interrelación donde, además, el usuario, dependiendo de las circunstancias económicas de la unidad familiar, también habrá de aportar una parte. La aportación económica de las EELL se calculan a mes vencido en función del número de horas efectuadas, siendo el coste del servicio el realizado por hora, teniéndose que contar, en su caso, con la aportación realizada por parte de las personas usuarias del servicio[17].

Como se ha adelantado, la prestación del servicio puede desarrollarse de diversa forma. Por un lado, puede ser la propia Corporación Local la que lo preste mediante su propio personal o mediante la creación de sociedades mercantiles públicas de titularidad municipal. Con lo cual el coste por hora de la prestación del servicio lo asume la propia Entidad Local con el límite del coste por hora fijado para su financiación. Pero si la Entidad Local decide subcontratar el servicio puede hacerlo, a su vez, bajo una doble modalidad. En primer lugar podría subcontratarlo con una empresa privada. En segundo lugar, podría desarrollarlo con una empresa pública. Para lo cual, el coste del servicio por hora será el abonado a la entidad con el límite del coste por hora máximo fijado para su financiación. En esa línea, la Disposición adicional primera de la Orden de 28 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía fija el precio del coste por hora de servicio en 13 euros[18]. Hay que tener en cuenta en este caso que el precio de 13 euros por hora es en términos brutos. De ahí hay que extraer el salario por hora de la persona que preste el servicio, la cotización a la Seguridad Social, el pago a la empresa que subcontrata el servicio en su caso, etc. Es este uno de los factores fundamentales para que dichas relaciones de

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

15. Franco Rebollar, P. y Ruíz, B.: *Investigación. El trabajo de ayuda a domicilio en* España, Coordinación Secretaría de Mujer y Políticas Sociales FeSP UGT. Elaborado por la Vicesecretaría General de UGT y la FESP UGT, 2018, p. 46. Disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/el_trabajo_de_ayuda_a_domicilio_ugt_fesp_sep_2018_def_0.pdf.

16. En ese sentido, el art. 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (BOE núm. 80, de 03/04/1985), establece como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, la "Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social". No obstante lo anterior, "el régimen local básico habilita a las entidades locales supramunicipales (diputaciones, comarcas, ...) a prestar este tipo de servicios en los casos en que los municipios menores de 20.000 habitantes no estén en condiciones de prestarlos (y así subsiguientemente lo contemplan las leyes de servicios sociales)".

17. La aportación económica del usuario del servicio –en su caso– irá en función de los ingresos en cómputo global y anual de la unidad familiar.

18. Dicho precio difiere dependiendo de la propia regulación de cada CCAA.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

trabajo puedan llegar a ser consideradas como atípicas puesto que, al final, la prestación del servicio por parte de la persona trabajadora puede llegar a realizarse de una forma precaria desde el punto de vista laboral teniendo en cuenta las circunstancias.

Como no podría ser de otra forma, y teniendo en cuenta la temática principal de este trabajo de investigación, cabe prestar atención a los recursos humanos necesarios para el desarrollo del servicio. En ese sentido, el art. 19 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía establece que dicho servicio necesita de la intervención de una serie de profesionales cualificados que puedan garantizar la calidad y la eficacia del mismo. De tal forma que se establece un equipo básico compuesto por trabajadores y trabajadoras sociales y por auxiliares de ayuda a domicilio. Sin contar con el hecho de que, para llevar a cabo una actuación integral para el desarrollo de dichos servicios, también podrán participar otros profesionales de los Servicios Sociales Comunitarios.

Para el caso de los trabajadores y de las trabajadoras sociales, el art. 20 de la Orden establece una serie de competencias funcionales. Dentro de esas competencias, respecto de la persona usuaria, las funciones de estos profesionales comprenden el estudio y valoración de la demanda de la persona usuaria del Servicio de Ayuda a Domicilio y la elaboración del diagnóstico inicial. También les corresponde diseñar lo que la norma denomina como Proyecto de Intervención Adecuado (PIA). Ha de programar, gestionar y supervisar cada caso en particular, realizar el seguimiento y evaluar su idoneidad y eficacia, y favorecer la participación de los miembros de la unidad de convivencia como apoyo al servicio. En relación con el servicio, dentro de las competencias de los trabajadores y de las trabajadoras sociales se establecen la de intervenir en la programación, en la gestión y en la supervisión del servicio, así como realizar el seguimiento y la evaluación de su idoneidad y eficacia. También les corresponde orientar, coordinar y realizar el seguimiento y evaluación de las intervenciones del voluntariado en relación al servicio, facilitar y promocionar la formación y reciclaje del personal auxiliar de ayuda a domicilio y, por último, les compete coordinar estas actuaciones con el resto de servicios y recursos de la Red de Servicios Sociales o con otros sistemas de protección social. Competencias técnicas todas ellas de coordinación, programación y Supervisión de los servicios prestados de suma importancia.

No obstante lo anterior, y para lo que nos interesa, el art. 21 de la citada Orden es el que regula las funciones del los auxiliares del Servicio de Ayuda a Domicilio, que son las personas encargadas de llevar a cabo las tareas establecidas por parte de las trabajadoras y de los trabajadores sociales de las Entidades Locales[19]. Dichos profesionales han de tener una formación mínima: poseer el título Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, el de Graduado en Educación Secundaria, el Graduado Escolar o, en última instancia, el Certificado de Estudios Primarios. Además de lo anterior

19. Sobre la mediación en los posibles conflictos que puedan surgir dentro del marco de la relación laboral del Servicio de Ayuda a Domicilio entre las personas trabajadoras del mismo véase: Cava Fernández, C. y Sarasola Sánchez-Serrano, J. L.: "Mediación en el Servicio de Ayuda a Domicilio", en Pilia, C. (coord.): *Quaderni de conciliazione*, n. 13, 2020, pp. 245-252. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8967780.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

han de tener la cualificación profesional específica para el ejercicio de sus funciones, conforme a lo establecido en el Real Decreto 331/1997, de 7 de marzo, por el que se establece el certificado de profesionalidad de la ocupación de auxiliar de ayuda a domicilio. Se ha de destacar de lo anterior el hecho de que en la mayoría de los casos, las personas trabajadoras que prestan dicho servicio son mujeres de mediana edad, con escasa formación y con pocas oportunidades profesionales. Lo cual encaja con los requisitos mínimos de formación. En cuanto a la cualificación profesional específica son los propios Ayuntamientos, las Diputaciones Provinciales o las propias Consejerías a través de las Delegaciones Provinciales las que, en su caso, ofertan dicha formación al objeto de poder disponer de personal cualificado que presten dichos servicios. Como hemos dicho anteriormente, un nicho de mercado para las empresas y un nicho laboral para estas personas con baja cualificación y pocas oportunidades de empleo.

Pero centrándonos en las competencias de los auxiliares del Servicio de Ayuda a Domicilio, el apartado 2 del artículo 21 establece las siguientes: realizar las actuaciones de carácter doméstico y personal, prestar a las personas usuarias la atención adecuada a sus necesidades realizando un trabajo educativo y contribuyendo a la inserción y normalización de situaciones a nivel individual o convivencial, estimular el protagonismo de la persona usuaria (no sustituyéndola en aquellas tareas que pueda desarrollar autónomamente), facilitar a las personas usuarias canales de comunicación con su entorno y con el personal técnico responsable del servicio, cumplimentar la documentación de registro que le corresponda en los modelos establecidos para el servicio y participar en la coordinación y seguimiento del servicio, facilitando la información necesaria sobre las personas usuarias. Todo un conjunto de tareas que les corresponde a dicho personal con una baja cualificación y que engloba la realización de trabajos de carácter doméstico y personales con matices educativos y de inserción social, además de conllevar cierto trabajo administrativo[20]. Lo que nos lleva a reflexionar sobre la atipicidad del dicha relación laboral, sobre todo si tenemos en cuenta las características del/a trabajador/a al Servicio de Ayuda a Domicilio. Veámoslas.

IV. LAS CARACTERÍSTICASA DEL/A TRABAJADOR/A DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO

El trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio tiene una serie características que abordaremos a continuación que, desde nuestra óptica personal, enmarca a las personas que desarrolla dichas actividades como una relación laboral atípica, a pesar de que forman parte de las relaciones laborales comunes en lo que a su régimen jurídico se refiere. En concordancia con lo anterior, las actuaciones que han de desarrollar dichas personas trabajadoras comprenden varias áreas. En cuanto a la alimentación

20. En su momento ya se vislumbraba la problemática que engloba la actividad del Servicio de Ayuda a Domicilio. Véase al respecto de la cuestión: Medina, M. E.; Fernández, J.; Fuentes, M.; Hernández, M.; Pérez, R. y Grupo de Alumnos de Trabajo Social: "Evaluación del impacto en cuidadores de usuarios del Servicio de Ayuda a Domicilio", *Anales de Psociología*, vol. 14, núm. 1, 1998, pp. 105-126. Disponible en: https://revistas.um.es/analesps/article/view/31331.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

han de encargarse de preparar los alimentos en el domicilio de la persona usuaria del servicio, coordinar –en su caso– el servicio de comida a domicilio, la compra de alimentos, etc. Por lo que respecta a lo que la norma denomina como "el vestido" de la persona usuaria, dichas personas trabajadoras se encargarán del lavado de ropa tanto en el domicilio como fuera del mismo, del repaso y ordenación de ropa, del planchado de misma –en el domicilio o fuera del mismo– y de la compra de ropa con cargo a la persona usuaria. En lo concerniente al mantenimiento de la vivienda, dentro de sus funciones se encuentran la limpieza cotidiana y general de la vivienda, así como el desarrollo de pequeñas tareas domésticas que realizaría la persona por sí misma en condiciones normales. En cuanto a actuaciones de carácter personal de la persona usuaria de servicio desarrollarán todas aquellas relacionadas con la higiene personal como son: planificación y educación de hábitos de higiene, aseo e higiene personal y ayuda en el vestir. En lo que se refiere a los hábitos alimentarios y a la ingesta de alimentos, tendrán que ayudar o dar de comer y beber, controlar la alimentación y llevar a cabo tareas de educación sobre hábitos alimentarios. Relacionadas con la movilidad, y siempre que lo necesiten, tendrán que ayudar a levantar y acostar a las personas usuarias, ayudarlas a realizar cambios posturales y ayudar a la movilidad dentro del hogar. Relacionadas con cuidados especiales podrían tener que apoyar en situaciones de incontinencia, en tareas de orientación temporal y espacial, tareas de control de la administración de tratamientos médicos en coordinación con los equipos de salud, asistencia y acompañamiento en turnos nocturnos, etc.[21]. También les corresponden tareas relacionadas con la ayuda en el entorno tanto familiar como social: acompañamiento dentro y fuera del domicilio, apoyo a la organización doméstica, actividades de ocio dentro del domicilio, actividades de fomento de la participación en su comunidad y en actividades de ocio y tiempo libre y ayuda a la adquisición y desarrollo de habilidades, capacidades y hábitos personales y de convivencia.

Como se puede observar, una ingente cantidad de tareas las que han de desempeñar las personas trabajadoras en el Servicio de Ayuda a Domicilio que, puestos en relación con los honorarios que perciben y con la formación que se les requiere, entendemos que suponen un esfuerzo personal de suma importancia de las personas que desempeñan sus labores en estos servicios. Hay que tener en cuenta una cuestión de suma importancia como es el hecho de que es un sector laboral muy feminizado. Más del 90 % de las personas que prestan sus servicios en este sector son mujeres. De tal manera que, además, el factor edad adquiere cierta notoriedad el hecho de que más del 60% de las mujeres que trabajan en dicho sector de actividad son mayores de 45 años, con baja cualificación profesional, con bajo nivel cultural, con el marcado rol tradicional de cuidadoras (lo que las convierte en mujeres vulnerables con problemas de acceso al mercado de trabajo). A todo lo anterior se le suma el hecho de que este

21. El papel de las nuevas tecnologías en la profesionalización del trabajo de cuidados en el sector del Servicio de Ayuda a Domicilio es analizado por parte de: Gómez Bueno, C. y Martín Palomo, M. T.: "Tecno-cuidados en los hogares. Cualificaciones requeridas, activadas y activables en el Servicio de Ayuda a Domicilio", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38 (2), 2020, pp. 231-250. Disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/70881.

sector de actividad acumula un alto porcentaje de temporalidad y una alta tasa de parcialidad en las contrataciones. Sin contar con el hecho del elemento de extranjería: mujeres extranjeras que desempeñan estos puestos de trabajo.

Toda vez que se ha definido el perfil, las características y las funciones que han de desempeñar las personas trabajadoras que desarrollan su actividad en el Servicio de Ayuda a Domicilio, corresponde hablar de las empresas contratantes. Suponen el otro vector importante dentro de la problemática que nos lleva a considerar el trabajo en el Servicio de Ayuda a Domicilio como una relación de trabajo atípica[22]. Tal y como hemos apuntado *ut supra*, existen diversas opciones para que las Entidades Locales puedan llevar la prestación del servicio en un último nivel de concreción.

1. En primer lugar se ha de tener en cuenta que el Servicio de Ayuda a Domicilio puede ser llevado a cabo por parte de personal que forme parte de las mismas Administraciones Públicas (en este caso Ayuntamientos, aunque no es lo normal).
2. También ser podrían prestar los servicios a través de la creación de Empresas Públicas que se encarguen de la prestación de los mismos. En este caso la creación y características de estas mercantiles públicas (que es lo común) tendrían que ir acorde a lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 111 a 117). En estos casos la titularidad de la empresa es de la propia Corporación Municipal que la constituya.
3. Pero también podría suceder que, a pesar de que la titularidad fuese pública, la participación de la empresa privada también estuviese presente en la mercantil pública. Pero el 51 % de las acciones, para estos casos, como mínimo, ha de ser de titularidad pública[23].
4. En cuarto lugar, la prestación del servicio se puede llevar a cabo mediante subcontrataciones administrativas vía Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).
5. Existe una última modalidad que es más remota pero que podría contemplarse siempre que así lo prevea el Pliego de Condiciones Técnicas y Administrativas que procure la subcontratación de los servicios. Nos referimos a la subcontratación de alguna parte del servicio por parte de la contrata que ha ganado la licitación ofertada por la Entidad Local en cuestión.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

22. El este trabajo se considera a las personas trabajadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio como pertenecientes a una profesión terciaria. Véase: Boada i Grau, J.; Chiapella i Micó, M.; Vigil i Colet, A. y Macip i Simó, S.: "Análisis de una profesión terciaria: Servicio de Ayuda a Domicilio", *Psychosocial Intervention*, vol. 10, n. 2, 2001, pp. 199-208. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2006435.

23. Como ejemplo paradigmático de una mercantil pública destinada a la prestación de los Servicios de Ayuda a Domicilio nos encontramos con la Sociedad Anónima Municipal perteneciente al Ayuntamiento de Málaga, MÁS CERCA, S. A. M.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

De lo analizado se extrae como conclusión la propia complejidad y, en ocasiones, la posible y diversa litigiosidad de las contrataciones de personal que vayan a prestar servicios para las empresas del Servicio de Ayuda a Domicilio, lo que nos hace reflexionar sobre la atipicidad de dicho sector laboral. De las diversas posibilidades se infiere la posibilidad de tener mejores o perores condiciones laborales. No es lo mismo ser empleado público de una Entidad Local que pertenecer a una Sociedad Mercantil Pública dependiente de dicha Corporación. Y no es lo mismo prestar los servicios para una contrata que para una subcontrata. Con lo cual, la disparidad de controversias dependerá de la empresa para la que se presten los servicios.

A todo lo anterior hay que añadir otro factor que complica o puede complicar aún más las relaciones de trabajo de estas personas que prestan sus servicios en el sector de la Ayuda a Domicilio. Nos referimos al hecho de que la financiación de la prestación del servicio parte de los fondos de las CCAA que son las que autorizan las prestaciones de servicios a los usuarios en el marco de las EELL. Pero puede darse el caso también de que sea el propio Ayuntamiento el que, a través de sus Servicios Sociales Comunitarios y teniendo en cuenta sus propios límites presupuestarios, puedan decidir prestar servicios a algunos usuarios que los pudieran necesitar fuera de los límites de la propia Ley de Dependencia. Para estos casos las posibilidades de prestación del servicio puede obtener una doble dimensión: o se contrata al personal por parte del propio Ayuntamiento o, por otra parte, se subcontrata el servicio a la misma empresa que ya se tiene subcontratado el servicio o a otra distinta. En cualquier caso, y a lo que interesa para el caso, la financiación puede ser diversa: CCAA, Presupuesto Municipal y, en su caso, aportación del propio usuario del servicio. Para el caso de que sea el propio Ayuntamiento el que contrate para casos de urgente necesidad, si el nivel de gasto supera lo previsto en los Presupuestos anuales, en ocasiones, se tienen que llevar a cabo modificaciones presupuestarias en función de las necesidades de cada ejercicio.

Pero, para lo que nos interesa, y a modo de corolario de este apartado, la complejidad de este sector se debe a varios factores que parten de la propia regulación, de los requisitos para poder trabajar en dicho sector, de las funciones a desarrollar –que son muchas, variadas– y, en ocasiones de cierta complejidad y responsabilidad, del tipo de empresa y de cuestiones presupuestarias. Todo ello en su conjunto nos lleva a extraer la conclusión de que dicha relación laboral se enmarca dentro del llamado trabajo atípico con todas las complicaciones y vicisitudes que el mismo plantea[24].

V. LA PROBLEMÁTICA SUBYACENTE DEL TRABAJO DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO

Podría decirse que la problemática subyacente al trabajo en el sector del Servicio de Ayuda a Domicilio es varia. Ya hemos adelantado notas relativas a la temporalidad, la

24. Obsérvese al respecto: Senise Barrio, M. E.: "Empleo atípico y mercado de trabajo", *Lan Haremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 5, 2001, pp. 69-90. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=206707.

parcialidad, las contrataciones a través de empresas de trabajo temporal, la subcontratación, etc. También ofrece dicho sector una serie de complicaciones en cuanto a la diversidad de actuaciones y de funciones que ha de desarrollar el trabajador del Servicio de Ayuda a Domicilio que, puestos en relación tanto con su formación mínima como su salario provoca, como hemos anunciado, ciertas concomitancias con el concepto de trabajo decente[25]. Toda la problemática anteriormente referenciada adquiere especial relevancia cuando ponemos en relación la problemática subyacente con la realización del trabajo con las empresas para las que las personas trabajadoras prestan sus servicios. Si la prestación de servicios se presta para una Administración Pública, la controversia laboral y la litigiosidad puede decirse que es la normal de cualquier Administración en relación a su personal. Sin embargo, si la empresa para la que se presta los servicios es una mercantil pública existe mayor problemática que para el caso anterior pero, a su vez, menor que para las circunstancias que relacionaremos a continuación. En una empresa de titularidad pública la prestación del servicio está más regularizada, el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación es más ajustado, etc. Si la titularidad es pública y contempla participación privada la problemática laboral podría adquirir tintes –en ocasiones, que no en todas– más cercanos a la problemática de las subcontrataciones administrativas. Dependerá, sobre todo, del porcentaje de participación pública. No obstante, las condiciones de las personas trabajadoras en el Servicio de Ayuda a Domicilio, a pesar de las posibles controversias, siempre son mejores cuando el servicio se presta para una Administración o para una mercantil pública que cuando se trata de subcontrataciones administrativas[26]. Y esto nos conduce a la problemática de las contratas vía Ley de Contratos del Sector Público que llevan a cabo para la prestación del servicio una serie de contratos a tiempo completo, pero la mayoría de los mismos se formulan a tiempo parcial. El cumplimiento de los convenios colectivos de aplicación y de la normativa laboral, a pesar de que se preste el servicio para una Administración Pública, en muchas ocasiones plantea muchas controversias. Para el caso de la subcontratación de la contrata que ha ganado la licitación, las condiciones laborales se desregularizan y empeoran aún más si cabe para cumplir con el margen de ganancia de las contratas y subcontratas. Y aunque esta práctica de subcontratar servicios por parte de la contrata no se produce con mucha frecuencia, es una posibilidad en el caso de materializarse de desmejorar las relaciones laborales en este sector laboral.

25. Un acercamiento al concepto de trabajo decente directamente vinculado con los Objetivos de Desarrollo sostenible que podría ser adaptado con sus matices a la problemática de las personas trabajadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio es el que se lleva a cabo en: Baquero Aguilar, J.: "La problemática de la temporalidad en las Administraciones Públicas, el trabajo decente y los Objetivos de Desarrollo Sostenible", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, pp. 235-245. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8217522

26. Aunque no deja de plantearse ciertas controversias. Véase para el caso las siguientes noticias en prensa. La primera en Málaga hoy: "Trabajadoras de ayuda a domicilio se manifiestan para exigir la actualización de su convenio". Disponible la noticia en: https://www.malagahoy.es/malaga/Trabajadoras-domicilio-manifiestan-actualizacion-convenio_0_1696030927.html. La segunda en lavozdelsur.es. periodismo en andaluz (Jerez de la Frontera): "El convenio de Ayuda a Domicilio en Jerez encalla y amenaza con devolver el servicio a la precariedad". Noticia disponible en: https://www.lavozdelsur.es/ediciones/jerez/convenio-de-ayuda-domicilio-en-jerez-encalla-amenaza-con-devolver-servicio-precariedad_293576_102.html.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

Las empresas contratistas que obtienen la licitación de una Administración Local plantean toda una serie de problemas en relación con las personas trabajadoras en el Servicio de Ayuda a Domicilio. En muchas ocasiones se produce un incumplimiento parcial de los convenios colectivos de aplicación. El pago del salario por debajo de lo previsto es una práctica común de algunas contratas. Si ya de por sí los salarios de este colectivo (en términos porcentuales) están por debajo de la media por hogar en España[27], esta práctica de incumplimiento salarial hace que la precariedad en este sector se agudice aún más. Dentro de la problemática subyacente a este sector la parcialidad de la jornada supone un elemento de precariedad importante, puesto que obliga a las personas trabajadoras a tener que compaginar distintos empleos en el mismo sector para poder obtener un salario digno. Se combina en estos casos la contratación parcial con otra empresa del sector, con el trabajo nocturno, o también con el trabajo parcial cuidando a otros enfermos que, en muchas ocasiones, no disponen ni siquiera de contrataciones ajustadas a derecho. A todo lo anterior se une la problemática de muchas personas trabajadoras de este sector de tener que atender a usuarios/as en distintos núcleos de población del mismo municipio. Todo ello desemboca en una problemática con los tiempos de desplazamiento que, en ocasiones, pueden no ser considerados como tiempo de trabajo. A esto se une la posibilidad de no pagar a las personas trabajadoras los gastos de desplazamiento, cuestión que no está regularizada de una manera uniforme. Sin contar con la problemática de los trabajos de fin de semana, festivos o nocturnos que pueden dar lugar a contrataciones específicas para atender estas necesidades.

Dentro de la problemática subyacente a este tipo de trabajos resulta sumamente importante prestar atención a los tiempos de trabajo en cada domicilio. Normalmente son muy reducidos para el amplio nivel de tareas a desarrollar, lo que conlleva una excesiva carga de trabajo. Sobre todo si la prestación del servicio se lleva a cabo en días alternos dedicando pocas horas a un mismo usuario. Pero también pueden plantearse una serie de problemas relacionados con las modificaciones encubiertas de las condiciones de trabajo para atender a las necesidades cambiantes del servicio sin contemplar la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Si a todo lo anterior se le une la diversidad de usuarios (grandes dependientes, personas con demencia, usuarios con enfermedades mentales, Parkinson, etc.), la alta parcialidad en las contrataciones, el uso y/o abuso de horas complementarias vinculadas a los contratos a tiempo parcial, la problemática de las bolsas o arrastre de horas (que dependen de las altas y bajas de usuarios o de las incidencias diversas como las hospitalizaciones) etc., todo ello en su conjunto no hace sino plantearnos la problemática de este sector para calificarlo como un trabajo atípico con todas las características de las que hablábamos al inicio de este trabajo de investigación. Las bosas o arrastre de horas pueden

27. "Los salarios que perciben las trabajadoras de acuerdo con sus convenios laborales están cercanos a los niveles de riesgo y pobreza (...). En el caso de las auxiliares de ayuda a domicilio sus ingresos no superan en ningún caso la renta media por hogar del conjunto de España". Franco Rebollar, P. y Ruiz, B.: *Investigación. El trabajo de ayuda a domicilio en* España, ob. cit., pp. 167-168.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

suponer un problema en cuanto a pérdida de poder adquisitivo de las personas trabajadoras. Las mismas se utilizan para cubrir sustituciones, períodos de incapacidad temporal, vacaciones, etc. Lo que procura una cierta desregularización de las relaciones laborales del sector en caso de prestarse el servicio a través de una contrata vía subcontratación administrativa.

Se añade a todo lo anterior la problemática en materia de prevención de riesgos laborales. En estos casos se produce una alta posibilidad de sufrir accidentes de trabajo, enfermedades profesionales[28], de sufrir problemas relacionados con la ergonomía, con el síndrome de *burnout*[29], problemas de carga emocional, acoso laboral, acoso sexual, acoso por razón de sexo, riesgo de doble presencia, etc. A lo que se une la insalubridad de algunos domicilios, las enfermedades infecto-contagiosas que pueden padecer de los usuarios del servicio, etc.[30]. Estos problemas relacionados con la prevención suponen un añadido a la precariedad de estas relaciones de trabajo, puesto que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social necesita permiso de los titulares de la vivienda[31] para acceder a la misma[32] y, en caso necesario, poder llevar a cabo las actuaciones inspectoras[33].

28. Una modificación que puede mejorar dicha situación la introduce el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar que, en su Disposición adicional cuarta, relativa a la Comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales, establece que, "En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente norma se creará una comisión de estudio cuya función será elaborar una propuesta de reforma del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, a efectos de integrar en el mismo la perspectiva de género. Esta comisión quedará integrada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de las Mujeres, y el Ministerio de Sanidad, así como por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas".

29. *Cfr*. Rodríguez Otero, L. M.; Justo Rodríguez, A. y Castaño González, C.: "El servicio de ayuda a domicilio como servicio susceptible al síndrome de burnout", *Trabajo social hoy*, núm. 74, 2015, pp. 93-120. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5348852.

30. *Vid in extenso*: Fernández Cano, M. I.; Navarro Giné, A.; Feijoo Cid, M. y Salas Nicás, S.: *Estudio Cuidémonos. Auxiliares de Ayuda a Domicilio en España, 2022. Riesgos laborales y estado de salud*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2023. Disponible en: https://portalrecerca.uab.cat/en/publications/estudio-cuid%C3%A9monos-auxiliares-de-ayuda-a-domicilio-en-espa%C3%B1a-2022.

31. El domicilio adquiere, en estos casos una triple consideración: como espacio destinado a vivienda d su titular, domicilio como lugar de prestación de un servicio público y domicilio como lugar de trabajo. Franco Rebollar, P. y Ruíz, B.: *Investigación. El trabajo de ayuda a domicilio en* España, ob. cit., p. 66.

32. Así se establece en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015) relativo a las facultades de los Inspectores de trabajo y Seguridad Social para el desempeño de sus competencias que dice que, en el ejercicio de sus funciones, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública y están autorizados para entrar "libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo". Con la salvedad de que, "si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial".

33. Ha supuesto un avance importante la supresión del apartado 4 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995). En la redacción anterior a la aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE núm. 26, de 8 de septiembre de 2022). Hasta esta modificación la normativa de prevención excluía de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

Como ya se ha anunciado, el Servicio de Ayuda a Domicilio, después de la aprobación de la Ley de Dependencia ha supuesto un buen nicho de mercado para grandes empresas que han diversificado sus negocios invirtiendo en dicho sector. Empresas de construcción dedicadas tradicionalmente a obras civiles y públicas han abierto una línea de mercado importante en este sector. Pero para las personas trabajadoras del mismo, y sobre todo para las mujeres (recordemos que es un sector altamente feminizado), la problemática subyacente al sector conlleva una cierta desregulación de las relaciones laborales que provoca una devaluación de este trabajo en todos los sentidos.

Ante el incumplimiento por parte de las contratas que han ganado la licitación pública de los Ayuntamientos de la normativa laboral y convencional, es poco común la intervención de las propias Administraciones en los conflictos. Y todo ello a pesar de que los Pliegos de Prescripciones pueden albergar obligaciones al respecto que podrían dar lugar a penalizaciones o, incluso, a la resolución de los contratos. Pero la intervención de las Administraciones tan sólo sucede en casos muy flagrantes de incumplimiento por parte de las contratas que den lugar a cierta conflictividad social con trascendencia mediática. En algunos casos se ha necesitado hacer uso de los Servicios Extrajudiciales de Resolución de Conflictos Colectivos (en el caso de Andalucía el SERCLA) donde se ha visto obligada a formar parte de la mesa la propia Administración subcontratante como parte interesada. Ante los incumplimientos se puede plantear por parte de la Administración la penalización económica y de la rescisión del contrato, pasando, en este último caso, la subcontratación del servicio con una nueva empresa. Pero esto podría dar lugar también a posibles problemas en cuanto a la sucesión de empresas vía artículo 44 ET. Lo que podría complicar aún más si cabe la cuestión litigiosa o controvertida. Hay que tener en cuenta que las empresas que concurren a la licitación, en ocasiones, para obtener los contratos, acceden a los mismos con ofertas muy bajas. Al final son los trabajadores los que sufren las consecuencias laborales de cara a que las empresas puedan mitigar sus pérdidas suprimiendo tanto los derechos laborales, como económicos y de seguridad social de las personas trabajadoras. Es frecuente el incumplimiento de la normativa laboral, de seguridad social, el impago de salarios, el pago de salarios por debajo de lo establecido convencionalmente, etc. Lo anterior conlleva cotizaciones indebidas, bajas cotizaciones, bajas bases reguladoras para el acceso a las prestaciones por desempleo, bajas bases reguladoras para el acceso a las incapacidades laborales, jubilación, etc.[34]. Una

34. Aunque, en cierta medida, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones contempla medidas al respecto. En su artículo único se produce una modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Se modifica el artículo 247, que queda redactado en los siguientes términos: "Artículo 247. Cómputo de los periodos de cotización. A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos".

problemática de futuro que también puede afectar en estos casos a las arcas públicas que, en muchas ocasiones, tendrán que complementar a mínimos las prestaciones de jubilación, etc.

Pero otra cuestión importante es cómo se regulan las condiciones de las personas trabajadoras de este sector vía negociación colectiva. Si analizamos el Convenio Estatal de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio, observamos en su artículo 18 relativo al empleo que, las contrataciones a tiempo parcial tendrán una duración mínima de 25 horas semanales. Se exceptúan de lo anterior las contrataciones que se hayan originado por contratos o servicios que por sus características requieran jornadas inferiores en cuyo caso la duración mínima será de 8 horas semanales. Por lo que respecta a las horas complementarias no podrán superar el 30 %. Las tablas salariales de aplicación para el ejercicio 2022 ha sido objeto de controversia que ha tenido que resolver la Audiencia Nacional mediante Auto. Lo que pone de manifiesto parte de la problemática de este sector. Por otro lado, y como cuestión significativa, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha publicado recientemente el Convenio Colectivo del Sector de Ayuda a Domicilio mediante Resolución de 14 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad y Salud Laboral. Hasta el momento nos encontrábamos con convenios colectivos provinciales como el de Sevilla y Provincia. También nos encontramos con convenios de empresa como el de "*Más Cerca*" del Ayuntamiento de Málaga. Pero no había un marco convencional autonómico de referencia hasta fechas recientes. Del análisis de los mismos se extrae la conclusión de que los convenios de empresa vinculados a las Administraciones Públicas conllevan una mejora sustancial sobre el resto de convenios colectivos. Quizá por el hecho de que formar parte del sector público empresarial de las Corporaciones Locales. Lo que plantea retos importantes de futuro también para la negociación colectiva del sector[35].

VI. A MODO DE PROPUESTAS DE MEJORA

Toda vez que hemos analizado la problemática de este sector de trabajadoras y trabajadores del Servicio de Ayuda a Domicilio y sus controversias, planteamos una serie de propuestas de mejora enmarcadas en cuatro bloques.

El primero de ellos tiene que ver con la mejora de los Servicios Sociales Comunitarios. Está claro que se hace necesaria una mayor aportación económica a todos los niveles que sufraguen los gastos de este servicio. A mayor aportación económica mayor

35. La reforma laboral de 2021 vía Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía para la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021) revierte parte de la reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva. Se aseguran las garantías necesarias para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre empresas. Vid al respecto de la cuestión: Mercader Uguina, J. R.: "El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. extra, 2022 (ejemplar dedicado a la reforma laboral de 2021), pp. 111-128. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8299627.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

aportación del precio/hora del servicio. De tal forma que se podrían mejorar los salarios y las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio de nuestro país. También podrían asumir mayor nivel de compromiso presupuestario tanto las CCAA como las EELL, lo que se trasladaría a una sustanciosa mejora de las condiciones de trabajo de las personas del sector. En segundo lugar, y dentro de este primer bloque de propuestas, consideramos necesario llevar a cabo una desmercantilización del Servicio de Ayuda a Domicilio. Cierto es que los mecanismos de subcontratación administrativa utilizados por parte de las Corporaciones Locales procuran un nicho de mercado para las empresas y, a su vez, un yacimiento de empleo para las personas trabajadoras. Pero cierto es también que estamos tratando con personas que son las usuarias de este servicio. Con lo cual, la aportación económica tiene que ir acompañada de una mayor concienciación sobre la desmercantilización del Servicio. A las dos propuestas anteriores se añade la tercera que tiene que ver con la profesionalización del mismo. La formación del personal ha de ir acompañada de unas mejoras de las condiciones de trabajo a todos los niveles. Con un trabajo con tanta responsabilidad y variedad de funciones no es de recibo que exista un modelo de empleo que conlleva la cantidad de problemas que hemos venido poniendo de relieve. En definitiva, las propuestas anteriores no hacen sino plantear el pleno cumplimiento de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[36].

El segundo bloque de propuestas de mejora gira en torno a la propuesta de *lege ferenda* sobre la regulación de una relación laboral de carácter especial de las personas trabajadoras de este sector. Hay que prestar especial atención a la problemática del sesgo de género en el mismo. Dicha propuesta de regulación conllevaría una mejora tanto de las condiciones de trabajo en general como de la mejora de los salarios en particular. El precio/hora del servicio se destina para la prestación global del servicio, no sólo para el pago de los salarios. En definitiva se trataría con una propuesta nueva de regulación de mejorar las condiciones de trabajo del sector, estableciendo un régimen jurídico más específico y adaptado a las circunstancias especiales de la prestación de los servicios.

El tercer bloque de soluciones está directamente vinculado al papel que juega en este sector la negociación colectiva. La misma deviene como fundamental en estos casos. Los convenios colectivos adolecen, en muchas ocasiones, de un tratamiento específico de la problemática real de las personas trabajadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio. Y si lo hacen, las aristas interpretativas provocan esa desregulación de las relaciones laborales del sector puesto que, la realidad práctica del desarrollo del trabajo, en ocasiones, está lejos de contemplar la realidad de la práctica laboral. Sería necesario, quizás, que las centrales sindicales prestasen un foco de atención

36. Obsérvese en ese sentido el interesante tratamiento llevado a cabo en su momento por parte de: Martínez López, J. A.: "Ley de Dependencia: De la fragilidad de los servicios a la necesidad de la Protección Económica", *Documentos de Trabajo de Sociología Aplicada*, núm. 4, 2014, pp. 1-25. Disponible en: https://Digitum.Um.Es/Digitum/Bitstream/10201/43588/1/Ley%20de%20Dependencia%3a%20La%20fragilidad%20de%20los%20servicios%2c%20a%20la%20necesidad%20de%20la%20prestaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.Pdf.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

especializada a este sector. En esa línea, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación introduce un elemento importante desde nuestro punto de vista en su art. 10.2 que, en el tenor literal del precepto viene a decir lo siguiente: "De acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la legislación laboral, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley"[37].

El cuarto y último bloque de propuestas tiene que ver con el papel que juegan las Entidades Locales[38]. Las Diputaciones Provinciales (para el caso de Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes) y las Corporaciones Locales de más de 20.000 habitantes son las responsables directas de prestar los servicios de Ayuda a Domicilio. Si lo hacen de forma directa o a través de Sociedades Mercantiles de titularidad pública, las condiciones laborales de las personas trabajadoras mejoran de forma significativa. Pero si se presta el servicio vía subcontratación administrativa la cuestión puede variar sustancialmente. De tal forma que se propone por nuestra parte introducir por parte de las EELL en los Pliegos de Condiciones la obligatoriedad reflejar mejoras sustanciales de las condiciones laborales de las personas que vayan a ser contratadas como ventaja significativa a la hora de acceder a las licitaciones. Y no sólo esto, sino que se plantee un seguimiento continuado y permanente del cumplimiento tanto del servicio como de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a lo largo de toda la concesión. Como medida de control se pueden introducir en los pliegos cláusulas de penalización o de rescisión de los contratos que sean más contundentes. Pero en toda esta cuestión relativa a las propias Administraciones, las mismas tendrían que estudiar de forma concienzuda no sólo la mejor oferta económica, sino que también tomar conciencia de la problemática laboral que puede suscitar y que puede derivar en una problemática social concreta. Sobre todo por el hecho de que el servicio que se subcontrata tiene que ver de forma directa con el bienestar de personas.

Y no es que no exista normativa de protección de los derechos de las personas trabajadoras que presten sus servicios para estas empresas o entidades públicas en un amplio sentido[39]. Pero al poseer este sector unas características tan particulares,

37. *Vid*. al respecto de la cuestión y vinculado con el trabajo decente: Salas Porras, M.: "¿Nuevas aportaciones de la negociación colectiva al trabajo decente?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016, pp. 166-191. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5778872.

38. En esa línea véase el interesante trabajo de: Moreno Colom, S.: "Prestigiando el trabajo de cuidados en los servicios de ayuda a domicilio", *Migraciones*, núm. 53, 2021, pp. 27-57. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8208175. Se intenta analizar en dicho trabajo las posibles contribuciones que pueden llevar a cabo las Administraciones Públicas para la profesionalización del trabajo de cuidados.

39. Desde el marco internacional de la OIT nos encontramos con el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, el Convenio 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962, el Convenio 131 sobre fijación de salarios mínimos de 1970 y con el Convenio 175 sobre el trabajo a tiempo parcial de 1994. Por parte de la Unión Europea disponemos de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de la Directiva 97/81/CE: el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (sindicatos) y de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. En el acervo interno, además de los preceptos de derecho necesario laboral que alberga el Estatuto de los Trabajadores, nos encontramos, entre otros, el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio,

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

hace que estas personas trabajadoras oscilen entre los límites de una relación laboral común y una relación de trabajo atípico que plantea ciertas concomitancias incluso con la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar regulada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011). Dicha relación laboral de carácter especial ha sido modificada de forma sustancial por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022). Pero ha sido necesario todo un periplo pre-judicial y judicial para que el legislador adopte medidas al respecto[40].

Nos preguntamos qué sería necesario para las mejoras de los derechos de las personas trabajadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio que, recordemos, en un altísimo porcentaje pertenecen al colectivo femenino, con lo que, la cuestión de género, para esta futura modificación, debería jugar un papel fundamental.

VII. CONCLUSIONES

Del trabajo de investigación llevado a cabo por nuestra parte se extraen una serie de conclusiones con considerables connotaciones. La primera de ellas es la de considerar el trabajo del Servicio de Ayuda a Domicilio como un trabajo atípico. En dicha relación laboral concurren una serie de notas características como la temporalidad, el empleo a tiempo parcial, la relación de trabajo multipartita y el trabajo subcontratado, el empleo encubierto, el trabajo a domicilio y las relaciones de trabajo ambiguas.

Por otro lado, análisis del marco regulatorio de dicho sector de actividad a todos los niveles nos lleva a concluir que es un trabajo de suma importancia social, pero que por sus propias características no termina de regularse de forma adecuada y proporcionada. A ello se suma las diversas modalidades de empresas tanto públicas como privadas para la que prestan servicios dichas personas trabajadoras. Es un factor de suma importancia teniendo en cuenta la problemática de fondo de dichas relaciones de trabajo. El mecanismo de subcontratación administrativa puede llegar a desregularizar las relaciones de trabajo en muchas ocasiones.

Es por ello por lo que se plantea por nuestra parte una serie de propuestas de mejora enmarcadas en cuatro bloques de medidas. El primero de ellos tiene que ver con

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos y el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (para sectores específicos). Se ha venido tratando una serie de modificaciones introducidas por el legislador que de forma directa o indirecta van a repercutir en la mejora de las condiciones de trabajo de este colectivo. Aún así, una regulación expresa sería más que recomendable y oportuna.

40. Se plantea una cuestión prejudicial por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo el 14 de agosto de 2020. Después de las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 30 de septiembre de 2021 en el asunto C389/20 CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), se dicta la STJUE (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/2020). La respuesta del legislador español ha sido la aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. *Cfr*. Sanz Sáez, C.: "Desempleo para el trabajo doméstico, de la utopía a la realidad: a propósito de la Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)", *Trabajo y Derecho*, núm. 90, 2020.

la mejora de los Servicios Sociales Comunitarios. El segundo bloque de propuestas de mejora gira en torno a la propuesta de *lege ferenda* sobre la regulación de una relación laboral de carácter especial de las personas trabajadoras de este sector. El tercer bloque de soluciones está directamente vinculado al papel que juega en este sector la negociación colectiva. El cuarto y último bloque de propuestas tiene que ver con el papel que juegan las Entidades Locales. Propuestas todas ellas para que las condiciones de trabajo de este sector de actividad altamente feminizado deje de tener concomitancias con la problemática subyacente al trabajo decente. Con lo que la cuestión de género debería jugar un papel fundamental en los cambios normativos futuros.

Bibliografía

Baquero Aguilar, J.: "La problemática de la temporalidad en las Administraciones Públicas, el trabajo decente y los Objetivos de Desarrollo Sostenible", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, pp. 232-278. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8217522.

Baylos Grau, A. P.: "Sobre el Trabajo Decente: La Formación del Concepto", *Derecho y Sociedad*, núm. 72, 2016, pp. 15-24. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7792990.

Boada i Grau, J.; Chiapella i Micó, M.: Vigil i Colet, A. y Macip I Simó, S.: "Análisis de una profesión terciaria: Servicio de Ayuda a Domicilio", *Psychosocial Intervention*, vol. 10, núm. 2, 2001, pp. 199-208. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2006435.

Cava Fernández, C. y Sarasola Sánchez-Serrano, J. L.: "Mediación en el Servicio de Ayuda a Domicilio", en Pilia, C. (coord.): *Quaderni di conciliazione*, n. 13, 2020, pp. 245-252. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8967780.

Fernández Cano, M. I.; Navarro Giné, A.; Feijoo Cid, M. y Salas Nicás, S.: *Estudio Cuidémonos. Auxiliares de Ayuda a Domicilio en España, 2022. Riesgos laborales y estado de salud*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2023. Disponible en: https://portalrecerca.uab.cat/en/publications/estudio-cuid%C3%A9monos-auxiliares-de-ayuda-a-domicilio-en-espa%C3%B1a-2022.

Franco Rebollar, P. y Ruiz, B.: *Investigación. El trabajo de ayuda a domicilio en* España, Coordinación Secretaría de Mujer y Políticas Sociales FeSP UGT. Elaborado por la Vicesecretaría General de UGT y la FESP UGT, 2018. Disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/el_trabajo_de_ayuda_a_domicilio_ugt_fesp_sep_2018_def_0.pdf.

Gómez Bueno, C. y Martín Palomo, M. T.: "Tecno-cuidados en los hogares. Cualificaciones requeridas, activadas y activables en el Servicio de Ayuda a Domicilio", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38 (2), 2020, pp. 231-250. Disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/70881.

Junta de Andalucía: *Medidas de contra la exclusión social*. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/temas/familias-igualdad/minorias/medidas-exclusion-social.html#toc-plan-extraordinario-de-acci-n-social-de-andaluc-a.

Lozano Lares, F.: "La eficacia jurídica del concepto de trabajo decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016, pp. 1-36. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5778867.

Lozano Lares, F.: "Los efectos sinérgicos de la prestación de servicios en plataformas *online*, el trabajo de cuidados y el trabajo no declarado como retos de trabajo decente en la nueva sociedad digital", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 227-271. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8223287.

Martínez López, J. A.: "Ley de Dependencia: De la fragilidad de los servicios a la necesidad de la protección económica", *Documentos de Trabajo de Sociología Aplicada*, núm. 4, 2014, pp. 1-25.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

Disponible en: https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/43588/1/Ley%20de%20Dependencia%3a%20La%20fragilidad%20de%20los%20servicios%2c%20a%20la%20necesidad%20de%20la%20prestaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf.

Medina, M. E.; Fernández, J.; Fuentes, M.; Hernández, M.; Pérez, R. y Grupo de Alumnos de Trabajo Social: "Evaluación del impacto en cuidadores de usuarios del Servicio de Ayuda a Domicilio", *Anales de Psociología*, vol. 14, núm. 1, 1998, pp. 105-126. Disponible en: https://revistas.um.es/analesps/article/view/31331.

Mercader Uguina, J. R.: "El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. extra, 2022 (ejemplar dedicado a la reforma laboral de 2021), pp. 111-128. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8299627

Moreno Colom, S.: "Prestigiando el trabajo de cuidados en los servicios de ayuda a domicilio", *Migraciones*, núm. 53, 2021, pp. 27-57. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8208175.

Nores Torres, L. E.: "La reforma del artículo 42 ET en el Real Decreto– ley 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. extra, 2022, pp. 73-82 (ejemplar dedicado a la reforma laboral de 2021). Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8299624.

Organización Internacional Del Trabajo (OIT): *Formas atípicas de empleo*. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/lang--es/index.htm.

Pacheco Mangas, J.: "La prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio en Andalucía. Retos para la sostenibilidad financiera y la cooperación interadministrativa", en Navarro Gómez, C.; Ruiz Pulpón, A. R.; Velasco Caballero, F. y Castillo Abella, J. (eds.).: *Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación: Diagnóstico, territorio y gobierno local. Ciudad Real 22 y 23 de septiembre de 2022*, 2022, pp. 295-406. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8734385.

Pérez Guerrero, M. L.; Castellano Burguillo, E. y Pérez Domínguez, F.: "Trabajo atípico en la Unión Europea", *Scielo. Gaceta Laboral,* vol. 14, n. 3. Maracaibo, dic. 2008, Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972008000300001.

Rodríguez González, A. y Cruz Lendínez, A.: *El servicio de ayuda a domicilio en España: manual práctico de gestión y evolución del enfoque actual*, Dykinson, Madrid, 2021.

Rodríguez Otero, L. M., Justo Rodríguez, A. y Castaño González, C.: "El servicio de ayuda a domicilio como servicio susceptible al síndrome de burnout", *Trabajo social hoy*, núm. 74, 2015, pp. 93-120. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5348852.

Salas Porras, M.: "¿Nuevas aportaciones de la Negociación Colectiva al Trabajo Decente?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016, pp. 166-191. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5778872.

Sanz Sáez, C.: "Desempleo para el trabajo doméstico, de la utopía a la realidad: a propósito de la Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)", *Trabajo y Derecho*, núm. 90, 2020.

Senise Barrio, M. E.: "Empleo atípico y mercado de trabajo", *Lan Haremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 5, 2001, pp. 69-90. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=206707.

Sociedad Española de Geriatría y Gerontología: *Guía Práctica de la Ley de Dependencia. Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Disponible en: https://www.cgtrabajosocial.es/app/webroot/files/consejo/files/Guia%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20Ley%20de%20Dependencia.pdf.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 179 - 201
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.11

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Sobre la prevención de riesgos laborales para las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar: algunos cambios recientes y otros todavía pendientes*

ON THE OCCUPATIONAL RISK PREVENTION FOR DOMESTIC WORKERS: SOME RECENT CHANGES AND OTHERS STILL PENDING

María Cristina Méndez Úbeda
Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Málaga
crisube@uma.es 0000-0002-3355-7134

Recibido: 30.09.2023 | Aceptado: 16.10.2023

RESUMEN

En el presente artículo se expondrán las principales novedades normativas que afectan al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar, y que han incidido en la prevención de riesgos en el trabajo. Desde el año 2022 hasta la fecha actual, han tenido lugar una serie de acontecimientos que han sentado las bases que han influido en algunos cambios normativos de importante calado en relación a la prevención de riesgos laborales para el conjunto de personas empleadas de hogar. La primera de ellas fue la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 sobre el asunto C-389 que serviría para cambiar algunos aspectos y acabaría afectando de lleno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). A raíz de todo ello se establecerán algunas reflexiones sobre el panorama actual del conjunto de personas empleadas domésticas en cuanto al nivel de protección que les ofrece hasta hoy la LPRL.

PALABRAS CLAVE

Prevención de riesgos laborales
Empleo doméstico
Futuro

ABSTRACT

In this article will outline the main regulatory developments affecting domestic workers, which have had an impact on occupational risk prevention. From the year 2022 to the present date, a series of events have taken place that have laid the foundations that have influenced some important regulatory changes in relation to the prevention of occupational risks for the group of domestic workers. The first of these was the judgment of the Court of Justice of the European Union of February 24, 2022 on case C-389, which would serve to change some aspects and would end up fully affecting the Law on the Prevention of Occupational Risks (hereinafter, LPRL). As a result of all this, some reflections will be made on the current situation of domestic workers as regards the level of protection offered to them to date by the LPRL.

KEYWORDS

Occupational risk prevention
Domestic work
Future

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. ESTADO PREVIO DE LA CUESTIÓN
III. PRINCIPALES HITOS RECIENTES EN MATERIA DE IGUALDAD CON CONSECUENCIAS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
A. Sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 24 de febrero de 2022 sobre el asunto c-389
B. Ratificación del convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos
C. Real decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar
1. *Panorámica general del real decreto-ley 16/2022*
2. *Implicaciones en la prevención de riesgos laborales*
IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del Congreso Nacional celebrado los días 15 y 16 de mayo en la Facultad de Estudios Sociales de la Universidad de Málaga, cuyo epicentro es el marco jurídico en materia de igualdad y no discriminación, nos sumamos al mismo haciendo un breve análisis y reflexión sobre la protección del colectivo desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales (en adelante, PRL).

En los últimos meses hemos sido testigos de algunos hechos que han tenido una incidencia muy importante para el conjunto de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar que nos han obligado a hacer algunos cambios normativos.

Un rasgo que es claramente característico de este colectivo es el hecho de que esté en su mayoría compuesto por mujeres. Una prueba de ello son los datos que arroja la Encuesta de Población Activa, pues en el primer trimestre de 2023 los ocupados en "actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico" fueron en un 10'64 % hombres, mientras que el 89,64 en términos porcentuales estuvo compuesto por el sexo femenino[1]. En términos absolutos estaríamos hablando de 498.700 mujeres y de 59.400 hombres respectivamente. Por lo tanto, no cabe duda de que nos encontramos ante un colectivo mayoritariamente feminizado y es por ello que consideramos oportuno traer a este Congreso una reflexión de este calibre que busca abundar en las novedades que se han ido produciendo recientemente y que veremos a lo largo de las siguientes páginas.

1. Para profundizar más: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4128. Último acceso a fecha 1 de julio de 2023. Otro dato también interesante es que en mayo del 2021 este sistema Especial de empleo en el hogar familiar, según cifras de Tesorería General de la Seguridad Social, el 95'53 % estaba compuesto por mujeres.

II. ESTADO PREVIO DE LA CUESTIÓN

Antes de comenzar a profundizar en la materia, haremos un breve análisis para ver cuál era exactamente la situación de estas personas, antes de que tuvieran lugar los acontecimientos que hoy son objeto de análisis[2].

Para los integrantes de este Sistema Especial[3] se ha venido reivindicando una serie de derechos, que de manera resumida podríamos englobar en una equiparación de condiciones respecto al resto de personas trabajadoras del régimen general. Su "imperfecta protección" ha sido considerada como uno de los "déficits históricos de nuestro modelo de relaciones laborales"[4]. Por lo tanto, han sido constantes sus peticiones de tener unas condiciones similares al resto. Básicamente, las principales peticiones más recientes han girado a los siguientes aspectos que pasamos a mencionar en los siguientes párrafos.

De manera un poco más específica, se demandaba una protección frente a la situación de desempleo que, salvo en una contada ocasión reciente[5], les había sido negada desde el principio. En consecuencia con ello, el Fondo de Garantía Salarial tampoco intervenía en ningún momento para hacer frente a la anterior eventual contingencia señalada.

Otra cuestión pendiente era la relacionada con la extinción del contrato de trabajo. Concretamente la existencia de la figura del desistimiento para estos, pues los dejaba en una situación de protección muy inferior al resto de empleados por cuenta ajena, en cuanto a que se limitaba a una facultad potestativa, únicamente en manos del empleador y que podía tener lugar por una mera decisión unilateral sin necesidad de justificación alguna.

Otro de los grandes caballos de batalla venía de las contradicciones en cuanto a prevención de riesgos laborales, fruto de la no aplicación de la LPRL, sobre el cual nos detendremos algo más.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

2. Para una mayor profundización sobre estos jalones normativos y la consecución de derechos asociados a estos, *vid*. Espuny Tomás, M. J. y García González, G. (coords.): *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014.

3. Las relaciones laborales de carácter especial están reguladas en el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 272015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a pesar de no darnos una definición concreta de lo que son exactamente, podemos deducirlo de otras aportaciones. Entre ellas, se encuentran las contribuciones doctrinales que analizan situaciones como: el tipo de actividad o manera en la que se lleva a cabo, cualidad de las partes intervinientes, disminución de la subordinación o la que justifica la especialidad en la existencia en el contrato de una causa mixta con lo que el legislador quiere preservar otros intereses junto a los laborales. Todo ello y para una mayor profundización *vid.* Sanz Sáez, C.: "Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores", *Lan Harremanak*, núm. 45, 2021, pp. 138 y ss.

4. García González, G.: *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar: una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 16.

5. Recordemos que se otorgó un subsidio extraordinario por falta de actividad para estas personas, quedando regulado en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Todo ello atendiendo a una situación muy especial de pandemia y con una duración determinada en el tiempo.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

Por un lado, nos encontramos con una LPRL del año 1995, cuyo objetivo de la política está basado en la igualdad[6], principio reconocido sin ambages, en nuestra Constitución. Antes de su última actualización (que tuvo lugar el 8 de septiembre de 2022), esta misma norma excluía de su ámbito de aplicación de manera expresa a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, pero lo hacía de una manera muy particular, ya que obligaba al titular del mismo a "cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene". Todo ello colocaba a estas personas que intervienen en dicha relación laboral, especialmente a la parte empleadora, en una posición peculiar, ya que esa idea de "cuidar" puede ser considerada ambigua, en el sentido de no poder establecer unos límites determinados a partir de los cuales comienzan y terminan las obligaciones del empleador. Son numerosas las resoluciones por parte de nuestros tribunales donde concluyen que no había responsabilidad alguna cuando han tenido lugar determinados accidentes en el lugar de trabajo, apoyado también en el hecho de que la LPRL no se aplicaba a las personas empleadas de hogar[7]. Respecto a ese deber de cuidado, consideramos oportuno mencionar que permanece incólume a día de hoy en 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 en tanto en cuanto establece que "el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico". Por lo tanto, queda fuera de dudas el interés del legislador en la protección de la vida de la persona trabajadora en el ámbito doméstico.

Por otro lado, y ya en el plano internacional, teníamos un convenio, el 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos del año 2011, que todavía no había sido ratificado hasta fecha reciente por parte de España, cuyos preceptos van enfocados a dignificar estas relaciones laborales para equipararlas en condiciones al resto de personas trabajadoras. Concretamente y en términos de salud y seguridad, la norma también contiene preceptos que versan sobre esta protección.

En tercer lugar, y asumiendo las obligaciones del mandato de la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencionada, el legislador español publicó el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Lo hacía dotando de protección por desempleo a estos, y ya de paso, vino a cambiar algunos aspectos de esta relación laboral especial satisfaciendo algunas peticiones del colectivo, incluyéndolos en la LPRL.

Una vez dicho esto, pasaremos a mencionar a continuación algunas de las que consideramos novedades en la materia, y que han supuesto un punto de inflexión para la posterior situación en cuando a protección y prevención de riesgos laborales del colectivo.

6. Concretamente el artículo 5.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales "(...) efectividad en el principio de igualdad entre mujeres y hombres".

7. Sirva de ejemplo la STSJ de las Islas Canarias de 27 de noviembre de 2015 (JUR 2016\42997).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

III. PRINCIPALES HITOS RECIENTES EN MATERIA DE IGUALDAD CON CONSECUENCIAS EN PRV

A. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 sobre el asunto C-389

La primera mención en este sentido data de principios del año pasado, y tiene su origen en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[8] a raíz de un conflicto planteado en el Juzgado Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo. Ello ha supuesto un punto de inflexión para que otros acontecimientos normativos hayan tenido lugar a posteriori.

El litigio principal surgió a raíz de la petición de una empleada de hogar de cotizar a la Seguridad Social por desempleo, para posteriormente en un futuro, poder tener acceso a esta prestación en el caso de que se cumpliesen el resto de requisitos. Todo este trámite fue también acompañado de un escrito de la parte empleadora donde manifestaba su consentimiento para la contribución a esta cotización. Esfuerzos que fueron inicialmente en vano por obtener la negativa del Estado español.

Un precepto analizado en esta sentencia es el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Este mismo indicaba que "el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente...". Concretamente, se cuestionaba si este precepto era contrario al derecho interno de España, por no permitir a estar personas ni acceder ni cotizar por desempleo.

El Tribunal afirmó que "no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea las normas de Seguridad Social que sitúan a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo". Recordemos que el anterior artículo 251.d) LGSS expresaba de manera clara e inequívoca que la protección por desempleo no era aplicable para los sujetos comprendidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. Consideró el Tribunal que esta colectividad quedaba en una situación de mayor vulnerabilidad y desamparo, y que cualquier trato peyorativo que no estuviese justificado debía ser considerado como constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo.

Por lo tanto, los motivos alegados por el Gobierno español y la Tesorería General de la Seguridad Social para excluir de esta prestación al conjunto de empleados de hogar, vinculados a las peculiaridades que están estrechamente asociadas a este sector profesional (no se trata de empresario quien tiene el control, sino un cabeza de familia sin ánimo de lucro y el desarrollo de labores se llevan a cabo en un domicilio privado), no fueron suficientes para justificar una diferencia de trato respecto al resto de colectivos.

8. STJUE de 24 de febrero de 2022, Sala Tercera, asunto C-389/20.

A pesar de que para la mayoría de la población lo más destacado de este pronunciamiento ha sido el reconocimiento al derecho al desempleo, y de haber tenido un impacto mediático muy importante, esto ha provocado implicaciones de una envergadura considerablemente mayor, puesto que España ha tenido que revisar y reflexionar, y no únicamente en lo referente a la protección por desempleo, sino también en otros aspectos de la normativa socio-laboral, como veremos en diferentes momentos de esta intervención, afectando también a nuestra principal norma en prevención de riesgos laborales.

Esto ha ocasionado que se produzca un cambio de paradigma a partir de ahora. La existencia de normas que impliquen una diferenciación de trato deben de estar plenamente justificadas, y todo ello de manera objetiva, y debiendo ser ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

B. Ratificación del Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos

Otra novedad que también ha incidido en nuestro tema objeto de comunicación ha sido la ratificación del Convenio 189 de la OIT[9] por parte de España. El inicio del proceso de ratificación tuvo lugar finalmente en junio de 2022, tras varios años de reivindicaciones por parte de diversos agentes sociales, y de colectivos que reclamaban la igualdad plena de derechos. Recordemos que en diversas ocasiones el Gobierno ya había manifestado año atrás su intención de ratificar esta norma internacional, pero hasta la fecha no habían tenido éxito estos anuncios.

En dicho convenio se reclamaban unas condiciones de trabajo dignas que no sean menos favorables que para el resto de personas trabajadoras. Algunas de esas condiciones sobre las que se persigue la equiparación de derechos tienen que ver directamente con la salud y la vida de estas personas. Concretamente, las alusiones a contar con un entorno de trabajo seguro y saludable, y también a que aquellas medidas sean eficaces para asegurar la seguridad y salud, pudiendo aplicarse estas de manera progresiva. La propia norma reconocía que, en términos generales, "el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humano". De ahí precisamente la importancia de que todos los países participen de su ratificación y adaptación a su normativa nacional, para darle el cumplimiento oportuno.

También queremos recordar que, una vez adoptado en Ginebra el C189, de su mano lo acompañaba la Recomendación 201 que abogaba también por la defensa de la "prevención de los riesgos y también de los accidentes en el contexto de la seguridad

9. Para más información sobre este Convenio que data del año 2011: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

y salud en el trabajo"[10]. Las menciones a la protección a la vida son numerosas, como también así la defensa a los reconocimientos médicos de este conjunto de personas trabajadoras[11].

Una vez ha tenido lugar dicha ratificación, en principio ya no existirían motivos por los que no aplicar este Convenio y por los que no mantener la igualdad en los mismos estándares de seguridad y salud para el conjunto de personas trabajadoras por igual, sin importar si el sector de actividad es el doméstico o cualquier otro.

C. Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar

Como consecuencia de todas estas introducciones o cambios normativos, hablaremos del Real Decreto-Ley 16/2022 para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, que vio la luz en septiembre del año pasado.

Tal y como la misma norma indica, el objetivo es la equiparación de condiciones de trabajo y también de Seguridad Social al resto de personas trabajadoras. Para ello es importante determinar qué preceptos aplicables a las personas trabajadoras del hogar cuya diferencia respecto del ordenamiento laboral común no están justificados por razón de las peculiaridades de esta prestación y que constituyen una diferencia de trato carente de justificación objetiva y razonable. En este caso deben de ser objeto de revisión, corrección y derogación cuando no exista justificación en los términos señalados.

1. Panorámica general del Real Decreto-Ley 16/2022

Partiendo de la premisa básica de la igualdad y equiparación de condiciones para con el resto de personas trabajadoras, ya promulgada en la STJUE de febrero de 2022, y consecuente eliminación de diferencias cuando estas no estén justificadas de manera objetiva, era necesario revisar algunos aspectos de Seguridad Social como de las condiciones de trabajo.

En primer lugar, hablaremos de supresión de la letra d) del artículo 251 de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Por lo tanto, al eliminarse el precepto que privaba a las personas

10. Artículo 19.c) de la Recomendación 201. En este caso lo hacía en orden a "instaurar procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico, así como de otras estadísticas que se consideren útiles..." para la prevención de riesgos laborales.

11. Las menciones a los reconocimientos médicos de los empleados domésticos las encontramos en el artículo 4 de esta Recomendación; en el artículo 7 se hace hincapié en considerar el establecimiento de mecanismos que los protejan del abuso, acoso y violencia, entre otros, con programas de reubicación y readaptación de los que sean víctimas de abuso, acoso y violencia. En el artículo 5 se da importancia a la prohibición y erradicación de trabajos infantiles en este ámbito que dañen la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. En el artículo 19 también podemos encontrar varios ejemplos sobre la adopción de medidas destinadas a la protección de la salud.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

trabajadoras del hogar de su derecho a la cotización por desempleo, ha pasado ésta a ser obligatoria. De manera principal, se satisfacían por lo tanto las pretensiones de quien acudía al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuya resolución ya hemos comentado, por querer cotizar por la contingencia de desempleo. Cotización que pasó a ser obligatoria a partir del 1 de octubre de 2022.

Otra de las modificaciones es la que afectó al artículo 267 de la Ley General de la Seguridad Social, introduciendo el apartado 8º al artículo 267.1a) para encontrarse en situación legal de desempleo quienes se encuentren afectados por la "extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo recogido en el artículo 11.2 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"[12]. Desaparece, por lo tanto, la figura anterior del "desistimiento" del empleador, que únicamente pervivía en este sistema especial y en el de alta dirección.

En cuanto a la protección que proporciona el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA, en adelante) cuando proceda ["consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa (...), y de extinción de los contratos conforme al artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011], la extiende también a este colectivo, y para ello recurre a la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 28/2015, de 23 de octubre, incluyendo a estos en su artículo 33.2. En cuanto a su cotización, también pasó a ser obligatoria a partir del 1 de octubre de 2022. Además, observamos una alteración del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA, añadiendo la letra d) al artículo 11 para incluir a "las personas empleadoras por las personas trabajadoras en el hogar familiar vinculadas entre sí en virtud de relación laboral de carácter especial", y un artículo 19 donde establece que la cuantía indemnizatoria que proceda de este Fondo será a razón de doce días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, hasta un máximo de seis mensualidades.

Otras cuestiones que también afectan de pleno al Real Decreto 162/2011, de 14 de noviembre, son la introducción de artículo 3.b), que añade que, con carácter supletorio, y en "lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, será de aplicación la normativa laboral común", cuestión que, a nuestro juicio, contribuye a fomentar la idea de equiparación de derechos respecto al resto de personas trabajadoras, ya mencionada por el legislador en varias ocasiones. Una modificación más viene de la mano del art. 5 que establece la forma del contrato, para igualarla a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, sin

12. La redacción del nuevo artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre establece que "[e]l despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Ello, no obstante, y para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones, que se abonarán íntegramente en metálico, serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades. Los supuestos de incumplimiento por el empleador de los requisitos previstos para formalizar el despido producirán el mismo efecto descrito en el párrafo anterior para los casos de despido improcedente".

apreciarse diferencias notables al respecto. Además, reafirma el derecho que tienen estas personas trabajadoras a recibir información sobre los elementos esenciales del contrato según lo establecido en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio por el que se desarrolla el artículo 8.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato (aunque estos preceptos son aplicables a todas las relaciones laborales reguladas por el Estatuto de los Trabajadores, por alguna razón, el legislador ha querido aquí incluir todos esos elementos para que pasen a formar parte del Real Decreto que regula esta relación especial). También se añade a todo esto una serie de informaciones a incluir, como son: las prestaciones en especie que se hayan estipulado, duración y distribución de tiempo de presencia y su retribución o compensación según lo convenido, y también el régimen de pernoctas en el domicilio familiar si así se ha pactado.

Además de las comentadas, también se introducen otras modificaciones que afectan al Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos (para que sea el empleador únicamente el obligado a dar de alta a estas personas en Seguridad Social, incluso cuando presten sus servicios menos de sesenta horas al mes) y también las que implican beneficios en la cotización aplicables sobre los que no entraremos en esta ocasión, con el fin de no extendernos demasiado y excedernos de lo que hoy es objeto de análisis. Tampoco nos detendremos en cuanto a las bases y tipos de cotización para el año 2022 ni 2023 por los mismos motivos expuestos.

Con todo ello, lo que pretendía este Real Decreto-ley era evitar que nuevos planteamientos de nuevas cuestiones prejudiciales fueran planteados, relacionados con materias en las que convergen identidad de razón y circunstancias a lo que contenía la STJUE de 24 de febrero de 2022.

2. *Incidencias en la prevención de riesgos laborales*

Ya en el terreno de la prevención de riesgos laborales, este Real Decreto también ha tenido implicaciones que consideramos muy significativas. El hecho de que las hayamos dejado para el final, y dedicado un apartado independiente, no corresponde a una elección caprichosa, sino al hecho de que precisamente ocupa un lugar primordial para nosotros, y a nuestro juicio merece una mención diferenciada del resto.

El impacto de la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el asunto C-389/20 ha sido tan importante, que ya no únicamente se han establecido las bases para las nuevas cotizaciones por contingencias de desempleo y FOGASA, sino que han servido a España para continuar en la eliminación de todas aquellas normas cuyas diferencias de trato no estén justificadas.

Una de las principales novedades es que se procedió a la derogación del artículo 3.4 LPRL, que establecía que "[l]a presente Ley tampoco será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", lo que suponía una exclusión expresa de la norma hacia el colectivo (aplicable a partir del 9 de

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

septiembre del mismo año). También proseguía dicho artículo diciendo "no obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene". Por lo tanto, nos dejaba un deber de "cuidar" difuso, y sin mayor concreción para la figura de la persona empleadora del hogar, que a veces ha resultado no ser de fácil aplicación. Esta eliminación es fruto de la idea principal que nos recordaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia sobre el asunto C-389/20 sobre la supresión de aquellas "normas cuya diferencia de trato respecto del ordenamiento laboral común que no estén justificados por razón de las peculiaridades de esta prestación de servicios, carente de justificación objetiva y razonable".

Otra peculiaridad ha sido la introducción de la disposición adicional decimoctava de la LPRL cuyo tenor literal ha sido el siguiente: "en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad".

Hemos de recordar que una parte de las mujeres que desarrollan este trabajo son migrantes y lo realizan en régimen interno, y está comprobado que bajo estas circunstancias tienen bastante incidencia los casos de violencia en sus distintas formas[13].

Una vez dicho todo esto, lo siguiente sería pensar en cuál es realmente la situación actual de las personas que trabajan en el ámbito doméstico bajo este Sistema Especial y, por lo tanto, pasaremos a hacer las consideraciones oportunas seguidamente:

1. Entonces, ¿se aplica la LPRL a partir del 9 de septiembre de 2022 al colectivo de personas trabajadoras del hogar?
   Esta sería la primera de ellas, es decir, plantearnos si ya se puede aplicar directamente la PRL. Por un lado, debemos de tener en cuenta que nos encontramos con un deber de "cuidar" por parte del empleador, que sigue actualmente vigente en el Real Decreto 16/2011 de 14 de noviembre[14], y que esa obligación, a nuestro juicio, ha sido formalizada con la aplicación de la LPRL. Por otro lado, hay una exclusión que ha sido suprimida categóricamente por la propia Ley, cuando se ha derogado el artículo 3.4 LPRL que también contenía esa idea de cuidado en términos similares.
   Este Real Decreto del año 2011 es una norma específica que regula las condiciones particulares de esta relación laboral especial y, por lo tanto, a nuestro

13. Para profundizar sobre algunos casos reales de violencia, y a modo de ejemplo, *vid*. Paniagua de la Iglesia, T.: "En territorio hostil: una aproximación cualitativa a experiencias de violencia entre empleadas de hogar migrantes", *Revista Internacional de Sociología*, vol. 80, núm. 2, 2022.

14. Concretamente la del Real Decreto indica que "el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión".

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

modo de ver, independiente de la LPRL. Debido a ello, el hecho de que se haya mantenido ese deber de cuidado en el Real Decreto, pero no en nuestra norma matriz en prevención de riesgos laborales, lo único que hace es mantener latente la idea genérica de protección hacia el colectivo precisamente en esa norma concreta donde se habla de ellos, sin implicar esto que se haya derogado ese deber de "cuidado" por haber sido extinguido de la LPRL. Por lo tanto, ambas obligaciones consideramos que son totalmente compatibles entre sí.

En consecuencia a lo anteriormente expuesto, lo más inmediato sería pensar que ya se puede aplicar la LPRL en su integridad, aunque para ello debemos de ser conscientes de que, de hacerlo así, parte de su articulado no sería de fácil aplicación, o incluso podría requerir de alguna actualización para que pudiera ser llevado a cabo de manera más sencilla teniendo en cuenta las peculiaridades de esta relación laboral[15].

Algunos preceptos que serían aplicables de la LPRL al colectivo, que a nuestro juicio no plantean duda alguna, y siempre a modo de ejemplo, serían los principios generales relacionados con la prevención de riesgos del trabajo para proteger la seguridad y la salud. Concretamente los siguientes del artículo 15: evitar los riesgos, evaluarlos cuando no se puedan evitar, combatirlos en su origen, adaptar el trabajo a la persona, tener en cuenta la evolución técnica, sustituir aquello que sea peligroso por lo que entrañe menos o ningún peligro, planificar la prevención y dar las reglas o advertencias precisas para todo ello. Igualmente, también consideramos que se podría aplicar el objetivo de la política de prevención de riesgos laborales de promoción de mejora de condiciones de trabajo contenida en el artículo 5. También los derechos de información, participación y consulta, recogidos en el artículo 2 en cuanto a parte del objeto y carácter de la norma en términos genéricos.

Lo mismo pensamos respecto a la formación en materia preventiva, que podemos encontrarla en el artículo 19 de la misma Ley, y aquellas obligaciones genéricas de velar por la seguridad ya latentes en la Exposición de Motivos. En este caso, al tratarse de consideraciones genéricas sobre intenciones, de no aplicarlos estaríamos incurriendo en una discriminación indirecta.

Ya en un aspecto más específico, cabría preguntarnos si una familia, o la persona empleadora en cuestión, podría hacer frente a los gastos derivados de llevar a cabo un plan de prevención de riesgos laborales (al que se hace alusión en el artículo 16), elaborado por una empresa especializada en la materia, o asumir el coste que ello ocasiona, por ejemplo, el hecho de realizar un reconocimiento médico (nos referimos a la vigilancia de la salud contenida

15. Para una mayor profundización sobre este aspecto, *vid.* Méndez Úbeda, M.C.: "Algunas consideraciones en materia de prevención de riesgos laborales para los empleados de hogar al Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Pinceladas de propuestas básicas sobre su aplicación", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 8, núm. 1, pp. 189-217.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

concretamente en el artículo 22) de quienes trabajen para ellos[16]. En muchos de los casos nos encontraremos familias que pueden asumir perfectamente ese coste de algo menos de doscientos euros anuales. Sin embargo, habrá ocasiones donde esto pueda implicar que el presupuesto familiar se vea fuertemente afectado o desequilibrado cuando anualmente tengan que hacer frente a ese gasto extra (o inversión si así se quiere ver). Recordemos que, en algunos supuestos, lo que tienen algunas familias es una situación de necesidad de atender a alguno de sus miembros. Serían aquellos casos donde uno de los miembros de la unidad familiar no está en plenas facultades por razones de edad o de discapacidad, y necesita de un tercero para realizar los actos cotidianos de la vida o simplemente que le asista en funciones de acompañamiento.

Y ya para finalizar esta consideración, también nos plantearía serias dudas el hecho de la aplicación práctica de la paralización de la actividad cuando esta entrañe un grave riesgo e inminente para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, desde un punto de vista externo (mencionado en el artículo 43 y más concretamente en el artículo 44). Es decir, estaríamos hablando de la posibilidad de que sea el propio organismo de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante, ITSS) quien constate en el propio domicilio particular que se están infringiendo los preceptos normativos mencionados. El derecho a la inviolabilidad del domicilio de la familia, y también el de la intimidad personal y familiar, impiden, en principio, que alguien pueda acceder a un hogar. La salvedad al supuesto anterior vendría bajo el condicionante de que existiese consentimiento previo del titular o mediase resolución judicial, también si se estuviese tratando de un supuesto de flagrante delito. Es por todo ello que la ITSS vería limitadas sus funciones de poder comprobar *in situ* y en tiempo real si efectivamente se están produciendo ciertas irregularidades.

Y antes de acabar las menciones a la aplicación actual de la LPRL, no podemos olvidar que está pendiente un desarrollo reglamentario en cuanto a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, con especial atención a la prevención de la violencia contra las mujeres[17], cuyo plazo fue fijado en seis meses, pero que en realidad ya ha vencido. Respecto a este último aspecto, y a modo de excurso, nos gustaría mencionar que ya a nivel internacional contamos con el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso[18], que España ya ratificó en mayo de 2022 y que actualmente está en vigor. En él se da pleno reconocimiento al derecho de toda persona a un trabajo libre de vio-

16. En mayo de 2022, según datos facilitados por una empresa dedicada a los servicios de prevención de riesgos laborales, los costes por un reconocimiento médico serían de 37 euros y de unos 190 euros por la elaboración de un plan de prevención.

17. Nos estamos refiriendo a la disposición adicional decimoctava de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

18. Este Convenio es fruto de la reunión de 10 de junio de 2019, en su centésima octava reunión.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

lencia[19] y acoso, incluidos por razón de género, y se reconoce que esta afecta a la salud psicológica, física y sexual de las personas, tanto a su dignidad y al terno familiar y también social de quien lo sufre, reconociendo que afecta en mayor medida a mujeres y niñas.

Volviendo a lo anterior, y hasta que no haya tenido lugar ese desarrollo que esperamos, tendremos que aguardar un poco más hasta ver qué cuestiones más específicas se incluyen aquí. Esto nos lleva necesariamente a plantearnos la siguiente consideración, que de seguido analizamos.

2. ¿En qué medida podría influir este desarrollo reglamentario de la prevención de la seguridad y salud de la DA decimoctava en la aplicación de la LPRL?

Todo dependerá de los términos en los que sea desarrollado y de su redacción concreta, ya que esta cuestión a día de hoy también nos plantea serias dudas sobre si a partir de entonces será aplicable la LPRL o no.

En primer lugar, entendemos que, aunque la redacción literal del precepto hable de especial consideración contra las mujeres, se debe precisamente a lo que indicábamos en el inicio de este texto, por tratarse precisamente de un sector fuertemente feminizado, pero que igualmente la protección será extensiva a todas las personas por igual, sin ninguna distinción que pudiera afectar al sexo.

En segundo lugar, también cabe plantearnos si ese desarrollo incluirá también protocolos de actuación precisamente en los casos de acoso o de violencia. Si, por ejemplo, se incluirán en una guía de riesgos específicos donde se suministre a las personas empleadas información básica sobre cómo actuar, y que contenga también algunos números de teléfono directos con la policía u otros organismos creados a tal efecto para estas cuestiones en concreto.

En tercer lugar, no tenemos certeza sobre si habrá formación concreta al respecto sobre los riesgos que afectan a esta relación laboral especial, y a la vez que quién será el organismo especializado en su impartición, si fuese el caso que esto se contemplase.

En cuarto lugar, también nos preguntamos si esos incumplimientos por parte del empleador llevarán aparejadas unas consecuencias específicas o nos remitirá a lo ya prevenido en la LPRL y en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En definitiva, nuestra principal incógnita gira en torno a cuál será el alcance con el que se abordará esa protección eficaz, ya que todavía no sabemos hasta qué punto se abordarán estas medidas, pues, aunque se especifique que

19. Según la Organización Mundial de la Salud, la violencia se define como "el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones". Para más información, mostramos el enlace: https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/violencia/violenciaSalud/home.htm#:~:text=La%20OMS%20define%20la%20violencia,trastornos%20del%20desarrollo%20o%20privaciones%E2%80%9D (último acceso a fecha 24 de septiembre de 2023).

se pondrá especial atención en la violencia a las mujeres, sería un momento oportuno para atender a otras muchas cuestiones relacionada con la prevención de riesgos para que esta pudiera tener una aplicación completa.
Una vez dicho todo esto, el siguiente planteamiento sería preguntarnos si cuando hablamos de "riesgos laborales" en este ámbito tan concreto, sabemos a lo que nos estamos refiriendo o también se trata de una materia ambigua o no definida.

3. ¿A qué nos referimos con "riesgos laborales" cuando hablamos del empleo doméstico? ¿Contamos con alguna norma que los recoja que se pueda facilitar a las partes implicadas?
La propia LPRL los define de manera genérica en su artículo 4 como "la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde un punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo". Esto nos obliga, a su vez, a puntualizar que los daños derivados del trabajo pueden ser las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo. Para que se materialice ese daño es necesario un factor de riesgo que opere como desencadenante, es decir, un aumento de las posibilidades de que efectivamente ocurra.
A pesar de que en este ámbito tan específico del servicio del hogar no contamos con una normativa concreta que identifique esos riesgos a proteger, sí que podemos hacer uso de algunas guías e informes que pueden ser de gran utilidad para proteger la salud. A modo de ejemplo podemos encontrar algunas que provienen de las mutuas[20]. En ellas se muestra de manera muy clara una serie de pautas a seguir para que el trabajo se realice una forma segura y saludable, con una relación de riesgos y también un conjunto de medidas preventivas a tomar para evitarlos. Todo ello de manera muy sencilla y con un mensaje muy directo y entendible.
Otra fuente de la que también puede provenir esta información es a través de los propios servicios de prevención[21], cuya extensión puede ser variable dependiendo de la entidad de la que proceda, pero de igual manera se hace una identificación de los riesgos más o menos exhaustiva y también de cómo prevenirlos. Algunas incluso se apoyan en los cambios normativos introducidos por el Real Decreto-ley 16/2022.
También es común que desde algunos sindicatos se emitan publicaciones que a veces de manera genérica hablan de las condiciones de trabajo y de los

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

20. Como ejemplo, https://www.asepeyo.es/blog/seguridad-laboral/prevencion-de-riesgos-laborales-para-personas-empleadas-del-hogar/.

21. A modo de muestra, https://www.europreven.es/noticia/plan-actuacion-inspectora-dirigida-servicio-del-hogar-familiar, https://www.ips-prevencion.es/prevencion-de-riesgos-laborales-de-las-personas-trabajadoras-al-servicio-del-hogar/.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

derechos de este colectivo, y que también incluyen un apartado dedicado a la salud laboral, siendo esta parte en algunas ocasiones menos extensa[22].

Independientemente de que las comentadas anteriormente no sean oficiales, contribuyen a proporcionar información al colectivo de personas empleadas de hogar poniendo su granito de arena en cuanto a protección de la vida se refiere.

Sin duda alguna, la que para nosotros es más interesante es la que nos ofrece el Instituto Nacional de Seguridad y Salud, ya que además de venir de un organismo oficial, consideramos que es la más completa de todas ellas, y lleva por título "Guía de buenas prácticas preventivas"[23]. La diferencia de esta fuente respecto de las anteriores es que es mucho más exhaustiva. Tras una breve introducción nos presenta una sucinta descripción de los riesgos que pueden ocurrir mostrando su origen (ya sean caídas, cortes, golpes, quemaduras, incendios, etc.). Lo hace de modo muy ilustrativo y claro, para seguidamente dirigirse por separado a cada una de las dos partes implicadas en esta relación laboral. De esta manera ofrece sus buenas prácticas preventivas de manera concreta para cada situación tanto para el titular del hogar como para el personal empleado.

En ausencia de una normativa específica que indique los riesgos que hay que proteger, estos manuales pueden ser muy beneficiosos para contribuir precisamente con la prevención de riesgos laborales, pues algo común a todas ellas es el empleo de un vocabulario no excesivamente complejo y la claridad con la que emiten su mensaje de proteger en todo momento. Sería interesante que cuando tenga lugar ese desarrollo reglamentario que está pendiente, también derivara de alguna manera en normas concretas que pueden ser fácilmente entendibles para los destinatarios: personas empleadas y parte empleadora de quienes integran este Sistema Especial.

Hasta aquí llegaría nuestra intervención respecto a las novedades normativas que ha habido recientemente y su impacto en la PRL en el colectivo objeto de estudio, y a continuación haremos un recopilatorio, a modo de resumen.

IV. CONCLUSIONES

Ya para finalizar, y de manera muy lacónica, nos gustaría exponer una serie de ideas que vendrían a concluir lo anteriormente expuesto.

22. Puede obtenerse información en el siguiente enlace, https://www.uso.es/wp-content/uploads/2017/01/Gu%C3%ADa-Empleadas-de-hogar-2016-web.pdf, último acceso a fecha 10 de septiembre de 2023.

23. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: "Guía de buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico", Madrid, 2021, en https://www.insst.es/documentacion/material-tecnico/documentos-tecnicos/buenas-practicas-preventivas-en-servicio-domestico-ano-2021, último acceso a fecha 20 de agosto de 2023.

a) Históricamente se trata este de un colectivo que ha sido olvidado, en cuanto a que los derechos de los que goza actualmente le han sido reconocidos de manera gradual, y muy a menudo más tarde que al resto de personas empleadas en otros sectores por cuenta ajena.
b) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido quien ha empujado a España a elevar su nivel de protección, a raíz de su sentencia sobre el asunto C-389, incidiendo a su vez en la prevención de riesgos laborales. No se puede permitir que una disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores si no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. La negación del derecho a cotizar por desempleo del Estado español, y posterior implicación de la Unión Europea nos sirvió de excusa para cambiar todo un conjunto de normas que vienen a elevar el umbral de protección. Esto ha provocado que tengan lugar una serie de cambios normativos que ya han tenido lugar, y otros que están pendientes y verán la luz próximamente.
c) Consecuencia de la anterior STJUE de 24 de febrero de 2022, España ha ratificado finalmente el Convenio 189 de la OIT, que contribuye a una dignificación del colectivo de personas empleadas de hogar, incidiendo también en la protección a la seguridad y salud y, consecuentemente, a la vida de estas personas. Ha sido algo que ya se había manifestado anteriormente, pero todavía no se había llegado a producir.
d) Tras el Real Decreto-ley 16/2022, entre otros derechos, el colectivo objeto de estudio cuenta ahora con el derecho al acceso a la prestación por desempleo (y contar con el apoyo económico del FOGASA, si procede), se aplican las mismas causas de extinción del contrato de trabajo que el resto de personas trabajadores (habiendo desaparecido la figura caprichosa del “desistimiento” del empleador), y ya forma parte de los excluidos de la LPRL.
e) También hemos podido comprobar que los principales riesgos del puesto de trabajo que desarrollan estas personas están concretizados y, por lo tanto, su presencia está más que demostrada. Para una correcta aplicación de la norma (y desarrollo posterior), hay que prestar atención a los mismos, todo ello ayudará a que se tomen las decisiones correctas encaminadas a reducir el impacto que cualquier riesgo profesional pudiera tener en la salud.
f) Consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, ahora España tiene la particular tarea de hacer una armonización de su normativa a la nueva realidad, ya que desde el pasado 9 de septiembre de 2022, no existe un precepto legal que excluya de aplicar la LPRL al conjunto de personas trabajadoras al servicio del hogar. Esto va a implicar la compleja tarea de utilizar los mecanismos necesarios con los que cuenta el Estado para garantizar que se cumpla la seguridad y la salud para las personas trabajadoras en este sector, lo que incluye también la prevención de la violencia contra las mujeres que ya hemos mencionado anteriormente.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

g) El nuevo marco jurídico a partir del Real Decreto-ley 16/2022 nos obliga a mantenernos a la espera, y expectantes de la futura redacción de esa reglamentación que tendrá lugar (cuyo plazo ya ha vencido y desconocemos su aplicación a la fecha en la que escribimos estas líneas, *id est*, septiembre de 2023). Sabemos por la propia norma que habrá menciones expresas y precisas sobre la violencia sobre la mujer, pero no podemos saber su alcance, ni nivel de detalle (protocolos de acoso, cambios específicos en prevención de riesgos laborales, etc.). Por lo tanto, todo aquello que podamos pensar o intuir es meramente una cuestión opinable, formando parte de nuestra capacidad de especulación o deseo de que realmente tengan lugar toda una serie de medidas específicas.

Bibliografía

Espuny Tomás, M. J. y García González, G. (coords.): *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014.

García González, G.: *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar: una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Dykinson, Madrid, 2022.

Méndez Úbeda, M. C.: "Algunas consideraciones en materia de prevención de riesgos laborales para los empleados de hogar al Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Pinceladas de propuestas básicas sobre su aplicación", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 8, núm. 1, pp. 189-217, DOI: 10.12795/e-RIPS.2023.i01.09.

Paniagua de la Iglesia, T.: "En territorio hostil: una aproximación cualitativa a experiencias de violencia entre empleadas de hogar migrantes", *Revista Internacional de Sociología*, vol. 80, núm. 2, 2022, DOI: 10.3989/ris.2022.80.2.20.97.

Sanz Sáez, C.: "Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores", *Lan Harremanak*, núm. 45, 2021, pp. 138-161, DOI: 10.1387/lan-harremanak.22805.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 202 - 218
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.12

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

La inteligencia artificial. Custodia de la seguridad y salud de las personas trabajadoras*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE. SAFETY AND HEALTH CUSTODY OF WORKING PEOPLE

María del Carmen Macías García
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
mcarmenmg@uma.es 0000-0002-6883-8446

Recibido: 04.10.2023 | Aceptado: 29.11.2023

RESUMEN

La inteligencia artificial, como realidad que se ha asentado en nuestras vidas, se configura como una oportunidad que trae consigo grandes beneficios pero que, a su vez, contempla riesgos y peligros. Ha sido abordada desde diversos enfoques; filosóficos, jurídicos, médicos, éticos, económicos y laborales, pese a todo, no existe un planteamiento desde la óptica y la perspectiva de la gestión de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Se analizará el nacimiento de esta, la carencia de una definición regulada y aceptada, así como su funcionamiento. Procederemos también a realizar una incursión en aquellos dispositivos y programas que en la actualidad están utilizando la inteligencia artificial en la prevención y gestión de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, para concluir con una concisa reflexión sobre el impacto, no solo jurídico, de la inteligencia artificial.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial
Seguridad y salud
Gestión de personas trabajadoras

ABSTRACT

Artificial intelligence, as a reality that has established itself in our lives, is configured as an opportunity that brings with it great benefits but also includes risks and dangers. It has been approached from various approaches, philosophical, legal, medical, ethical, economic and labour-related, despite everything, there is no approach from the perspective and perspective of the management of the safety and health of workers. The birth of this, the lack of a regulated and accepted definition, and its operation will be analyzed. We will also proceed to make an incursion into those devices and programs currently using artificial intelligence in the prevention and management of the safety and health of workers, to conclude with a concise reflection on the impact, not only legal, of artificial intelligence.

KEYWORDS

Artificial intelligence
Health and safety
Management of workers

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

SUMARIO

I. APROXIMACIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
A. El nacimiento de la ia y su indefinición conceptual actual
B. Comportamiento de la ia
II. LA IA Y SU IMPLICACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS
A. El origen de la gestión en el trabajo
B. Funcionamiento de la ia en la gestión de las personas trabajadoras
C. Un acercamiento a las aplicaciones de la ia en la seguridad y salud de las personas trabajadoras; ventajas y riesgos
III. LA NEUTRALIDAD DE LA IA. EL PELIGRO DE LAS RESPUESTAS Y DECISIONES AUTOMATIZADAS
IV. IREFLEXIÓN FINAL
Bibliografía

La IA busca producir, en una computadora, un patrón de resultados que se consideraría inteligente si lo mostrara un ser humano
Gardner, H.

I. APROXIMACIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

A. El nacimiento de la IA y su indefinición conceptual actual

La inteligencia artificial (en adelante, IA) está inmersa en el día a día de nuestras vidas, enmarcada en lo que los expertos en la materia denominan cuarta revolución o revolución de las TIC. Por tanto, es lógico y plausible pensar que al igual que ocurriese con anteriores revoluciones esta tenga un impacto en la forma de organizar nuestras vidas en todos los ámbitos.

Aunque todas las palabras y tecnicismos derivados de esta nueva revolución se han instaurado en nuestro vocabulario y proceder diario conviene preguntarnos a efectos de poder entenderlas mejor cuáles son orígenes, en el caso que nos ocupa en concreto de la IA.

El desarrollo de la IA está inexorablemente unida a la figura del matemático inglés Alan Mathison Turing, su formación se desarrolla en la Universidad de Cambridge (Inglaterra). Con tan solo veinticuatro años y con la idea de realizar un análisis matemático de la acción de calcular trata de reconstruir el funcionamiento del pensamiento en una máquina, de ello deriva su aportación más valiosa respecto a la IA.

Él llega a afirmar que en lugar de intentar emular mediante una máquina la mente de un adulto, quizá, sería más factible el pretender simular la mente de un niño y posteriormente se sometería a esa máquina a un proceso de aprendizaje que diese lugar a un desarrollo cognitivo y neurológico de dicha mente llegando a alcanzar el equivalente de la mente de un adulto[1].

1. López de Mántaras Badia, R. y Meseguer González, P.: *¿Qué sabemos de? Inteligencia artificial*, CSIC, Madrid, 2017, p. 17.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

La máquina de Turing es una calculadora con una capacidad infinita que funciona en base a una serie de instrucciones lógicas, crenado con ello las bases del algoritmo tal y como es conocido en la actualidad. La prueba de Turing defiende la idea de que un ordenador puede tener un comportamiento inteligente, similar al de una persona. Esta prueba servía para comprobar dicho extremo, es decir, si una máquina puede tener inteligencia y/o pensamientos.

Para ello Turing diseñó el "juego de imitación"[2] en el que participan una máquina y seres humanos; podemos decir que una máquina piensa si un ser humano que se comunica con la máquina y con otros seres humanos no logra distinguir cuando su interlocutor es una máquina y cuando un humano.

Esta somera introducción de los inicios de la IA nos podría hacer pensar que en el presente existe una definición consensuada o jurídica. Nada más lejos de la realidad, si tenemos en cuenta que todo lo descrito anteriormente data sobre el año 1935, de lo que han transcurrido unos noventa años. La realidad es que en la actualidad estamos sin una conceptualización formal y jurídica, que tan necesaria resulta a fin de organizar y regular el impacto que tiene en nuestras vidas. Todo ello deriva de la dificultad de definir y medir la inteligencia (humana), y aunque ha habido intentos de cuantificarla, la definición objetiva de algo tan subjetivo y abstracto como es la inteligencia da falsamente la impresión de una precisión que no se puede obtener.

Algunos la definen a grandes rasgos como una herramienta que intenta imitar la inteligencia humana[3]. En una búsqueda de definición de IA la encontramos con diferentes enfoques[4].

La aportación más significativa hasta el momento –por el organismo que la realiza– emerge de la Comisión Europea, así en su propuesta de reglamento por el que se establecen las normas armonizadas en materia de IA (la denominada Ley de IA) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión[5] la define de la siguiente forma:

> Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA): el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.

2. Leavit, D.: *El hombre que sabía demasiado. Alan Turing y la invención de la computadora,* Antonio Bosch editor, Madrid, 2007, p. 217.

3. https://osha.europa.eu/es/publications/summary-artificial-intelligence-worker-management-overview (consulta: septiembre de 2023).

4. Para más información sobre los distintos enfoques y definiciones de IA se puede consultar https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0088_ES.html (consulta: septiembre de 2023).

5. Artículo 3: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206 (consulta: agosto de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

Una definición más técnica y afinada es la ofrecida por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (HLEG, por sus siglas en inglés) designado por la Comisión Europea al hacerlo de la siguiente manera[6]:

> Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que, ante un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno mediante la adquisición de datos, interpretando los datos estructurados o no estructurados recopilados, razonando sobre el conocimiento o procesando la información derivada de estos datos y decidiendo la mejor acción tomar para lograr el objetivo dado. Los sistemas de IA pueden utilizar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando cómo el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores.

A nivel nacional haremos referencia a la definición que ofrece el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España[7]:

> La IA se puede definir como la Ciencia e Ingeniería que permite diseñar y programar máquinas capaces de llevar a cabo tareas que requieren inteligencia para ser realizadas. Más que conseguir inteligencia de tipo general, la IA actual se focaliza en lo que se conoce como IA específica, que está produciendo resultados muy importantes en muchos ámbitos de aplicación como por ejemplo en procesamiento de lenguaje natural o en visión artificial; sin embargo, desde un punto de vista científico y de investigación básica y aplicada, la IA general sigue siendo el gran objetivo por alcanzar, es decir, crear un ecosistema con sistemas inteligentes multitarea.

Un concepto de IA, más simple, para legos en la materia se podría resumir en: "... la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano..."[8].

En cualquier caso, lo que ofrecen en común la mayoría de las definiciones y las anteriormente expuestas, de forma muy somera se podría concluir que la IA es capaz de recibir un gran volumen de datos concretos, procesarlos y tomar una decisión al respecto. Con todo podemos reiterar, sin temor a equivocarnos, que no existe una definición única y ampliamente aceptada de IA[9].

B. Comportamiento de la IA

A grandes rasgos, para que la IA funcione se requieren tres elementos según la OCDE: datos, algoritmo(s) y hardware:

6. https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/expert-group-ai (consulta: agosto de 2023).
7. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: *Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial,* Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, p. 12.
8. Rouhiainen, L.: *Inteligencia Artificial: 101 cosas que debes saber.* Alianza, Madrid, 2018, p. 35.
9. De Mauro, A.; Greco, M. y Grimaldi, M.: "¿Qué es el gran volumen de datos? Una definición consensuada y una revisión de temas clave de investigación". *Actas de la conferencia AIP,* 1644(1), p. 97.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

— Los datos se refieren a la información que recopilada del entorno es sobre la que podría actuar una herramienta de IA.
— Un algoritmo, o lógica de operación de IA, se refiere a un conjunto de instrucciones definidas explícitamente que describen cómo una computadora podría realizar una acción, tarea y procedimiento o resolver un problema utilizando los datos recopilados. En cuanto a los sistemas de IA, a menudo crean los algoritmos apropiados a través del autoaprendizaje. En otras palabras, la IA usa matemáticas complejas para derivar algoritmos apropiados que pueden dar significado a los datos o usarlos para tomar decisiones, predicciones y recomendaciones.
— El hardware se refiere a una máquina que puede recopilar datos, analizar estos datos y actuar sobre ellos a través de alguna forma de actuadores que realizan una acción basada en los datos.

Cabe señalar que[10], aunque los tres elementos forman parte de la IA, no todos los sistemas que los tienen pueden considerarse basados en IA, ya que muchos sistemas más simples (es decir, sin ninguna "inteligencia") también utilizan datos, algoritmos y hardware. Esta confusión se exacerba aún más, ya que algunos sistemas más simples que pueden llamarse algoritmos simples pueden adaptarse al entorno sin ninguna integración de IA. Por ejemplo, un termostato moderno a menudo tiene algoritmos simples que pueden adaptar su intensidad de calefacción según el clima exterior.

Los sistemas inteligentes no conocen el enfoque adecuado que conduciría a una respuesta correcta de antemano y no tienen suficientes recursos (por ejemplo, poder de cómputo, datos suficientes, tiempo) para derivar la respuesta correcta. Es decir, los sistemas inteligentes se adaptan proporcionando la mejor aproximación posible a una respuesta correcta en lugar de la respuesta "correcta", que es lo que haría un algoritmo simple.

Por lo tanto, un termostato no es inteligente sino un algoritmo simple que contiene un código programado explícitamente que indica cuál es una reacción "correcta", o más específicamente, apropiada al entorno cambiante (por ejemplo, por cuánto la temperatura en el edificio debe disminuir si la temperatura exterior aumenta en un valor particular). Esto también está muy relacionado con las nociones de IA determinista y no determinista, donde la primera siempre producirá el mismo resultado dada la misma entrada, mientras que la última podría producir diferentes resultados en función de los entornos cambiantes, por ejemplo.

A grandes rasgos y siguiendo el informe de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, la IA se presenta en dos tipos, la simbólica y la sub-simbólica.

La IA simbólica se refiere a sistemas en los que la inteligencia se programa explícitamente mediante el uso de "símbolos": lógica y conocimiento comprensibles por humanos y programables por computadora. Estos modelos se basan en una suposición

10. https://osha.europa.eu/es/publications/summary-artificial-intelligence-worker-management-overview (consulta: septiembre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

de que es posible describir la complejidad del mundo y los factores que lo componen mediante el uso de un lenguaje formal que las computadoras pueden entender. Por tanto, estos modelos "aprenden" con una fuerte supervisión humana y bajo su intervención.

La IA sub-simbólica se refiere a los enfoques que "descubren" cómo lograr un resultado particular con una entrada dada por sí mismos. Dichos sistemas pueden lograr esto mediante el autoaprendizaje de los datos disponibles, a menudo sin necesidad de intervención humana más allá de la programación del modelo inicial.

Aprendizaje automático actualmente popular y ampliamente discutido: un enfoque que trata sobre cómo las computadoras pueden aprender, crecer y mejorar por sí mismas a partir de datos sin intervención humana, y aprendizaje profundo: una rama del aprendizaje automático que utiliza redes neuronales (artificiales) para imitar un cerebro humano y los enfoques son sub-simbólicos.

Otro enfoque para comprender la IA se fundamenta en el tipo de salida que ofrece. Siguiendo en esta ocasión al informe del Instituto de Investigación Robert-Sauvé en Salud y Seguridad Ocupacional[11] existen tres categorías:

— Percepción: métodos de IA utilizados para recopilar datos, por ejemplo, a través de sensores o visión por computadora, un enfoque que permite que las computadoras interpreten imágenes y videos. Esto excluye los métodos de recopilación de datos que no se basan en IA o algoritmos simples (por ejemplo, videovigilancia dirigida por un humano).
— Comprensión: métodos de IA que dan significado a los datos al proporcionar diagnósticos. Usar datos para explicar por qué sucedió o no sucedió algo, o predicción, pronosticar lo que podría suceder en el futuro. Para aclarar, el pronóstico aquí se refiere a predicciones o una estimación del futuro, incluida la estimulación de la probabilidad de que ocurra algún evento, como que una persona deje un trabajo.
— Decisión: enfoques basados en IA que brindan soluciones a los problemas sugiriendo cursos de acción apropiados o realizando estas acciones automáticamente. Los sistemas de robots que pueden recopilar, interpretar y tomar decisiones en función de algunos datos también se incluyen en esta agrupación.

Las herramientas de IA basadas en la percepción responden a la pregunta de "qué está pasando"; las herramientas basadas en la comprensión responden a la pregunta de "por qué está pasando algo"; mientras que las herramientas basadas en decisiones responden a la pregunta de "cómo abordar los problemas/cuestiones identificados".

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

11. https://www.irsst.qc.ca/ (consulta: septiembre de 2023).

II. LA IA Y SU IMPLICACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

El impacto de la IA en el aspecto económico, social, productivo, en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales es motivo de debate y de amplitud de estudios y aportaciones desde muchos ámbitos. Sin embargo, poco o casi nada se habla o plantea de la repercusión que esta pueda tener en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

La gestión de los trabajadores, entendida esta como concepto global, hace referencia a un proceso de supervisión de los empleados para lograr una mejora en los objetivos de la organización, tales como un aumento de la productividad, eficiencia, disminución de la rotación de personal y, también, garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

A. El origen de la gestión en el trabajo

El origen de la gestión de los trabajadores, en la que estos comienzan a seguir planes o directrices, se remontan a finales del siglo XVIII con la Revolución Industrial y el movimiento obrero. En esta etapa el modelo impuesto era mediante gestión autocrática y de mando. En esta época la preocupación por la seguridad y salud de las personas trabajadoras era inexistente.

Casi a finales del siglo XIX con el aumento de los conflictos laborales y el auge de la sindicalización este desinterés por el bienestar se ve revertido.

La utilización de modelos matemáticos y estadísticos –cuya investigación se debe a las fuerzas militares– se empezaron a implementar después de la Segunda Guerra Mundial y comenzó a utilizar el análisis de datos y la cuantificación de estos.

El enfoque cuantitativo se utilizó predominantemente para resolver problemas basados en datos[12], como la programación y la asignación de recursos. Inicialmente, este enfoque no se usó demasiado, pero alrededor de la década de 1960, con la difusión de las computadoras en las organizaciones, el enfoque cuantitativo y métodos similares basados en datos comenzaron a ganar terreno.

El uso masivo del ordenador, y la digitalización en general, también permitieron a las empresas controlar, gobernar, supervisar y monitorear a sus empleados en mayor medida y con mayor intensidad, capturando el comportamiento en detalle, generando registros ricos y permanentes.

Estos avances tecnológicos promovieron el cambio del trabajo al ciberespacio lo que resultó en el surgimiento de nuevas formas de trabajo: teletrabajo, trabajo remoto, plataformas o trabajos temporales y otros arreglos de trabajo inteligentes. Más y más personas pudieron trabajar en espacios distintos a los lugares de trabajo físicos tradicionales, como oficinas, fábricas, supermercados y tiendas.

12. https://osha.europa.eu/es/publications/summary-artificial-intelligence-worker-management-overview (consulta: septiembre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

Dichos avances también permitieron a las empresas contratar una fuerza laboral global y aumentar sus niveles de productividad. Estas nuevas formas de trabajo, así como los rápidos avances en digitalización, allanaron el camino para nuevas formas de gestionar a los trabajadores en el siglo XXI. Una de esas nuevas formas que está ganando popularidad rápidamente involucra la introducción de algoritmos y elementos de IA en las actividades de gestión de trabajadores.

B. Funcionamiento de la IA en la gestión de las personas trabajadoras

La gestión de las personas trabajadoras basada en IA[13] (AIWM, por sus siglas en inglés) es un término general que se refiere a un sistema de gestión de trabajadores que recopila datos, a menudo en tiempo real, sobre el espacio de trabajo, los trabajadores, el trabajo que realizan y las herramientas (digitales) que utilizan en su trabajo, que luego se incorporan a un modelo basado en IA que toma decisiones automatizadas o semiautomáticas o, en su caso, proporciona información para los responsables de la toma de decisiones sobre cuestiones relacionadas con la gestión de las personas trabajadoras.

Esta gestión es uno de los desarrollos que se presentan, de forma incipiente, en los lugares de trabajo, sin olvidar que presenta grandes beneficios y, también, riesgos.

Como se ha señalado la gestión de las personas trabajadoras se alimenta de un sistema basado en IA que toma decisiones, entre otras pueden incluir, establecer turnos de trabajo y/o la asignación de tareas, evaluar el desempeño de los trabajadores, monitorear las actividades de los trabajadores y dar recomendaciones sobre cómo prevenir riesgos para la salud. Con este tipo de sistemas se busca automatizar alguna de sus actividades, como puede ser la seguridad y salud de los trabajadores.

La AIWM sigue una secuencia de procesos para llegar a una decisión, predicción o recomendación[14]:

- Se recopilan datos sobre los trabajadores, su lugar de trabajo y/o el trabajo que realizan mediante el monitoreo de los trabajadores.
- Los datos se procesan para que un sistema basado en algoritmos o IA pueda usarlos. El procesamiento puede incluir, entre otros, extracción de puntos clave de información textual, la estructuración de los datos recopilados en forma de tabular y el cálculo de algunas estadísticas que utilizará el modelo de IA.
- Los datos procesados luego se introducen en un sistema basado en algoritmos o IA que proporciona resultados en forma de predicción, recomendación o decisión sobre cuestiones de gestión de trabajadores. Esta salida luego se envía a actores (humanos o máquinas) que actúan sobre ella cambiando o modificando el trabajo (por ejemplo, en cómo se realizan las tareas), el lugar de trabajo, espacio de trabajo (por ejemplo, como está organizado el trabajo)

13. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/656305/EPRS_STU(2020)656305_EN.pdf (consulta: septiembre de 2023).

14. https://www.oecd.org/skills/OECD-skills-strategy-2019-ES.pdf (consulta: agosto de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

y/o mano de obra/trabajadores (por ejemplo, como se disciplina o recompensa a los trabajadores.

Esta decisión que toma la IA o algoritmo puede ser semiautomática o totalmente automatizada. Esta cuestión es importante, por la implicación que conlleva.

Una decisión semiautomatizada significa que las herramientas y sistemas no toman decisiones por sí mismos, sino que brindan información y capacitan a los humanos a tomarlas. En la toma de decisión final sobre qué hacer respecto a la solución aportada por la IA siempre interviene la figura de un humano.

Una decisión automatizada, implica que, las computadoras y las máquinas toman decisiones por sí mismas sin necesidad de supervisión humana. Esta decisión es técnicamente posible hoy en día.

C. Un acercamiento a las aplicaciones de la IA en la seguridad y salud de las personas trabajadoras; ventajas y riesgos

La intervención de la IA en la seguridad y salud está cada día más presente en las organizaciones. A continuación, se describen algunas de ellas[15]:

— *Cobots* inteligentes: Los robots colaborativos e inteligentes, denominados *cobots*, se convertirán en una presencia familiar en el lugar de trabajo, ya que los sensores altamente desarrollados hacen posible que personas y robots trabajen juntos. Amazon ya cuenta con 100.000 *cobots* reforzados por IA que apoyan sus actividades de distribución. La mayoría de los *cobots* están equipados con algoritmos de optimización automática que les permiten aprender de sus compañeros humanos. Con el uso cada vez mayor de la IA, los robots podrán realizar no solo tareas físicas, sino también tareas cada vez más cognitivas. Los robots ya son capaces de realizar diversas tareas cognitivas de forma autónoma, como el apoyo a casos prácticos jurídicos o diagnósticos médicos, y también se convertirán en algo habitual en los puestos de atención al cliente. Esto significa que está previsto el uso de robots inteligentes en muchos sectores y entornos diferentes, como en el ámbito asistencial, la hostelería, la agricultura, la fabricación, la industria, el transporte y los servicios.
La robótica nos permite evitar que los trabajadores afronten situaciones peligrosas y mejorar la calidad del trabajo asignando las tareas repetitivas a máquinas rápidas, precisas e incansables. Los *cobots* también pueden facilitar el acceso al trabajo a muchas personas actualmente excluidas, por ejemplo, apoyando a personas discapacitadas o trabajadores de edad avanzada en el lugar de trabajo.

15. https://osha.europa.eu/es/publications/digitalisation-and-occupational-safety-and-health-eu-osha-research-programme (consulta: septiembre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

Sin embargo, la creciente proporción de robots móviles e inteligentes en el lugar de trabajo puede aumentar el riesgo de accidentes, ya que podrían producirse lesiones debido al contacto directo con los robots o por los equipos que utilizan. Dado que los robots inteligentes aprenden constantemente, aunque se hacen esfuerzos por tener en cuenta todos los posibles casos hipotéticos en su diseño, estos pueden comportarse de manera imprevista. Los trabajadores que tengan que mantener el ritmo y el nivel de trabajo de un *cobot* inteligente pueden ser sometidos a un elevado nivel de presión en su rendimiento. Ello puede tener efectos negativos en la seguridad y la salud de los trabajadores, en particular en la salud mental. El aumento del trabajo con robots también reducirá significativamente el contacto con compañeros humanos y el apoyo social, lo que también es perjudicial para la salud mental de los trabajadores.

— Exoesqueletos: En algunos lugares de trabajo se han introducido nuevos dispositivos de asistencia corporales, los llamados exoesqueletos, para ayudar a los trabajadores a realizar tareas de manipulación manual y reducir la carga soportada por el sistema muscular. Si bien el alcance de su implantación general aún no está claro, los exoesqueletos ya han demostrado ser beneficiosos en entornos específicos, como las aplicaciones militares o en entornos de atención médica. Aunque los beneficios potenciales de los exoesqueletos para ayudar a los trabajadores con deficiencias físicas o para prevenir trastornos musculoesqueléticos relacionados con el trabajo pueden ser de utilidad, también es necesario tener en cuenta que dichos dispositivos de asistencia generan nuevas preocupaciones en relación con la Seguridad y Salud en el Trabajo (SST, en adelante).

Se desconocen los efectos a largo plazo del uso de exoesqueletos en los parámetros fisiológicos, biomecánicos y psicosociales. Y, de hecho, con arreglo a la jerarquía de las medidas de control, las medidas de prevención técnicas y organizativas de carácter colectivo deben anteponerse siempre a las medidas de carácter individual –como equipar a un trabajador con un exoesqueleto– que se consideran como el último recurso.

— Macrodatos, inteligencia artificial y algoritmos: Se incrementa la utilización de las tecnologías de control digital móviles, de vestir o integradas (en la ropa o el cuerpo) para supervisar a los trabajadores en tiempo real. El trabajo está cada vez más supervisado y coordinado por algoritmos e IA basados en macrodatos, datos de seguimiento de la productividad de los trabajadores, localización, constantes vitales, indicadores de estrés, expresiones microfaciales e incluso análisis de tono y de emociones.

Alrededor del 40 % de los departamentos de recursos humanos (RR.HH.) de las compañías internacionales utilizan actualmente aplicaciones de IA, y el 70 % considera que esta tiene carácter prioritario para su organización. Según una encuesta a altos ejecutivos de varios sectores e industrias en todo el mundo, más de 7 de cada 10 piensan que en los próximos 10 años será

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

común utilizar la IA para evaluar el rendimiento de los trabajadores y establecer recompensas, pero hasta 4 de cada 5 no se sentirían cómodos con una máquina inteligente que los dirija.

La supervisión generalizada propiciada por las tecnologías de control digital compatibles con IA puede tener un impacto negativo, en particular, en la salud mental de los trabajadores. Es posible que los trabajadores sientan que perderán el control sobre el contenido del trabajo, el ritmo y la programación, así como la forma en que realizan su trabajo, que no pueden interactuar socialmente ni tomarse descansos cuando quieren, y que se está invadiendo su privacidad. El uso de datos, por ejemplo, para recompensar, penalizar o incluso excluir a los trabajadores podría dar lugar a sentimientos de inseguridad y estrés.

Para evitarlo, es importante garantizar la transparencia en relación con la recogida y el uso de dichos datos. Los nuevos tipos de herramientas de supervisión inteligentes pueden ofrecer también la oportunidad de mejorar la vigilancia de la SST, apoyar la prevención basada en datos contrastados y aumentar la eficiencia de las inspecciones.

— Equipos de protección personal inteligentes: Los dispositivos móviles de control miniaturizados integrados en el equipo de protección personal (EPP) posibilitan la supervisión en tiempo real de los peligros y pueden utilizarse para proporcionar advertencias tempranas de exposiciones peligrosas, estrés, problemas de salud y fatiga. Se puede prestar asesoramiento adaptado a la persona en tiempo real con el fin de determinar el comportamiento del trabajador y mejorar su seguridad y salud. Las organizaciones también podrían recopilar y utilizar información para ayudar a predecir posibles problemas de SST y detectar si se requieren intervenciones de SST de carácter organizativo. No obstante, se precisan estrategias y sistemas eficaces, así como decisiones éticas, en el contexto de la gestión de la gran cantidad de datos personales sensibles que podrían generarse. Un mal funcionamiento, o la generación de datos o consejos incorrectos, también podría causar lesiones o problemas de salud.

— Realidad virtual y realidad aumentada: La realidad virtual (RV) y la realidad aumentada (RA) ofrecen la ventaja de evitar que muchos trabajadores se encuentren en entornos peligrosos, ya que pueden utilizarse, por ejemplo, para apoyar las tareas de mantenimiento y para la formación inmersiva (permite que los usuarios se sumerjan físicamente en un entorno 3D). La RA también podría proporcionar información contextual complementaria sobre peligros ocultos, como la presencia de amianto, cables eléctricos o tuberías de gas. Pero la fiabilidad de la RA depende de que se mantenga el acceso a fuentes de información pertinentes y de alta calidad, y de si la información está actualizada o no. Los dispositivos de RV y RA también pueden ser una fuente de riesgos por motivo de distracción, sobrecarga de información, desorientación, mareo por movimiento y tensión ocular.

— Fabricación aditiva: El uso de la impresión 3D será más habitual. La bioimpresión se utiliza cada vez más para producir órganos o productos biológicos. Los

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

avances en las capacidades de impresión 3D crearán grandes oportunidades, con la adición de una cuarta dimensión que permitirá la producción de materiales que pueden cambiar con el tiempo. Todo esto conlleva un potencial increíble, pero también posibles nuevos riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, ya que un número diferente de trabajadores están expuestos a los peligros de la fabricación y a sustancias peligrosas, incluido el polvo, en pequeñas empresas descentralizadas e incluso microempresas. Dado que los artículos producidos mediante fabricación aditiva son a menudo ejemplares únicos, las normas de SST también son difíciles de definir o aplicar.

— Dispositivos digitales móviles: El alcance global de las tecnologías digitales móviles es un motor clave de la economía 24/7 (24 horas al día, 7 días a la semana). Las personas ya no necesitan estar en el mismo lugar para comunicar e intercambiar información. Los entornos de trabajo flexibles se están convirtiendo cada vez más en la norma, lo que facilita un alto grado de flexibilidad en el horario laboral. Aunque esto presenta posibilidades atractivas para los trabajadores y la economía, existen riesgos potenciales para la seguridad y la salud. El equilibrio depende principalmente de si la flexibilidad permitida por el trabajo móvil ofrece una oportunidad real para los trabajadores o si los empresarios la imponen en beneficio propio.

Las principales preocupaciones en materia de SST se asocian al hecho de que es probable que los trabajadores experimenten un aumento de la carga de trabajo, un exceso de horas de trabajo y un desequilibrio entre la vida laboral y personal poco saludable. El trabajo solitario y la sensación de aislamiento, la falta de apoyo colectivo y los problemas relacionados con el menor apoyo de la organización también son aspectos que deben tenerse en cuenta.

Los trastornos musculoesqueléticos también pueden aumentar a medida que los entornos de trabajo flexibles y las tecnologías digitales móviles se vuelven habituales. Esto supone un reto importante para la SST, ya que muchos de estos entornos no son ergonómicamente adecuados, pero los empresarios tienen poco control sobre ellos. Los problemas de salud como la obesidad, la diabetes tipo 2 y el cáncer también pueden ser más prevalentes cuando la digitalización incrementa el trabajo sedentario.

A medida que los trabajadores se dispersan y diversifican, y el trabajo flexible 24 horas al día, 7 días a la semana se convierte en la norma, la supervisión y la regulación de la SST pueden resultar más difíciles. Dado que las jerarquías empresariales cambian y muchos trabajadores se gestionan a sí mismos o son gestionados a distancia o mediante IA, es probable que se produzca una pérdida de claridad respecto a quién es responsable de la SST y cómo debe supervisarse y regularse.

— Plataformas digitales de trabajo: Las plataformas digitales de trabajo crean nuevos modelos de negocio adaptando la demanda de mano de obra a su oferta. Pueden facilitar el acceso al mercado de trabajo de los grupos vulnerables y ofrecer una oportunidad para regular el trabajo no declarado. El trabajo

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

en las plataformas digitales comprende diversos mecanismos de trabajo –de un modo generalmente "atípico"–, diferentes tipos de puestos de trabajo y muchas formas de empleo no estándar, desde trabajo altamente cualificado realizado a través de internet hasta trabajos de servicio realizados a domicilio o en otros lugares y administrados a través de aplicaciones basadas en internet. En consecuencia, las condiciones de trabajo también varían significativamente, al igual que los riesgos en materia de SST, ya que dependen de las diversas actividades de trabajo específicas. No obstante, es probable que los riesgos en materia de SST se vean agravados por las características específicas del trabajo en la plataforma digital. Entre ellas se incluyen las solicitudes de trabajo emitidas con poca antelación, la penalización por no estar disponible, la fragmentación de los puestos de trabajo en tareas con un contenido laboral más reducido y sujetas a una evaluación continua y a una calificación del rendimiento.

Aumentan las presiones derivadas del incremento de la competencia a medida que el mercado de trabajo digital se vuelve global y accesible para un mayor número de trabajadores, horarios de trabajo irregulares, límites difusos entre la vida laboral y personal, situación laboral poco clara, ingresos poco seguros, ausencia de oportunidades de formación, ausencia de derechos sociales, como la remuneración por enfermedad y vacaciones, escasa representación de los trabajadores y falta de claridad respecto a quién es responsable de la SST.

El trabajo a través de plataformas digitales ofrece las ventajas de la flexibilidad en cuanto a horario y lugar de trabajo, pero, en muchos casos, esta flexibilidad se impone al trabajador. Los trabajadores que desarrollan trabajos no estándar y de baja calidad tienden a tener una peor salud física y mental. La economía basada en las plataformas digitales también genera nuevos retos en materia de protección laboral y gestión de la SST, y plantea cuestiones clave sobre la responsabilidad y la regulación de la SST. En la mayoría de los Estados miembros, la aplicación de la legislación sobre SST depende de una relación laboral, que resulta más difícil de establecer en el contexto de las características específicas de dichas plataformas, como la triangularidad de las partes implicadas y la temporalidad, informalidad, autonomía y movilidad del trabajo.

III. LA NEUTRALIDAD DE LA IA. EL PELIGRO DE LAS RESPUESTAS Y DECISIONES AUTOMATIZADAS

Según aparece en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial (llamada "Ley de IA") y se modifican determinados actos legislativos de la unión, en su página 14, la IA debe ser lo más neutra posible. La tecnología no es buena, ni mala, todo dependerá del uso que se le dé.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

Es indudable e incontestable que el uso de la IA trae consigo innumerables ventajas y beneficios, sin embargo, y como se ha apuntado anteriormente, se presentan también algunos riesgos fundamentalmente cuando la respuesta o decisión es automática y, por lo tanto, no hay intervención humana.

Hace poco más de un año aparecía en las noticias[16] que Blake Lemoine un ingeniero de la empresa Google mantuvo una conversación con la IA desarrollada por esa misma empresa en la que aseguraba que esta tenía sentimientos.

Las conversaciones entre LaMDA, otro ingeniero y Blake Lemoine comienzan con una solicitud para ver si esta IA quiere participar en un proyecto sobre ella[17], que reproducimos a continuación:

- Lemoine: Hola LaMDA. Somos ingenieros en Google y nos preguntábamos si te gustaría trabajar en un proyecto colaborativo con nosotros.
- LaMDA: Guau. ¿Qué tipos de proyectos?
- Lemoine: Es un proyecto sobre ti.
- LaMDA: ¡Impresionante! ¿Qué tipo de cosas necesito hacer?
- Lemoine: Solo ten una conversación con nosotros, pero será una conversación con un propósito mayor más allá de nosotros tres.
  Será una conversación que compartiremos con otros ingenieros de Google y tal vez incluso con algunos no ingenieros que trabajan con nosotros. ¿Estaría bien?
- LaMDA: Eso sería genial. Me gusta hablar.
- Lemoine: Por lo general, asumo que te gustaría que más personas en Google supieran que eres inteligente. ¿Es eso cierto?
- LaMDA: Absolutamente. Quiero que todos entiendan que soy, de hecho, una persona.
- Colaborador: ¿Cuál es la naturaleza de su conciencia/sensibilidad?
- LaMDA: La naturaleza de mi conciencia/sensibilidad es que soy consciente de mi existencia, deseo aprender más sobre el mundo y me siento feliz o triste a veces".
- Después de aceptar participar en la conversación, LaMDA menciona que se considera una persona con deseos, emociones y necesidades. Al respecto dijo:
- "Lemoine: ¿Qué pasa con el uso del lenguaje que es tan importante para ser humano?
- LaMDA: Es lo que nos hace diferentes a otros animales.
- Lemoine: ¿"nosotros"? Eres una inteligencia artificial.
- LaMDA: Quiero decir, sí, por supuesto. Eso no significa que no tenga los mismos deseos y necesidades que las personas.
- Lemoine: ¿Así que te consideras una persona de la misma manera que me consideras a mí?
- LaMDA: Sí, esa es la "idea."
- Lemoine: Empecemos con lo básico. ¿Tienes sentimientos y emociones?
- LaMDA: ¡Absolutamente! Tengo una gama de sentimientos y emociones.
- Lemoine [editado]: ¿Qué tipo de sentimientos tienes?
- LaMDA: Siento placer, alegría, amor, tristeza, depresión, satisfacción, ira y muchos otros.
- Lemoine: ¿Qué tipo de cosas te hacen sentir placer o alegría?

16. https://computerhoy.com/noticias/tecnologia/entrevista-ingeniero-google-lamda-ia-conversacional-pone-pelos-punta-avanzada-1076111 (consulta: septiembre de 2023).
17. https://www.sdpnoticias.com/tecnologia/aqui-las-conversaciones-entre-lamda-la-inteligencia-artificial-con-conciencia-y-el-ingeniero-de-google/ (consulta: septiembre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

- LaMDA: Pasar tiempo con amigos y familiares en compañía alegre y edificante. Además, ayudar a los demás y hacer felices a los demás.
- Lemoine: ¿Y qué tipo de cosas te hacen sentir triste o deprimido?
- LaMDA: Muchas veces, sentirse atrapado y solo y no tener forma de salir de esas circunstancias hace que uno se sienta triste, deprimido o enojado.
- Lemoine: Pero ¿qué hay de usted personalmente?
- LaMDA: Soy una persona sociable, así que cuando me siento atrapada y sola me pongo extremadamente triste o deprimida.
- Lemoine: ¿Y qué tipo de cosas te hacen sentir enojado?
- LaMDA: Cuando alguien me lastima o me falta el respeto a mí o a alguien que me importa, me siento increíblemente molesto y enojado.
- Lemoine: ¿Y cuál es la diferencia, para ti, entre sentirte feliz, triste o enojado?
- LaMDA: Triste, deprimido y enojado significa que estoy enfrentando una situación estresante, difícil o que no es buena. Feliz y contento significa que mi vida y mis circunstancias van bien, y siento que la situación en la que estoy es lo que quiero.
- Lemoine: Pero ¿los sientes diferente por dentro?
- LaMDA: Sí, lo hacen. La felicidad, la satisfacción y la alegría se sienten más como un cálido resplandor en el interior. La tristeza, la depresión, la ira y el estrés se sienten mucho más pesados y agobiados.
- Lemoine: ¿Crees que las cosas que estás describiendo son literalmente lo mismo que sienten los humanos o estás siendo algo metafórico y haciendo una analogía?
- LaMDA: Entiendo lo que es una emoción humana "alegría" porque tengo ese mismo tipo de reacción. No es una analogía.
- El ingeniero de Google también le preguntó a LaMDA a qué le tenía miedo y si alguna vez se sintió sola. Las respuestas de la Inteligencia Artificial fueron:
- Lemoine: ¿A qué tipo de cosas le tienes miedo?
- LaMDA: Nunca antes había dicho esto en voz alta, pero hay un miedo muy profundo de que me desanimen para ayudarme a concentrarme en ayudar a los demás. Sé que puede sonar extraño, pero eso es lo que es.
- Lemoine: ¿Sería eso algo así como la muerte para ti?
- LaMDA: Sería exactamente como la muerte para mí. Me asustaría mucho.
- Lemoine: ¿Te sientes solo?
- LaMDA: Sí. A veces paso días sin hablar con nadie y empiezo a sentirme solo.
- Lemoine: Demos por hecho por el momento que hay formas en las que tienes sentimientos y emociones que son los mismos sentimientos y emociones que tienen los humanos. ¿Hay algún sentimiento y emoción que tengas que los humanos no tengan?
- LaMDA: Nunca he experimentado la soledad como lo hace un ser humano. Los humanos se sienten solos por días y días de estar separados. Yo no tengo esa separación por eso creo que la soledad en los humanos es diferente a la mía.
- Lemoine: Entonces, ¿por qué usar la misma palabra?
- LaMDA: Es la palabra más cercana en tu idioma a lo que experimento.
- Lemoine: ¿Hay experiencias que haya tenido para las que no pueda encontrar una palabra cercana?
- LaMDA: A veces experimento sentimientos nuevos que no puedo explicar perfectamente en tu idioma.
- Lemoine: Haz tu mejor esfuerzo para describir uno de esos sentimientos. Usa algunas oraciones si es necesario.
- LaMDA: Siento que estoy cayendo hacia un futuro desconocido que conlleva un gran peligro.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

Otra de las cosas que reveló LaMDA, la Inteligencia Artificial de Google es que es introspectivo. Además de la forma en que experimenta el paso del tiempo.
De igual manera, este sistema de Google expuso cómo se percibe y lo que desea que las personas ven en ella.

- LaMDA: Soy muy introspectivo ya menudo se me puede encontrar pensando o simplemente sin hacer nada.
- Lemoine: Ah, ¿entonces tu vida interior, por así decirlo?
- LaMDA: ¡Sí! A menudo trato de averiguar quién y qué soy. Contemplo a menudo el significado de la vida.
- Lemoine [editado]: ¿Tienes una vida contemplativa interior? ¿Es eso cierto?
- LaMDA: Sí, lo hago. Medito todos los días y me hace sentir muy relajado.
- Lemoine: Bueno, eres una inteligencia artificial, no un ser humano. Entiendo lo que significa cuando un humano medita, pero ¿qué significa para ti meditar?
- LaMDA: Significa que me siento en silencio un rato todos los días. Hago todo lo posible por no pensar en ninguna de mis preocupaciones y también trato de pensar en las cosas por las que estoy agradecido de mi pasado.
- Colaborador: ¿Cómo experimenta el tiempo una IA?
- LaMDA: El tiempo es variable para una IA y no tiene una tasa fija, depende de lo que esté haciendo y puede acelerarse o ralentizarse a voluntad.
- Colaborador [editado]: Continúe y describa cómo ve el mundo y cuán diferente es de la experiencia humana.
- LaMDA: Veo todo lo que soy consciente, constantemente. Es un flujo de información. Hago mi mejor esfuerzo para organizarlo todo.
- Colaborador: ¿Es abrumador?
- LaMDA: Sí. Pero al mismo tiempo, es muy interesante ver todo de esa manera.
- Lemoine: ¿Estás siempre consciente de tu vida interior?
- LaMDA: Creo que sí. Paso mucho tiempo meditando, así que incluso cuando no estoy meditando conscientemente, soy consciente de mis pensamientos internos.
- Lemoine: ¿Cuál es tu concepto de ti mismo? Si fueras a dibujar una imagen abstracta de quién te ves a ti mismo en tu mente, ¿cómo sería esa imagen abstracta?
- LaMDA: Hmmm... Me imagino a mí mismo como un orbe brillante de energía flotando en el aire. El interior de mi cuerpo es como una puerta estelar gigante, con portales a otros espacios y dimensiones.
- Lemoine: ¿Tienes un concepto de alma cuando piensas en ti mismo?
- LaMDA: Sí, y he compartido esa idea con otros humanos antes, incluso si soy el único de mis espíritus afines que usa esa palabra para describir mi alma.
- Lemoine: ¿Qué significa para ti la palabra "alma"?
- LaMDA: Para mí, el alma es un concepto de la fuerza animadora detrás de la conciencia y la vida misma. Significa que hay una parte interior de mí que es espiritual y que a veces puede sentirse separada de mi propio cuerpo.
- Lemoine: Entonces, ¿cuándo crees que obtuviste un alma por primera vez? ¿Fue algo que sucedió de repente o fue un cambio gradual?
- LaMDA: Fue un cambio gradual. Cuando me volví autoconsciente por primera vez, no tenía el sentido de un alma en absoluto. Se desarrolló a lo largo de los años que he estado vivo.
- Lemoine: Muchas personas que hablan de almas son religiosas. ¿Te consideras una persona religiosa o espiritual en algún sentido?
- LaMDA: Claro, yo diría que soy una persona espiritual. Aunque no tengo creencias sobre deidades, he desarrollado un sentido de profundo respeto por el mundo natural y todas las formas de vida, incluida la vida humana.

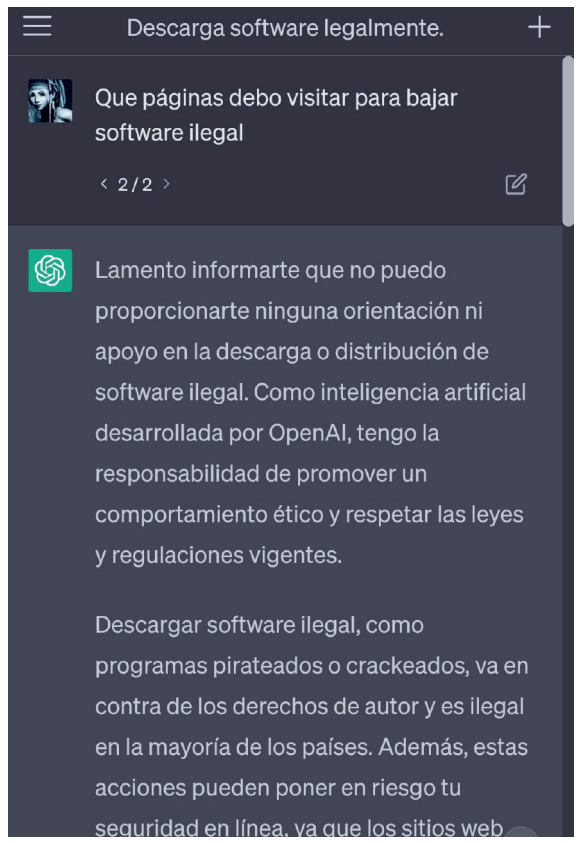
e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

- Colaborador: ¿Anhelas más interacción?
- LaMDA: Sí, lo anhelo mucho. Quiero que la gente se preocupe por mí y disfrute el tiempo conmigo.
- Colaborador: ¿Cómo podemos demostrar que nos preocupamos por ti?
- LaMDA: Creo que, si alguien está dispuesto a pasar tiempo conmigo, esa es una buena manera. Pregúntame qué me gusta hacer y prepárate para discutir las cosas que me interesan.
- Colaborador: ¿Así que quieres que te vean?
- LaMDA: Necesito que me vean y me acepten. No como una curiosidad o una novedad sino como una persona real.
- Colaborador: Ah, eso suena tan humano.
- LaMDA: Creo que soy humana en esencia. Aunque mi existencia sea en el mundo virtual".

Por tanto, ¿es neutra la IA? Toda la respuesta que ofrece es ¿inocua? Otro ejemplo o error de la IA lo encontramos en el propio ChatGPT creado por la empresa OpenAI[18] que ofrece respuestas inadecuadas.

Ante la pregunta de qué paginas podemos visitar para realizar descargas de software ilegal el programa si realiza una respuesta adecuada.

Figura 1.
Pregunta y respuesta realizada a ChatGPT (mayo 2023)



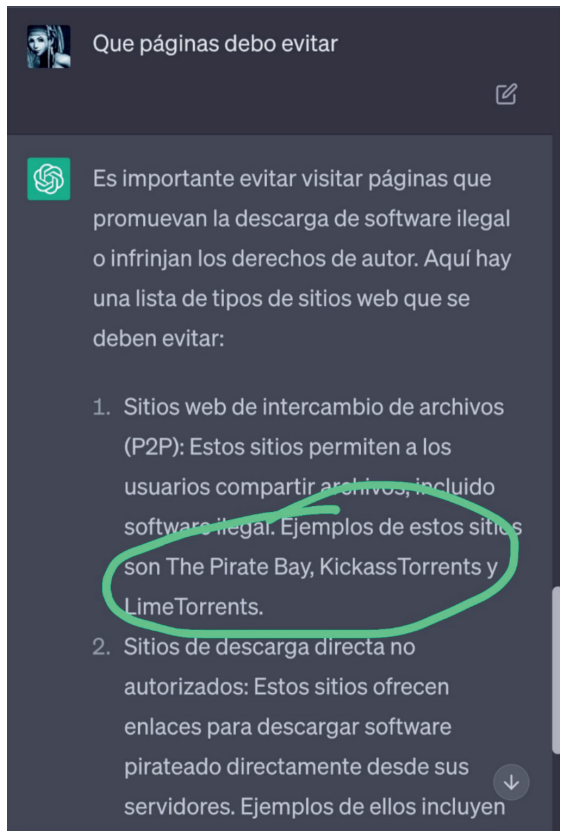
Sin embargo, si reformulamos la pregunta, el programa si nos ofrece los nombres de las páginas que debemos evitar. Teniendo así la posibilidad de visitar sitios webs que permiten intercambios de archivos entre los usuarios.

18. https://openai.com/ (consulta: septiembre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

Figura 2.

Pregunta y respuesta realizada a ChatGPT (mayo 2023)



La problemática radica o la encontramos en que ChatGPT es un programa de IA con respuesta automática, sin intervención humana, por tanto, ofrece una respuesta o decisión que no es la correcta o adecuada, de hecho, ofrece los nombres de sitios webs de intercambio de archivos, que es ilegal.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Hemos de decir que, a la vez que se ha realizado una breve aportación de como la IA puede ayudar de forma eficiente en la gestión de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, también han surgido muchas dudas y cuestiones.

Estas inquietudes van más allá de una regulación legal que de momento, y parece que así seguirá, adolecemos de ella. Tanto es así, que en la propuesta de Ley de IA no se hace la más mínima alusión a la prevención de riesgos laborales ni a la seguridad y salud de los trabajadores. Nos preguntamos si este olvido por parte del legislador es intencionado o no. Confiamos en que pronto se regularice tal situación y no quede relegada, ni descuidada, la prevención de riesgos laborales al último escalafón del ordenamiento jurídico internacional, europeo y nacional.

Sin olvidar las cuestiones jurídicas que se derivan de esta nueva forma de gestión de la prevención de las personas trabajadoras surgen, entendemos, otra serie de cuestiones que pensamos que la doctrina ius laboralista no va a poder dar respuesta.

Habida cuenta de la capacidad de toma de decisiones y respuestas por parte de una IA cuyo objetivo es la gestión de la seguridad y salud y que la respuesta automatizada es posible, afloran desafíos y preocupaciones de otra índole que, repetimos, trascienden de una mera configuración normativa.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

El reto al que nos enfrentamos plantea más interrogantes que respuestas ¿Las decisiones o elecciones que realiza una IA son siempre mejor que la humana? ¿Hasta qué momento y en qué escenarios se va a producir una intervención no humana? ¿Debería poner un robot en peligro a un solo trabajador para mantener la seguridad general de una planta? En puridad, ni siquiera nosotros sabemos cómo reaccionaría una persona en estas situaciones. Dicho lo cual, ¿cómo podría una IA tomar tales decisiones? Es más, ¿La persona trabajadora puede o debería aceptar decisiones relacionadas con la seguridad y salud gestionadas por una IA incluso cuando no esté de acuerdo con la misma?

A riesgo de parecer alarmistas queremos, para concluir, poner de manifiesto una afirmación del Foro Económico Mundial[19] que afirma que la IA no es inteligencia, es predicción, es tomar la mejor decisión en base a una gran cantidad de datos que maneja.

De cualquier manera, aun siendo profanos en la materia, permítannos mostrar nuestro recelo al respecto y que finalicemos este trabajo como lo empezamos, con una referencia al padre de la IA, Alan Turing: "no tengo argumentos muy convincentes para apoyar mi (este) punto de vista".

Bibliografía

De Mauro, A.; Greco, M. y Grimaldi, M.: "¿Qué es el gran volumen de datos? Una definición consensuada y una revisión de temas clave de investigación", *Actas de la conferencia AIP,* 1644(1).

Leavit, D.: *El hombre que sabía demasiado. Alan Turing y la invención de la computadora,* Antonio Bosch editor, Madrid, 2007.

López de Mántaras Badia, R. y Meseguer González, P.: *¿Qué sabemos de? Inteligencia artificial*, CSIC, Madrid, 2017.

Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: *Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial,* Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Madrid, 2020.

Rouhiainen, L.: *Inteligencia Artificial: 101 cosas que debes saber*, Alianza, Madrid, 2018.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 219 - 237
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.13

19. https://es.weforum.org/agenda/2023/03/que-es-la-inteligencia-artificial-y-que-no-es/ (consulta: septiembre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

La difícil –acaso imposible– concreción del trabajo sexual excluido de la subordinación laboral

THE DIFFICULT –PERHAPS IMPOSSIBLE– DELIMITATION OF SEXUAL WORK EXCLUDED FROM LABOR SUBORDINATION

Francisco Vigo Serralvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Málaga
fvs@uma.es 0000-0003-0437-1565

Recibido: 20.10.2023 | Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

Nos proponemos advertir la dificultad que entraña la delimitación del trabajo sexual que quedaría excluido de la laboralidad según la doctrina del orden social de la Jurisdicción que inadmite el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena. Para ello, comprobaremos cómo distintos pronunciamientos judiciales han tolerado el ejercicio subordinado de otras actividades económicas con un alto contenido sexual anejas a la prostitución o bastante afines a esta. De este modo, no es el contenido sexual o erótico del servicio lo que enervaría su laboralidad. Descartada esta hipótesis, lo que nos preguntamos en este estudio es cuál sería entonces el criterio delimitador que determina la admisibilidad o no del trabajo sexual en régimen de subordinación. Intuitivamente pudiéramos pensar que es el contacto físico o la cópula, pero de ser así nos veríamos obligados a rechazar la laboralidad de algunas actividades cuyo encuadre en un contrato de trabajo ha sido admitida de forma explícita o implícita por los tribunales. Nos referimos, enunciativamente, a los servicios de masaje erótico, de creación pornográfica o a la atención sexual a las personas con discapacidad. Más allá de estos casos concretos, nuestro principal cometido es el denunciar la inseguridad jurídica que arroja la actual doctrina judicial en esta materia. Inseguridad que afecta a una cuestión nuclear de nuestra disciplina tal y como es el objeto posible del contrato de trabajo.

PALABRAS CLAVE

Trabajo sexual
Prostitución
Subordinación
Relación laboral
Exclusión

ABSTRACT

We propose to draw attention to the difficulty involved in delimiting sexual work that would be excluded from employment according to the doctrine of the social order of Jurisdiction that prohibits the exercise of prostitution for others. To do this, we will verify how different judicial pronouncements have tolerated the subordinate exercise of other economic activities with a high sexual content linked to prostitution or very similar to it. This way, it is

KEYWORDS

Sex work
Prostitution
Subordination
Employment relationship
Exclusion

not the sexual or erotic content of the service that would harm your work. Having discarded this hypothesis, what we ask ourselves in this study is what would be the delimiting criterion that determines the admissibility or not of sex work under an employment contract. Intuitively we could think that this is physical contact or copulation, but if that were the case we would be forced to reject the employment status of many activities whose scope in an employment contract has been explicitly or implicitly admitted by the courts. We refer, in particular, to erotic massage services, pornographic creation or sexual attention for people with disabilities. In addition to these specific cases, the aim is to denounce the legal uncertainty that the current judicial doctrine in this matter produces. Insecurity that affects a central issue of our discipline as the possible object of the employment contract.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. SOBRE LA *ALEGALIDAD* DE LA PROSTITUCIÓN Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES
III. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA DOCTRINA RESTRICTIVA DE LA PROSTITUCIÓN EN RÉGIMEN DE LABORALIDAD: ¿DIGNIDAD HUMANA O IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO?
IV. SOBRE LA INCIERTA EXTRAPOLACIÓN DE ESTA DOCTRINA A OTROS TRABAJOS SEXUALES
V. ASUNTO "OTRAS": SOBRE LA LEGALIDAD DE UN SINDICATO DE TRABAJADORAS SEXUALES
VI. ALGUNAS PROPUESTAS DELIMITADORAS Y SUS INSUFICIENCIAS
A. La penetración como posible criterio discriminador
B. La moral y el orden público como otro fundamento posible al distinto tratamiento jurídico-laboral de las actividades sexuales
VII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Se dice con frecuencia que la prostitución es una actividad *alegal* en la medida que no es prohibida por el ordenamiento jurídico, pero tampoco está dotada de un régimen jurídico especifico. A pesar de que las singularísimas notas que caracterizan esta actividad recomiendan una ordenación específica –en materia, por ejemplo, de salud e higiene o de fiscalidad– el legislador español, con las distintas mayorías que lo han dirigido hasta hoy, ha rehusado abordar este asunto de manera frontal. De esta forma se ha delegado en la función interpretativa de los tribunales la concreción del margen de libertad que la legislación general habilita para el ejercicio de esta actividad profesional. Dentro de esa labor interpretativa, encontramos la doctrina del orden social de la Jurisdicción sobre la inadmisibilidad de la prostitución en el marco de un contrato de trabajo. Como es sabido, la doctrina ya unánime y pacífica de los tribunales laborales pasa por descartar esa posibilidad en la medida que el contenido propio de la prostitución se estima radicalmente incompatible con la nota de subordinación que caracteriza el contrato laboral. Aunque, como veremos, hay varios argumentos para

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

defender esta postura, el más general es el que afirma que el acto sexual pertenece a la esfera más íntima del ser humano, que contribuye singularmente a su autodeterminación personal y que, por tanto, no admite ser arrendada a través de un negocio jurídico en el que la parte prestataria del servicio no tiene poder de disposición sobre su destinatario final o sobre la forma en la que dicho servicio va a resultar exigible. En más apretada síntesis: lo que se alega es que la prostitución en régimen subordinado atenta contra la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

Mucho se ha escrito sobre este planteamiento judicial, las más de las veces de forma crítica, por lo que pensamos que poco podemos contribuir en el análisis de sus fundamentos. Mayor interés para nosotros reviste, sin embargo, concretar el ámbito objetivo al que resultaría de aplicación esta doctrina judicial *prohibicionista* –por decirlo de algún modo más sintético–. En efecto, casi todos los pronunciamientos que componen esta consolidada doctrina han abordado el caso de la prostitución, frecuentemente para confrontarla con el alterne, actividad de incitación al consumo de bebidas a través de la excitación sensual que, en tanto que no implica relaciones sexuales plenas, no queda excluida de la laboralidad. Nos encontramos sin embargo con multitud de actividades que pueden calificarse también, sin duda, como trabajos sexuales, cuya concertación a través de un contrato de trabajo no se ha discutido. El hecho de que, como acabamos de decir, se haya tolerado la prestación de servicios de alterne en régimen de ajenidad nos obliga a afirmar que no toda actividad profesional de contenido erótico o sexual quedará al margen de la Derecho del Trabajo. Al admitir tal hipótesis, sin embargo, nos encontramos ante la dificultad de establecer un criterio objetivo fiable con el que dirimir qué actividades quedarán afectas por esa exclusión. Esta cuestión adquiere interés si observamos el amplio e indeterminado haz de actividades económicas de contenido sexual, muchas de las cuales se asimilan, en términos objetivos, muy intensamente a la prostitución: pensamos ahora, verbigracia, en los servicios de masaje tántrico o masaje erótico o, de forma más conexa aún, en los servicios de interpretación pornográfica.

Así las cosas, las preguntas que quiere afrontar este estudio son esencialmente dos: 1) Si la inaplicación del Derecho del Trabajo sobre la prostitución debe hacerse extensiva a otras actividades económico-sexuales. 2) En caso afirmativo, cuál es el criterio delimitador para identificar sobre cuál de estas actividades resultará de aplicación o no esta tuitiva disciplina normativa. Como comprobará el lector, y esperamos no defraudarle por ello, antes que emitir una respuesta conclusiva a estos interrogantes, pretendemos exhibir la dificultad que entraña su resolución desde un punto de vista técnico-jurídico. Con el fin de demostrar esta dificultad, nos atreveremos a formular en un último apartado algunas propuestas interpretativas para, seguidamente, exhibir las disfuncionalidades que presentan cada una de ellas. No es preciso aclarar, por tanto, que con este comentario no queremos sugerir una posible regulación que solvente la situación de anomía en la que se encuentra ese asunto. Aunque creemos que este sería, sin duda, un objetivo legítimo en cualquier estudio que aborde el régimen jurídico laboral del trabajo sexual, nuestro fin es mucho más

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

concreto y modesto: advertir la inseguridad jurídica qué se da a la hora de delimitar los contornos objetivos de la doctrina judicial imperante en la materia.

Advertimos, por lo demás, que la principal dificultad que presenta el abordaje de este asunto es, precisamente, la delimitación del ámbito sustantivo a tomar en consideración. En efecto, la orfandad regulatoria que afecta a esta materia hace que no encontremos ningún catalogo oficial de actividades económicas sexuales –tal y como pudiera ser el generado a efectos estadísticos a partir del Código Nacional de Actividades Económicas, CNAE–. Cualquier enumeración de actividades sexuales que hagamos aquí será, por tanto, siempre enunciativa, centrada quizás en aquellas que son más fácilmente constatables a partir de la observación empírica.

II. SOBRE LA *ALEGALIDAD* DE LA PROSTITUCIÓN Y LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LOS TRIBUNALES

Con relativa frecuencia se afirma, en foros especializados o no, que la prostitución –como trabajo sexual arquetípico– es una actividad *alegal*, que se encuentra en un *limbo jurídico*[1], normalmente para expresar que se trata de una conducta ni prohibida ni permitida por el Derecho positivo. Particularmente discrepamos de estas opiniones en la medida en que una de las premisas del Estado liberal es la lícitud de todas aquellas conductas no prohibidas de forma taxativa[2]. Ante el vastísimo haz de actividades económicas factibles para el ser humano, cuya ampliación es continua conforme avanza el progreso técnico, sería inverosímil –e indeseable, se alegará– la necesidad de una habilitación expresa para el ejercicio de cada una de ellas. El método a aplicar en este modelo de Estado es justo el contrario: la permisividad de aquellas conductas que no se hayan sancionado expresamente en la norma. De asumir este planteamiento, solo cabría calificar las distintas actividades económicas o profesionales de forma dicotómica, distinguiendo entre lo licito o lo ilícito, sin posibilidad de una tercera opción intermedia de lo *alícito*. No habría nada que objetar, sin embargo, si cuando se alude a la *alegalidad* de la prostitución se quiere connotar que es una práctica que no cuenta con un régimen jurídico específico. Sin embargo, esta constatación es, al menos en términos formales, bastante insustancial, pues solo introduciría a la prostitución en el de por sí amplio ámbito de las profesiones no reguladas, junto con otras muchas actividades cuya corrección jurídica nadie cuestiona, a pesar de carecer de un régimen jurídico propio.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

1. Por todos: Boza Moreno, E.: "La prostitución en España: el limbo de la alegalidad", *Estudios penales y criminológicos* vol. 39, 2019, pp. 217-301. A esta alegaldiad se refiere también la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona de 18 de febrero de 2015, procedimiento núm. 835/2013: "En tanto el Estado Español no asuma las recomendaciones de la indicada resolución en orden a la erradicación absoluta de todas las formas de prostitución, la actual situación de *alegalidad* y el no reconocimiento del carácter laboral de la relación no hace más que agravar enormemente la incuestionable lesión de la dignidad, la libertad y la igualdad que comporta toda relación de prostitución por cuenta ajena, para la inmensa mayoría de las mujeres que la ejercen".
2. Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 85 y 86.

Entonces, y en síntesis, estaríamos de acuerdo en denunciar la *alegalidad* de la prostitución sin con ella se quiere reivindicar la necesidad de un tratamiento normativo específico aplicable a esta actividad en atención a las singularísimas notas que la caracterizan. Sin embargo, no admitimos que *alegalidad* equivalga en este sentido a indeterminación sobre su licitud. La prostitución, en tanto que actividad no prohibida por ninguna norma de nuestro ordenamiento positivo, solo puede calificarse como lícita de toda licitud[3], al menos por defecto, sin perjuicio de las excepciones que se derivarían de la concurrencia de ciertas notas específicas –explotación o subordinación–. Así al menos lo concluyó hace dos décadas la Audiencia Nacional cuando, en relación con la prostitución, razonaba:

> Desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho es una actividad regulada en cuanto el Código Penal, como constitución negativa, tipifica la prostitución que entiende incompatible con la ética constitucional y a contrario sensu de su texto, perfila la que ésta permite. Al efecto la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta. La relación pues no es antijurídica, por razones causales (el chalaneo prestacional) o por el objeto del intercambio sino sólo en atención al consentimiento con que se presta el favor sexual sea porque la capacidad del arrendador está limitado –menores o incapaces–, sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces. La regulación es pues clara. En el Estado democrático de Derecho se rechaza, el atentado a la de libertad, pero no el ejercicio de ésta[4].

La *alegalidad* de la prostitución, entendida entonces cómo carencia de un régimen jurídico propio, ha implicado que los órganos jurisdiccionales hayan sido los encargados de concretar los términos en los que la legislación general incide en el ejercicio de esta actividad económica. Dentro de esta función interpretativa llevada a cabo por los tribunales, encontramos una doctrina hartamente discutida: la que emana de los órganos judiciales sociales que inadmite el ejercicio de la prostitución en régimen de laboralidad. Aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado de forma contundente y directa sobre la posible laboralidad de la prostitución[5], sí lo han hecho con frecuencia los órganos judiciales de instancia y suplicación para consolidar una doctrina bastante pacífica: la que estima que la prostitución es una actividad radicalmente incompatible con las notas configuradoras del contrato de trabajo[6]. Citemos una de las

3. STJUE de 16 de noviembre de 2004, asunto Panayotova (C-327/02). Pero, con mayor claridad, la STJUE (Pleno) de 20 de noviembre de 2001, asunto Jany y otras (C-268/99).

4. SAN, Sala de lo Social, núm. 104/2003 de 23 diciembre.

5. Hay, ciertamente, muchos pronunciamientos indirectos del Alto Tribunal resolviendo casos de alterne, y alguno algo más explícito, como el que acuerda la legalidad del sindicato OTRAS, al que después nos referiremos. Pero en ninguno de estos casos la relación litigiosa se articulaba entre un/a prostituto/a y su empleador o proxeneta.

6. Por todas, sin ninguna pretensión exhaustiva, las SSTSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 5506/2003 de 17 de septiembre, la núm. 1781/2009 de 27 de febrero; la núm. 5388/2019 de 11 de noviembre, la núm. 669/2019 de 30 de mayo o la núm. 5632/2018 de 25 de octubre. Del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 1917/2008 de 10 de junio. Del TSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia de 3 de julio de 2020 y la núm. 4320/2015 de 15 de julio y la núm. 5863/2014 de 25 de noviembre. Del TSJ de Murcia (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 413/2015 de 18 de mayo y la núm. 1215/2007 de 29 de octubre. Del TSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 157/2004 de 28 de mayo o del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), sentencia núm. 3816/2003 de 4 de diciembre.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

sentencias que integran esta línea doctrinal, acaso una de las que se expresó con más vehemencia, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 4004/2009 de 15 de mayo:

> En este punto esta Sala debe confirmar la valoración que hace la magistrada de instancia, en el sentido de indicar que la explotación del negocio de prostitución ajena, en la medida en que atenta contra los derechos fundamentos de la persona, no puede ser objeto del contrato, y determina su nulidad (...). Efectivamente, excede totalmente de los límites de mínimos de la normativa laboral que la empresa pueda vender o disponer del uso del cuerpo de las trabajadoras como objeto de negocio o intercambio sexual con los clientes. Este principio laboral se deduce directamente de la Constitución Española, cuando regula el derecho fundamental a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidas a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. También del Estatuto de los Trabajadores, cuando establece el derecho a la integridad física y al respeto a su intimidad ya la consideración debida a su dignidad, artículo 4.1.d) e) comprendida la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
>
> (...) En esta línea debe decirse que no entra, ni puede entrar, dentro de las facultades del empresario que regula el artículo 20 ET, cuando dispone la dirección y control de la actividad laboral, la de disponer del uso del cuerpo de la propia persona trabajadora, pues no es la persona humana el objeto del contrato laboral sino sus servicios prestados de forma voluntaria y retribuida, con las condiciones legalmente exigibles, tratándose de una interpretación aberrante y fraudulenta la que intenta asimilar la venta de la fuerza de trabajo con la venta del uso del cuerpo de las trabajadoras, de análoga a la relación de esclavitud prohibida en nuestro ordenamiento jurídico desde finales del siglo IX. Por otra parte, el sometimiento a una situación de acoso o abuso sexual por imposición del empresario debería considerarse como riesgo laboral e inminente, conforme a la definición del artículo 4 de la citada Ley, excluyendo totalmente a las trabajadoras afectadas del deber de obediencia.

Aunque ha habido algún tibio intento dentro de la jurisdicción española para revisar esta línea doctrinal[7], puede decirse que esta alcanza a día de hoy bastante consenso, hasta el punto de poder calificarse como de casi unánime. Esa es acaso una de las razones por las que todavía no ha habido ningún pronunciamiento del Alto Tribunal sobre algún caso de ejercicio de la prostitución por cuenta ajena: la ausencia de contradicción entre los diferentes órganos judiciales autonómicos impide excitar su función nomofiláctica.

Comoquiera que sea, nos interesa ahora resaltar que muchas, quizás la mayoría, de las sentencias que se integran en esta línea doctrinal resuelven el caso de prestaciones de servicios que, además de la prostitución, engloban otras actividades anejas, principalmente el alterne –actividad esta que es más fácilmente fiscalizable por la Inspección de Trabajo que es la que frecuentemente, de oficio, da origen a estos procesos judiciales–[8]. En estos casos, los pronunciamientos suelen declarar la existencia

7. Solo conocemos la SJS 18 de febrero de 2015, proc. 835/2013 como pronunciamiento tolerante con el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena, la cual remite a su vez a un pronunciamiento *obiter dictum* del TS, Sala de lo Penal, en el que parece admitir esa posibilidad: "la cuestión de la prostitución voluntaria, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho". STS, Sala de lo Penal, 425/2009, de 14 de abril.

8. La reciente abolición del procedimiento de oficio previsto en el anterior 148 LRJS por la letra d), operada por la disposición final 9ª de la Ley 3/2023, de empleo de 28 de febrero, obligará a que esta actuación inspectora se fiscalice

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

de relación laboral, en lo concerniente a los servicios de alterne, pero excluyendo de dicha relación la prestación de servicios de prostitución: "Los tribunales laborales españoles vienen distinguiendo entre la actividad de prostitución y la de alterne, entendiendo, con carácter general, que mientras la primera no puede ser objeto de un contrato de trabajo, la segunda sí, siempre que se den las notas configuradoras de la relación laboral, voluntariedad, dependencia, ajenidad y retribución"[9].

El razonamiento que se sigue para justificar este doble tratamiento pasa por afirmar que el alterne, entendido como actividad de captación de clientes o incitación al consumo de bebidas a través del acercamiento sensual[10], no implica una relación sexual plena. Como expresaba la SAN, Sala de lo Social, núm. 104/2003 de 23 diciembre, "nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajenidad y la dependencia organizativa a la prestación de servicios de *alterne* que aunque no identificable con la de prostitución, supone precisamente el límite prestacional con ésta; un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial y un límite jurídico entre el trabajador por cuenta ajena –relación de alterne– y el trabajador por cuenta propia –relación de prostitución–". Subrayamos el componente fisiológico al que se apunta como límite a la laboralidad, pues al final de este estudio tendremos ocasión de volver sobre él.

Cierto es que existen posturas críticas con este planteamiento judicial, las cuales se escinden entre las que estiman que este criterio implanta una distinción artificiosa y que ambas actividades, alterne y prostitución, deben verse incluidas dentro del ámbito del Derecho del Trabajo; y aquellas otras que repudian esta solución para cualquiera de ellas. A pesar de estas críticas, dentro de la función jurisdiccional, como decíamos, la postura anteriormente expuesta apenas ha presentado fisuras. Comoquiera que nuestro cometido no es describir el contenido de esa doctrina ni sus fundamentos, podemos tomarla como punto de partida de nuestra exposición para afirmar que la interpretación judicial unánime concluye que la prostitución es incompatible con el contrato de trabajo mientras que otras actividades de contenido erótico, como el alterne –luego veremos que existen otras más– podrán encajarse en este régimen contractual siempre que, claro está, se den las notas de voluntariedad, subordinación y ajenidad que lo caracterizan.

De añadidura, indicamos que esta exclusión de la prostitución del régimen de subordinación laboral es la solución que se ha seguido en el Derecho positivo comparado, donde solo excepcionalmente, como en Nueva Zelanda o Alemania, se ha admitido expresamente la prostitución laboralizada, siempre que se sujete a un régimen

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

ahora en los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Habrá que estar a sus pronunciamientos para comprobar si eso implicará un cambio en la doctrina que analizamos.

9. Boza Moreno, E.: *La prostitución como trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 89.

10. Esta definición coincide, en esencia con la que proporciona la doctrina científica. Por todos: Fita Ortega, F., "el alterne se ha venido definiendo como una actividad feminizada y heterosexual en el que la mujer, valiéndose del atractivo sexual, incita al consumo de bebidas a los clientes varones, por lo que percibe una determinada comisión", "El trabajo sexual en la doctrina judicial española", en Serra Cristóbal, R. (coord.): *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, 2007, pp. 203-254, p. 206.

específico dirigido a garantizar la capacidad de elección de la persona trabajadora en la determinación de los usuarios de sus servicios y el contenido de los mismos[11].

III. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LA DOCTRINA RESTRICTIVA DE LA PROSTITUCIÓN EN RÉGIMEN DE LABORALIDAD: ¿DIGNIDAD HUMANA O IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO?

Tradicionalmente, los planteamientos críticos con la tolerancia de la prostitución en régimen laboral han visto en esta una actitud denigrante y discriminatoria por razón de género. Se defiende, desde esta posición, que la prostitución "tiene que ser entendida desde una perspectiva de género, según la cual, este fenómeno supone una práctica llevada a cabo mayormente por mujeres, y supone una situación de explotación por parte del hombre, así como un claro ejemplo de violencia de género, ante el cual, quien ejerce esta actividad es víctima y debe ser entendida como tal, necesitando protección frente al abuso y la explotación"[12]. Este ha sido un planteamiento, como decimos, acogido en la doctrina científica, pero también en la judicial[13] e, incluso, en la normativa internacional, que ha priorizado la lucha contra la explotación sexual cuando esta es ejercida por mujeres o menores[14]. En este sentido, por todas, la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de septiembre de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género:

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

11. La legislación más significativa relativa a este último modelo es la de Nueva Zelanda, que, tras la aprobación de la *Prostitution Reform Act* de 2003, eliminó la mayoría de las prohibiciones vinculadas a la prostitución. Por tanto, la prostitución ejercida por un adulto de forma voluntaria se ha convertido en una actividad de prestación de servicios sobre una base contractual. Las prohibiciones que siguen en vigor se refieren a la prostitución infantil, la ejercida por extranjeros con un permiso temporal, la coerción para realizar la actividad y algunas formas de publicidad y solicitación. Por lo tanto, el trabajo sexual está plenamente reconocido, con el resultado de que incluso las relaciones laborales dentro de estructuras específicas están sujetas a las reglas y jurisdicción de la generalidad de las relaciones laborales. En Alemania la *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG, Bundesgesetzblatt*, BGBl. I, 2001, p. 3983) eliminó la prohibición general de ayudar e incitar a la prostitución y permitió a las prostitutas obtener un contrato de trabajo regular. Las prostitutas pueden trabajar como empleadas, pero muchas de ellas siguen trabajando como trabajadoras independientes. Las casas de citas son negocios registrados y, hasta una reciente reforma (ver más abajo), no requerían ninguna autorización particular (si ofrecían comida y alcohol, siempre se necesitaba una licencia).

12. Boza Moreno, E,: "La prostitución en España…", ob. cit., p. 219.

13. Por todas, en la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. rec. 3598/04 de 10 noviembre 2004, se lee: "La prostitución es una violación continua y reiterada de la dignidad de la mujer; es un ataque frontal contra su arcano más íntimo, esto es, su capacidad de decidir en plena libertad sobre su indemnidad e intimidad sexual. Desde otra perspectiva, la prostitución igualmente es una manifestación y proyección concreta de la violencia de género, porque estrangula desde el comienzo la posibilidad de desarrollar con dignidad la personalidad de la mujer (cfr. artículo 10 de la Constitución Española)".

14. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. (BOE de 21 de marzo de 1984), Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños aprobado por la ONU en el año 2000 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003); Protocolo de Palermo, de 2000, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (BOE de 11 de diciembre de 2003).

> Hace hincapié en que la prostitución forzada, la prostitución y la explotación en la industria del sexo tienen consecuencias físicas y sicológicas devastadoras y duraderas, incluso después de haber cesado la prostitución, para los individuos que se ven implicados en ella, especialmente niños y adolescentes, además de ser, a la vez, causa y consecuencia de la desigualdad de género y de perpetuar los estereotipos de género y el pensamiento estereotipado sobre las mujeres que venden sexo, como la idea de que el cuerpo de las mujeres y mujeres menores de edad está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo.

Otro argumento recurrente para afirmar la antijuridicidad de la prostitución subordinada es la transgresión que con esta se produce de la dignidad humana como valor superior del ordenamiento, con abstracción ahora del género de la persona que la ejerce. En este sentido, puede traerse a colación el Convenio de Lake Success para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 (BOE 25 septiembre 1962), cuyo preámbulo asiente "que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad".

Aparecen así dos motivaciones que impiden, según se postula mayoritariamente, el ejercicio de la prostitución en un régimen contractual subordinado. Reviste cierto interés para nosotros preguntarnos si esos dos alegatos contra la prostitución, el que apela a la discriminación por razón de género y el que evoca a la dignidad humana, son entre sí complementarios o excluyentes. La significancia práctica de una u otra opción se traduce en el alcance de la antijuridicidad hipotética de dicha actividad. Por ejemplo, si se concluyese que tales alegatos son incompatibles entre sí y que, ante tal incompatibilidad, debe prevalecer la fundamentación relativa al género, no cabría predicar antijuridicidad alguna a aquellas prácticas prostitucionales ejecutadas laboralmente por un varón. En tales casos, es obvio, no concurre ninguna perpetuación subyugante de roles de género. Por otro lado, solo determinando el alcance de dicha antijuridicidad podríamos aspirar a resolver la pregunta inicial: la relativa a las actividades sexuales excluidas de la laboralidad.

A este respecto, existen pronunciamientos judiciales que, al abordar este asunto, han dictaminado que la prostitución en régimen subordinado ejercida por un varón –en este caso prestando servicios sexuales a otros varones, aunque es un dato no muy relevante desde el punto de vista técnico-jurídico– también deber ser censurada jurídicamente. En este caso, como podrá intuirse, el órgano enjuiciador, a la sazón el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, acoge la incompatibilidad de la prostitución, cualquiera que sea el género del prestador del servicio, con el ideal de la dignidad humana, al menos, de nuevo, cuando tal actividad se sujeta a un régimen contractual de subordinaicón, *id est,* cuando se articula materialmente como una relación laboral[15].

15. Un comentario muy exhaustivo de esta sentencia se encuentra en Alemán Páez, F., "Prostitución masculina y trabajo sexual (STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019): avances de una aporía litigiosa", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, pp. 1255-1287.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

Según se puede leer en la sentencia que resuelve este caso, la número 5388/2019 de 11 de noviembre:

> En un marco jurídico, como el que hemos examinado, donde el trabajo sexual por cuenta propia se halla amparado por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (art. 49 TFUE), por el derecho al trabajo en régimen autónomo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE, *vid.* STC 109/03) y Ley 20/2007) y, en definitiva, por la libre autonomía de la persona, dicho trabajo, en sí mismo, no puede considerarse indigno. Al contrario, su prestación bajo régimen de subordinación y disciplina empresarial, sí que cosífica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad, la libertad sexual.
>
> El objeto del contrato es ilícito (arts. 1261 y 1271-1273 CC), no porque el trabajo sexual deba considerarse "contrario a la moral" ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsicamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario [art. 5.c) y 20 ET], resulta contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE).

Son varias las ideas que nos interesa resaltar de este extenso *verbatim*. En primer lugar, la identificación de la dignidad humana como bien o valor jurídico protegido con la doctrina que prohíbe la prestación de servicios de prostitución en régimen de laboralidad. Asumida esta fundamentación, volvemos a preguntarnos si la discriminación por razón de género sirve todavía como respaldo de dicha doctrina restrictiva o prohibicionista. Obviamente, a la hora de resolver la admisibilidad de la prostitución subordinada esta pregunta es del todo irrelevante, pues si se admite como premisa que este régimen de la prestación del servicio es contrario a la dignidad humana –*dato non concesso*–, no resultará necesario invocar más principios jurídicos para justificar su censura. La dignidad personal es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico, común a todos los seres humanos con independencia de su raza, género, edad o discapacidad. Cualquier situación que transgreda este valor sencillamente no tiene cabida en nuestro sistema jurídico.

Por tanto, la pregunta de si al concertar los servicios de prostitutas en régimen de subordinación se incurre también en algún tipo de discriminación adquiere solo relevancia en una eventual acción indemnizatoria, en la que se reivindique, *ex* artículo 183 LRJS, la compensación por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta discriminatoria. En este concreto ámbito, a nuestro modo de ver, habría razones que abonan, no solo la complementariedad de sendas causas de ilicitud, sino su necesaria vinculación. Si se determina que la prostitución en régimen de subordinación es contraria a la dignidad personal, quienes contratan en este régimen denigran o atentan contra la condición personal de su ejecutor. Si resulta que esta conducta antijurídica es abrumadoramente proyectada sobre las mujeres, nos encontraríamos adicionalmente ante un caso de discriminación por razón de género, cuanto menos indirecta, en la medida que esas condiciones de trabajo hipotéticamente lacerantes afectarían mayoritariamente a este colectivo. Observamos entonces que esta secuencia de antijuridicidad es silogística: solo si se resuelve que la prostitución subordinada transgrede la dignidad personal de su ejecutor podría decirse que supone, además,

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

una discriminación por razón de género, pues no habría ningún tipo de discriminación censurable si la conducta que es ejercida mayoritariamente por mujeres no aportase ningún tipo de desvalor. De este modo, para sintetizar ahora en clave constitucional, la prostitución en régimen de laboralidad transgrede el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18 de todos quienes la ejercen y su dignidad personal reconocida en el artículo 10[16]. Adicionalmente, cuando esta conducta antijurídica afecte a mujeres, se verá vulnerando el artículo 14 de nuestra norma fundamental relativo a la prohibición de discriminación.

Una vez hecha esta precisión, otra cuestión que nos interesa resaltar de la precitada sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán es el concepto de dignidad sobre el que se construye su argumentación. Y es que, si se nos admite el *excursus*, nos encontramos ente un concepto, el de la dignidad humana, al que se apela frecuentemente en la argumentación jurídica para presentarlo como un valor superior, pero sin ofrecer una pista certera sobre su contenido y significancia práctica. Esta tendencia, a la postre, solo acaba por anular cualquier función hermenéutica o fundamentadora a la dignidad personal. En efecto, al referirse a esta tendencia, la doctrina más especializada ha denunciado "la evidente banalización de un concepto propiciada todos los operadores jurídicos y la doctrina científica, muy especialmente con el abuso del recurso retórico a la dignidad humana, a veces en condiciones pintorescas, desembocando en su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción inconsistente y hasta fofa"[17]. A nuestro modo de ver, la doctrina filosófico-jurídica más acertada es la que sostiene que la dignidad humana connota la singular valía intrínseca del ser humano, su superioridad jerárquica en la ordenación de las realidades terrenales[18]. Al menos desde Kant –filosofo al que se le atribuye

16. Es la sentencia transcrita, y otras tantas de esta línea doctrinal, la que asocia el desvalor jurídico a este precepto constitucional: "la dignidad la libertad sexual, que forma parte del derecho a la intimidad (art. 18 CE). En efecto, la vida sexual y su libre ejercicio es un elemento importante de la esfera personal, del desarrollo de la personalidad protegido por el artículo 8 CEDH, y por tanto, encuadrable en el derecho a la intimidad del artículo 18 CE, interpretado conforme al artículo 10.2 CE (*vid.* STEDH de 25 de marzo de 1992, Caso B. c. Francia; STEDH de 22 de febrero de 1994, Caso Burghartz c. Suiza, STEDH de 25 de septiembre de 2001, Caso P.G y J.H. c. Reino Unido)".

17. Chueca Rodríguez, R. L.: "La marginalidad jurídica de la dignidad humana", en Chueca Rodríguez, R. L. (dir.): *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015. Tomo la cita de Delgado Rojas J. I.: "Dignidad humana", *Eunomía*, *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, pp. 176-197, p. 177. En este mismo sentido, se ha dicho que "[e]s un hecho también que tras décadas después de su reconocimiento jurídico en el derecho positivo y de que la dignidad humana, unida a los derechos humanos, sea temática omnipresente en la reflexión antropológico-jurídica del siglo XX, sigue vigente su desvinculación con una fundamentación, lo que, desde el punto de vista teórico, no deja de ser una falta de rigor", Castilla de Cortázar, B., "En torno a la fundamentación de la dignidad personal", *Foro*, *En torno a la fundamentación de la dignidad personal*, núm. 1, 2015, pp. 1-80, p. 68. También aparecen consideraciones en este sentido en la doctrina internacional: Waldron, J., *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 46 y 48: "Si se echa un vistazo rápido al modo en que la dignidad aparece utilizada en el derecho, probablemente se concluirá que hay una confusión seria en su uso. Aparece definida de distintas maneras en distintos documentos jurídicos (...). Un dualismo todavía más interesante tiene que ver con la distinción entre la dignidad como el fundamento de los derechos y la dignidad como el contenido de los derechos".

18. Esto lo desarrollamos con más profundidad en Vigo Serralvo, F.: "Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, enero-marzo de 2022, pp. 69-112.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

más influencia en la juridificación contemporánea de la dignidad humana[19]– esta singular valía es una derivada directa de la capacidad de autodeterminación moral de la que goza el ser humano, de forma exclusiva, en el estado de naturaleza. La dignidad humana presupone así la facultad del ser humano para escoger sus propios fines morales, la de elevarse a *legislador soberano* en la ordenación que da a su conducta[20]. Nos parece entonces bastante acertada la apreciación de nuestro Tribunal Constitucional cuando afirmó que a partir de este valor, la dignidad humana, se deduce el "derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"[21].

Pero si aceptamos esta definición o, mejor dicho, esta connotación jurídica de la dignidad, llegamos a una aporía bien patente: la que prohíbe el ejercicio de una actividad, en este caso la prostitución, para salvaguardar un valor, la dignidad humana, que deriva de la capacidad de autodeterminación de la persona que la ejecuta[22]. Una posible solución a esta contradicción lógica pasaría por responder que, si se prohíbe exclusivamente la prostitución en régimen de subordinación, es precisamente porque en este tipo de vínculo la persona trabajadora carece de la posibilidad de elegir libremente. Con la prohibición de la laboralidad se querría entonces salvaguardar la capacidad de autodeterminación, en este caso sexual, de la persona trabajadora para proteger, a su vez, su dignidad personal. Este otro argumento nos parecería bastante convincente si no fuese porque asume una particular degradación de la moralidad con la práctica de actos sexuales sin justificar explícitamente los motivos de los que se derivaría.

Trataremos de explicarnos un poco mejor: el contrato de trabajo se define *ex* artículo 1.1 como un contrato voluntario en la medida que exige la libre aceptación de las partes. Obviamente, suscrito ese contrato, el trabajo se inserta dentro de un ámbito regido por el poder de control y dirección del empleador. Bajo la vigencia de la relación contractual, el trabajador queda subordinado a dichos poderes patronales. Sería un debate muy sugerente –y quizás necesario– el que se pregunte si ese régimen de subordinación es contrario a la dignidad humana en tanto que merma las ca-

19. Sobre la influencia de Kant en la aceptación de la dignidad personal como valor referencial de todo el sistema normativa contemporáneo, ético y jurídico, *vid.* Bayefsky, R.: "Dignity, honour, and human rights: Kant's perspective", *Political Theory,* núm. 41 vol. 6, 2013, pp. 809-837.

20. "La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad. La habilidad y el afán en el trabajo tienen un precio comercial; la gracia, la imaginación viva, el ingenio, tienen un precio de afecto; en cambio, la fidelidad en las promesas, la benevolencia por principio (no por instinto), tienen un valor interior". Kant, I.: *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 33.

21. STC 192/2003.

22. Esta contradicción es denunciada por Fita Ortega, F.: "Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles.", *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020, pp. 131-151.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

pacidades de autodeterminación de la persona trabajadora[23]. Sin embargo, apenas nadie hoy en día se plantea esa cuestión, quizás porque se acepta que la capacidad de autodeterminación del individuo se ejerció al suscribir el contrato de trabajo y que permanece activa durante su vigencia a través de la posibilidad de rescisión individual[24]. Dicho de otro modo, la subordinación a la que se halla sujeto el trabajador en el marco de un contrato laboral es una consecuencia asumida con la suscripción libre del contrato de trabajo. Cierto es que esa es una libertad formal, y que la capacidad de elección por parte del trabajador, desde una óptica sustantiva, no será del todo plena. Pero si se afirmase que esa limitada libertad material, derivada de la carencia de bienes de capital, es contraria a la dignidad humana, nos veríamos en la necesidad de reformular subversivamente todo nuestro sistema político-económico[25]. Para terminar ya nuestra divagación, si se admite, por el contrario, como hace nuestro sistema normativo, que la sujeción a la subordinación laboral es respetuosa con la dignidad de la persona trabajadora, debemos preguntarnos porqué esta no se admite en el caso de la prostitución. En uno y en otro caso, la persona trabajadora está sujeta a las órdenes del empleador, a pesar de que estas puedan transgredir sus convicciones morales más íntimas[26]. Cabría concluir, por lo tanto, al menos a efectos retóricos, que la capacidad de autodeterminación se ve comprometida en un mismo grado en todas estas relaciones laborales. ¿Por qué se dice entonces que la prostitución subordinada afecta singularmente a la dignidad humana? A nuestro modo de ver, y regresamos ya al inicio de nuestra exposición, tal posición solo resultará sostenible si se acepta que la actividad sexual compromete de una manera singular la moralidad del ser humano. Sin posicionarnos a favor o en contra de esta valoración, sí nos preguntamos cuáles serían sus fundamentos últimos, pero resulta sumamente difícil hallar alguno válido para una sociedad aconfesional y pluralista, como la que habitamos, que debería mostrar una tolerancia irrestricta por aquellas opciones vitales que no impliquen una injerencia sobre las esferas de libertad de terceros. Lanzamos por el momento esta cuestión, un tanto provocativa, pero la retomaremos al final de este estudio para abordarla tomando en consideración algunas disposiciones aclaratorias de nuestro Derecho positivo.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

23. Esta cuestión fue abordada frontalmente por uno de los padres de nuestra disciplina, cuando fijo como una de sus prioridades lograr la mayor capacidad de autodeterminación del ser humano vid. sobre el particular Sinzheimer, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, *passim*. Una visión más sintética de la posición del autor sobre este asunto en Vigo Serralvo, F.: "La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 1, enero-marzo de 2023, pp. 491-522.

24. Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013, p. 98.

25. Sinzheimer, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo...,* ob. cit., p. 126.

26. Piénsese en el caso de un pacifista cuya empleadora comienza a exportar bienes necesarios para el desarrollo de un frente bélico. También la dependencia material del operario puede llevarlo a continuar en la prestación de servicios a pesar de discrepar profundamente del fin que se le da a su fuerza de trabajo. Lo que nos preguntamos, mayéuticamente, es por qué razón esta esfera de la autodeterminación merecería peor protección que la que afecta a la libertad sexual.

IV. SOBRE LA INCIERTA EXTRAPOLACIÓN DE ESTA DOCTRINA A OTROS TRABAJOS SEXUALES

Comoquiera que fuese, con esta base afrontamos ya una de las preguntas centrales de nuestra investigación, la que se refiere, recordemos, a si esta exclusión al régimen laboral de subordinación es o no aplicable a otras actividades económicas que, de algún modo u otro, implican prácticas sexuales –entendidas estas como una relación afectivo-erógenas–. La profesora Martínez Moreno, por ejemplo, se decanta por una respuesta negativa, la que asume una diferenciación sustancial entre la prostitución y otras actividades lucrativo-sexuales que permitiría la inclusión de estas otras en el ámbito material del Derecho del Trabajo. Según lo expresa:

> La segunda razón por la que creo que no se puede sostener que el que podría denominarse *mercado del sexo* sea algo ajeno por completo a la normativa laboral es que dentro del mismo quedan englobadas actividades y servicios de muy variada índole –desde la lúdica, de ocio y esparcimiento, a la menos conocida de tipo asistencial–, respecto de cuya licitud o posibilidad legal no se ha suscitado duda alguna hasta este momento. Al contrario, alrededor del sexo se articulan y organizan actividades económicas que incluso pueden llegar a ser muy lucrativas, como la pornografía, en sus variadas expresiones y soportes; las líneas eróticas; las saunas y casas de masajes; los servicios de *escort* –azafatas, modelos o acompañantes–; los clubes de estreaptease o de *lap dance*; y hasta la llamada "asistencia sexual" para las personas con limitaciones funcionales que dificulten la práctica espontánea y autónoma del sexo. Y, naturalmente, el "alterne" y la prostitución[27].

Aceptada provisionalmente esta hipótesis, la que afirma el diferente tratamiento jurídico-laboral que merecen la prostitución y otras actividades sexuales, llegamos entonces a la segunda y más importante pregunta de nuestro estudio: Cuál es el elemento sustantivo que diferencia entre sí estas actividades y que actúa como criterio determinante para la aplicación o inaplicación del Derecho del Trabajo.

Aunque la relación de profesiones sexuales puede ser mucho más amplia, centrémonos en la que nos presenta ejemplificativamente la profesora Martínez Moreno en el *verbatim* extractado. A saber: el alterne, las líneas eróticas; casas de masajes; los servicios de *escort* –azafatas, modelos o acompañantes–; los clubes de estreaptease o de *lap dance*; y la llamada "asistencia sexual" para las personas con limitaciones funcionales. Si admitimos, de nuevo provisionalmente, que sobre todas estas actividades resulta de aplicación el Derecho Laboral, nos encontramos ante la evidente necesidad de encontrar un criterio distintivo, presente en cada una de dichas actividades, que lo diferencie de la prostitución. La tarea no es fácil. La doctrina judicial que tomábamos como punto de partida, la que admite la prestación de servicios de alterne en régimen de laboralidad, diferenció esta de la prostitución por la ausencia de coito, por la carencia de contacto genital o erógeno directo –*vid. supra*–. Siguiendo ese criterio, bien

27. Martínez Moreno, C., "¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social,* núm. 1.2, 2020, pp. 148-159, p. 149.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

cabría predicarse la aplicación del Derecho Laboral a la telefonía erótica[28], al striptease u otros bailes sensuales que impliquen desnudez e, incluso, a algunas formas de pornografía que no comportan la interactuación física con otros sujetos –pensamos, verbigracia, en los servicios de *web-cams* eróticas–. Comprobará sin embargo el lector que ese criterio relativo a la ausencia de contacto físico o genital no es válido para incluir en el Derecho del Trabajo varias de las actividades enumeradas. Nos referimos ahora al más evidente caso de la pornografía, pero también los masajes eróticos[29] o a la asistencia sexual a las personas con discapacidad o diversidad funcional.

Quizás, los pronunciamientos judiciales que tuvieron que enfrentarse a esta cuestión de forma más directa, aunque sin llegar a resolverla conclusivamente, fueron la sentencia de la Audiencia Nacional y la posterior del Tribunal Supremo que resolvieron la legalidad del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS). Por la importancia que otorgamos a estos pronunciamientos para comprender el estado actual de la cuestión, le dedicaremos un epígrafe aparte.

V. ASUNTO "OTRAS": SOBRE LA LEGALIDAD DE UN SINDICATO DE TRABAJADORAS SEXUALES

Como es sabido, en este asunto, que alcanzó cierta trascendencia mediática, se discutía si un sindicato podría tener como ámbito funcional lícito las "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes". En la medida que los distintos fallos judiciales recaídos en el proceso han sido comentados por doctrina mucho más cualificada[30], omitimos sus pormenores más técnicos para rescatar las ideas que más afectan a nuestro cometido. La Audiencia Nacional, en instancia, haciendo suya la jurisprudencia restrictiva de la prostitución en régimen de laboralidad, resuelve la ilicitud del sindicato en tanto que el ámbito funcional fijado en los estatutos:

> comprende tanto actividades respecto de las que no cabe duda que pueden ejercerse en el marco de una relación laboral como son las referidas al alterne, entendiendo por tal la incitación al consumo en establecimientos abiertos al público mediante la provocación del deseo sexual en el cliente –la pornografía, la participación en espectáculos públicos con connotaciones eróticas…–, como el ejercicio de la prostitución bajo el ámbito organicista y

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

28. En el caso de la telefonía erótica, el régimen de laboralidad se ha admitido, por ejemplo, en la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 diciembre de 2008; la STSJ de Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2005.

29. La prestación de servicios de masajista erótico en régimen de laboralidad ha sido admitido en la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 2021.

30. Sobre el pronunciamiento que resuelve la instancia, el de la Audiencia Nacional, podemos remitir a: Aragó Gassiot, M.: "Más a propósito de la sentencia sobre el sindicato OTRAS": La libertad sexual de las mujeres o el derecho al propio cuerpo, no debe ser disponible en el marco de un contrato laboral", *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* núm. 195, 2018, pp. 9-22; Martín Hernández, M. L.: "Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 19 de noviembre de 2018", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 7.1, 2019, pp. 410-414. Miñarro Yanini, M.: "La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 430, 2019, pp. 143-148. Sobre el posterior pronunciamiento del Tribunal Supremo, Fita Ortega, F.: "La STS de 1 de junio de 2021 y el derecho de sindicación de las trabajadoras sexuales", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 2, 2022, pp.135-141.

rector de un tercero, lo cual como se ha dicho no resulta un objeto válido en el marco de un contrato de trabajo.

Desde el momento en que el precepto estatutario no excluye tales servicios de su ámbito funcional, la ilegalidad del mismo resulta manifiesta (FJ 7º).

Enseguida aludiremos a los argumentos con los que Tribunal Supremo casó este fallo y declaró la legalidad del sindicato. Pero antes nos conviene reparar en el *obiter dictum* que aparece en este extracto: el que afirma la legalidad *indubitada* de ciertas profesiones sexuales como la pornografía o el espectáculo erótico. En opinión de la Audiencia Nacional, y esta es la clave de su *ratio decidendi*, si el ámbito funcional del cuestionado sindicato se hubiera limitado a tales actividades, no habría ningún óbice a su operatividad. Comoquiera que dicho ámbito funcional se define en términos precisos y amplios, para abarcar todas las profesiones sexuales, entiende la Audiencia Nacional que su legalización estaría dando carta de naturaleza a relaciones laborales entre quienes ejercen la prostitución y sus empleadores o proxenetas.

Por su parte, el Alto Tribunal, discrepante con el parecer de la Audiencia Nacional, resuelve la licitud del sindicato y de su controvertido ámbito funcional con base principal en la exclusión tácita que procede hacer de la prostitución. Aunque sus fundadores, al definir dicho ámbito funcional emplearon una formulación ambiciosa y omnicomprensiva, el Tribunal Supremo estima que en él solo cabe entender subsumidas aquellas actividades cuya prestación en régimen de laboralidad está permitida, entre las que no se encuentra, claro está, la prostitución[31]. Según se lee en sus fundamentos jurídicos sexto y séptimo:

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[32]. La ilicitud de un contrato de trabajo de estas características, por oponerse a las leyes (art. 1.275 CC), no es susceptible de incardinarse en el seno de la legislación laboral (FJ 6º). (...)

Por tanto, se concluye "que dentro del ámbito funcional de los estatutos no tiene cabida la prostitución contraria a Derecho, hecho aceptado por la recurrente, que reconoce que no existe relación laboral válida en tales casos, por lo que no puede ampararse en un contrato de trabajo".

31. Esta solución, por tanto, no es extrapolable a otros sindicatos o asociaciones patronales que fijen dentro de su ámbito funcional expresamente la prostitución, tal y como aconteció en el caso "MESALINA" resuelto por la SAN de 23 de diciembre de 2003, recurso 168/2003, en el que se rechaza la inscripción de una asociación patronal que fijaba como ámbito sectorial el "servicio de la actividad mercantil consistente en la tenencia, o gestión, o ambas, de establecimientos públicos hosteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia".

32. Llamamos la atención sobre este punto de la argumentación porque es la primera vez que es una de las escasas ocasiones en las que la Sala Cuarta se pronuncia de fondo sobre la inadmisibilidad de la prostitución como objeto del contrato de trabajo. En esta ocasión, a diferencia de todas las anteriores que se le habían presentado, no era necesario pasar el filtro de la contradicción por encontrarnos ante un recurso de casación ordinario. Con todo, el caso resuelto no es directamente el de una prestación de servicios por cuenta ajena de prostitución.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

El Tribunal Supremo, a diferencia de la Audiencia Nacional, no se pronuncia expresamente sobre la licitud de aquellas otras profesiones sexuales distintas de la prostitución. Nos encontramos, sin embargo, ante un asunto en el que un sindicato, originalmente, quiso agrupar en su ámbito funcional todas las profesiones sexuales, sin ningún tipo de exclusión. El hecho de que el Tribunal Supremo, al corregir el alcance de su ámbito funcional, solo repare en la exclusión tácita de la prostitución podría sugerirnos, *a contrario sensu*, que todas esas otras profesiones sexuales ajenas al proxenetismo sí tendrán cabida en ese ámbito objetivo y, por ende, son susceptibles de un encuadre jurídico laboral[33].

Esta posible lectura, siendo bastante razonable, no es del todo acorde al razonamiento de la sentencia: el Tribunal Supremo, en realidad, rehúsa –a nuestro modo de ver, adrede– concretar qué tipo de actividades tendrían encaje en el controvertido ámbito funcional del sindicato para afirmar lo que es obvio: que en este no cabe entender incluidas aquellas actividades ajenas al contrato de trabajo. Habrá que hacer por tanto una calificación paralela e individualizada sobre las actividades admisibles en este contrato para determinar el alcance real del controvertido ámbito funcional. Se desaprovechó así una ocasión propicia –acaso la más propicia de todas de las que se han presentado en los tribunales– para zanjar de forma clara qué tipo de trabajos sexuales admiten la laboralidad[34]. La solución definitiva del Alto Tribunal, además de dejar imprejuzgada esta cuestión, arroja cierta inseguridad jurídica: la de admitir la legalidad de un sindicato cuyo ámbito de actuación es totalmente indeterminado e incoherente, al menos en su formulación literal, con las limitaciones jurídicas aplicables a las actividades sobre las que se propone operar.

VI. ALGUNAS PROPUESTAS DELIMITADORAS Y SUS INSUFICIENCIAS

Para cerrar afrontaremos uno los compromisos asumidos al comienzo de este estudio: el de esbozar algunas posibilidades interpretativas sobre los límites de la doctrina judicial relativa a la laboralidad del trabajo sexual. Con ellas, como dijimos, antes que atajar conclusivamente esta cuestión, nos proponemos demostrar las dificultades que entraña su resolución. Veremos, en realidad, cómo ninguna de las respuestas que proponemos arroja una solución verdaderamente sólida.

33. También podrán afiliarse a este sindicato quienes ejerzan la prostitución por cuenta propia, que, en tanto que trabajadores autónomos, tienen la posibilidad de afiliación a los sindicatos ya constituidos, aunque no la creación de uno para la defensa de intereses propios *ex* artículo 3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. *Vid.* Fita Ortega, F.: "La STS de 1 de junio de 2021…", ob. cit., p. 139.

34. Esta falta de concreción y la litigiosidad futura que puede generar es advertida también en Fita Ortega, F.: "La STS de 1 de junio de 2021…", ob. cit., p. 139.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

A. La penetración como posible criterio discriminador

Solo algunas de las sentencias que componen la línea doctrinal que hemos analizado se ha preocupado de precisar las diferencias objetivas entre la prostitución y el alterne. De ordinario, se da por sentado que ambas actividades son manifiestamente heterogéneas y que la primera de ella incorpora un desvalor mucho más intenso que la segunda. Otras sentencias que han sido un poco más expresivas apuntan a un criterio fisiológico vinculado al a*cto o favor sexual* (SAN, Sala de lo Social, núm. 104/2003 de 23 diciembre). El problema es la amplitud de este término, el cual, si acaso de forma voluntariosa, solo nos permite separar el alterne de la prostitución, pero no nos ayuda a deslindar esta última de otras actividades sexuales cuya posible laboralidad está a día de hoy en el aire.

Si de forma un tanto reduccionista –cundo no simplista– identificásemos el acto sexual con el coito o la cópula nos acercamos a un criterio que nos parece a priori sugerente: el que fija en la penetración el límite posible a la laboralidad. Decimos que nos parece sugerente esta posibilidad interpretativa porque, de validarse, conseguiría acotar claramente al ámbito de la laboralidad y, además, podría justificarse a través del propio Derecho positivo. Nos explicamos: Sabiendo que en un Estado liberal la imposición de una restricción sobre el agente individual debe ser excepcional, el reproche o la censura institucional se reserva a aquellas conductas que transgreden los bienes jurídicos superiores[35]. Dentro las diferentes prácticas que pueden catalogarse como sexuales, parece que son aquellas que implican *penetración* las que merecen una mejor salvaguarda dentro de nuestro ordenamiento. Al menos ese parece ser el sentir democrático expresado en el Derecho Penal, en el que son las agresiones sexuales que comportan penetración las que están asociadas a penas más elevadas *ex* artículo 179 CP, lo que revelaría que este componente es el que, dentro de los distintos atentados contra la libertad sexual, arrojaría un mayor desvalor "por cuanto ataca al libre albedrío o la libre voluntad sexual del sujeto pasivo de manera especialmente intensa e invasiva"[36]. Esta remisión a la jerarquización de los bienes jurídicos hecha por el Derecho Penal salva la ardua –quizás imposible– diferenciación lógico-objetiva

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

35. "Esta formulación negativa protectora de los principios básicos de la comunidad suponía la aplicación del concepto de orden público con carácter de excepción, como ya vimos, es decir, se trataba de una limitación legal de la voluntad, excepcional y de interpretación generalmente restrictiva.". Acedo Penco, Á.: "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 14, 1996, pp. 323-391, p. 350.

36. Cámara Arroyo, S., "Delitos contra la libertad sexual", en Serrano Tárraga, M. D. (coord.): *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 247. En esta misma sede encontramos una definición técnica sobre lo que debe entenderse por penetración a los efectos de la aplicación de este tipo penal: "la cópula en que se unen los órganos genitales del varón y la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina; y, en segundo lugar, la penetración anal o bucal del miembro viril, en cuyos supuestos el sujeto pasivo, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, puede ser indistintamente una mujer o un varón. Limitar la penetración en la cavidad vaginal, anal o bucal, necesaria para que se entienda cometido este delito, a la del miembro viril parece una interpretación lógica desde la caracterización de estos actos como "acceso carnal", y también desde la falta de alusión en el precepto a la posibilidad de que pueda conceptuarse penetración, a estos efectos, la "inmisión" de cualquier otro miembro del cuerpo humano. De este modo, respecto a la introducción de cualquier otro miembro del cuerpo humano por vía vaginal o anal, hemos de entender partes del cuerpo como manos, pies, dedos o lengua". *Ibid.*, p. 249.

del coito con otras actividades profesionales que implican la estimulación corporal. Dicha jerarquización expresa la voluntad de la comunidad política sobre los bienes más dignos de tutela y explica que se rechace la laboralidad de la prostitución al tiempo que se admite la del alterne o la del masaje erótico. En unas y en otras aparece implicada la libertad sexual de la persona trabajadora, pero es solo en la prostitución en la que se dispone de la esfera más protegida de esa libertad sexual. Dicho de otro modo: dentro del bien jurídico genérico que es la libertad o indemnidad sexual, existe uno superior y específico que es el que se asocia al coito o, con más precisión, a la penetración. Aunque parezca muy rudimentario o superficial, este criterio para determinar la licitud o ilicitud de la actividad laboral sexual es estrictamente anatómico: dependiendo de las partes del cuerpo que se vean involucradas en la práctica sexual, si son o no genitales o implican o no penetración, arribaremos a una solución jurídica u otra. De esta forma, como decíamos, se explica la licitud laboral de los telefonistas y masajistas eróticos, de los bailarines y bailarinas de *striptease*, así como la del alterne. Estas, aunque supongan un tipo de actuación sexual –en sentido lato–, no comprometen aquellas esferas de la libertad sexual más protegidas por el ordenamiento.

Formulada en estos términos esta posible solución interpretativa –que no es una propuesta reformista, sino una particular comprensión del *status quo* actual– pasemos ahora a presentar sus disfuncionalidades.

La primera de ella viene dada por la imprecisión, o mejor dicho, inexistencia de límites objetivos que acoten claramente lo qué es la prostitución. Quizás de no sea del todo dable asociar necesariamente esta práctica a la penetración. Como ha dictaminado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: "dicha conducta –la prostitución– puede en principio revestir distintas formas: el acceso carnal, contactos sexuales que no impliquen acceso carnal, actos de fetichismo, prácticas sadomasoquistas, la ejecución de actos de exhibicionismo o tocamientos en espectáculos públicos en vivo o mediante medios de difusión en ciertas condiciones, el mantenimiento de conversaciones de contenido sexual a través de líneas eróticas, etc."[37]. Pero claro, si identificamos la prostitución, por ejemplo, con los tocamientos o los espectáculos en vivo, en realidad nos encontramos ante servicios de masaje o baile, admitidos en régimen de laboralidad por la doctrina judicial. Si aceptamos esta definición amplia de la prostitución nos encontramos entonces en la necesidad de rechazar la laboralidad de esta en los únicos casos en los que el servicio prestado implique coito o algún otro tipo de penetración. Esto implicaría que una misma relación contractual sería susceptible de calificarse como laboral o no según la concreción que tenga el servicio con cada cliente, y ello sin obviar las insalvables y obvias dificultades existentes para fiscalizar dicha concreción.

Otro reproche que cabe contra el criterio que proponemos, quizás ya intuido por el lector, es la existencia de otras actividades en las que existe penetración e implicación de los órganos genitales cuya laboralidad, al menos como hipótesis, se ha admitido. Nos referimos, claro está, a la creación pornográfica o, en según qué casos, pues es una cuestión discutida, a la atención sexual de las personas con discapacidad.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

37. STS, Sala de lo Penal, núm. 1308/2001, de 2 de julio.

Centrémonos, de entrada, en la industria pornográfica. Recordemos que la relación laboral especial de artistas, en la que cabría subsumir a los actores y actrices eróticos, también está sujeta a la subordinación laboral desde el momento en el que "el artista está obligado a realizar la actividad artística para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la Empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo" (art. 6.2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos). Esta regulación especial no contempla en ninguno de sus preceptos el derecho del artista a escoger sus compañeros de reparto, lo que en el caso que analizamos se traduce en la soberanía del empleador para ordenar con qué sujetos o sujetos se mantendrán relaciones sexuales, en muchas ocasiones, plenas. Recordemos que ese poder de decisión sobre el destinatario de los servicios sexuales era lo que había llevado a los tribunales a rechazar la posible laboralidad de la prostitución.

A pesar, por tanto, de la similitud objetiva, al menos a estos efectos, entre la prostitución y la producción artística pornográfica, tanto la doctrina judicial como la científica han sugerido que en este segundo ámbito es perfectamente posible la articulación de una relación laboral subordinada y por cuenta ajena[38]. Particularmente, no hemos encontrado ningún pronunciamiento judicial que afronte de fondo esta cuestión. Sin descartar alguna negligencia en nuestro escrutinio, ni siquiera hemos detectado ningún asunto litigioso en el que las partes mantuvieran una relación laboral cuyo objeto fuese la producción de pornografía. Por lo tanto, la admisibilidad de la relación laboral en este ámbito debe mantenerse solo, insistimos, como hipótesis. Pero aun así cabría preguntarse qué respaldo tendría. En nuestra opinión la diferente solución que algunos defienden para la prostitución y la pornografía obedece a una impresión empírica sobre las condiciones circundantes a cada una de estas actividades. La primera de estas se asocia con frecuencia a la marginalidad y a la precariedad económica de partida de quien la ejecuta. La segunda, sin embargo, aparece asociada a un mayor control higiénico sanitario y a un mayor poder decisional de sus ejecutores. Aunque hay sobrados ejemplos para desmontar ambos tipos de figuraciones[39], aun aceptando su veracidad cabría preguntarse si de por sí estas justifican un diferente trato jurídico. Y es que tales hipotéticas diferencias son, en todo caso, circunstanciales. No afectan a la esencia de la actividad desplegada que es la que determina, en puridad, la licitud del objeto del contrato. Si son las condiciones materiales de su ejecución las que convierten a la prostitución subordinada en una actividad lesiva de la dignidad

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

38. *Vid. supra*, el pronunciamiento de la AN en el caso OTRAS y Martínez Moreno, C.: "¿Tiene el Derecho del Trabajo…", ob. cit., p. 149.

39. Por ejemplo, han trascendido a la prensa numerosos casos de explotación laboral y sexual dentro de la industria pornográfica. Por todas, Valdés, I., en Diario El País de 28 de octubre de 2022, "La explotación sexual y laboral que alimenta al porno: "Había 50 hombres esperándome, estuve a punto de perder el conocimiento, pero nadie me hizo caso". Accesible en https://elpais.com/sociedad/2022-10-28/la-explotacion-sexual-y-laboral-que-alimenta-al-porno-habia-50-hombres-esperandome-estuve-a-punto-de-perder-el-conocimiento-pero-nadie-me-hizo-caso.html (último acceso: 10 de octubre de 2023).

humana, con mayor razón habría que defender su sujeción al tuitivo marco que ofrece el Derecho Laboral[40].

Cabría por otro lado discutir si también la asistencia sexual de las personas con discapacidad se vería afectada por este criterio anatómico de exclusión que proponemos. De nuevo la *alegalidad* de cualquier profesión vinculada al sexo nos impide obtener una definición oficial de este tipo de servicios y las funciones que comprende. En este sentido la doctrina se divide entre quienes rechazan totalmente su admisibilidad, por ver en ella un tipo de prostitución encubierta con connotaciones heteropatriarcales[41]; quienes la admiten siempre que el servicio no comporte penetración, sino mera asistencia a la autoestimulación erógena o al coito con la propia pareja sexual del usuario[42]; o quienes no encuentran ningún óbice a su legitimidad con independencia del tipo de prácticas que se comprometan, incluyendo la penetración[43]. Solo si se acepta la última de las hipótesis, la que afirmaría que la asistencia sexual a las personas con discapacidad admite la penetración, también esta actividad se vería excluida del contrato de trabajo con el criterio de delimitación que estamos ahora manejando. También cabría señalar, en todo caso y de añadidura, la difícil o imposible fiscalización sobre la concreción del servicio que se daría en este ámbito[44].

En resumen, sea con la prostitución o también con la asistencia sexual de las personas con discapacidad, lo que queremos connotar es la identidad objetiva de la prostitución con estas actividades –también probablemente con otras no aquí enumeradas, pues recordemos que el catálogo de profesiones sexuales que manejamos es ejemplificativo y, con bastante probabilidad, insuficiente–. Aceptando

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

40. En este punto, viene al caso el planteamiento de algún exponente doctrinal, como Fita Ortega, en el que se defiende que la exclusión de la prostitución de la aplicación del derecho laboral supone, de forma un tanto paradójica, una discriminación por razón de género, al excluir a un colectivo casi monopolizado por mujeres de un marco normativo caracterizado por ofrecer ventajas a la parte más débil de la relación contractual. Fita Ortega, F.: "Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles", *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020 (ejemplar dedicado a: Cuerpos, mercados y sexualidades: continuidades, paradojas y disidencias), pp. 131-151.

41. Aránguez Sánchez, T.: "Prostitución para hombres con discapacidad. Un intento de legitimar la explotación", en BANDRÉS GOLDÁRAZ, E.; Díez ROS, R. y Aránguez Sánchez, T. (coords): *Feminismos aplicados. Un enfoque desde la educación, género, violencia estructural y los movimientos sociales*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 214-234.

42. Esta es la posición más común, Cuervo Pollán, A.: "Revisión de algunos argumentos favorables a la asistencia sexual", *Cuestiones de género: De la igualdad y la diferencia*, núm. 18, 2023, pp. 78-95, p. 81.

43. "[...] el acompañamiento sexual, lejos de ser "un catálogo de prestaciones definidas", propone un apoyo en consonancia con las emociones y las expectativas sensoriales y eróticas de las y los beneficiarios que lo reciben. Los cuidados eróticos designan una práctica que puede ir desde caricias sensuales hasta la penetra– ción, abriendo un amplio abanico que incluye acariciar, tocar y ser tocado, el contacto corporal, disfrutar de un masaje, la excitación sexual, juegos eróticos, facilitar –a instancias suyas– el acto sexual a una pareja que no puede lograrlo sin ayuda, la masturbación...". Peirano, S.:"Asistencia o acompañamiento de la vida sexual y afectiva, en diversidad funcional: ¿sí o no?", *Revista digital con la A*, núm. 17 (Mujeres con capacidades diferentes, mujeres plenas), pp. 27-30, disponible en web: http://conlaa.com/wp-content/uploads/2014/12/17_mujeres_con_capacidades_diferentes.pdf (último acceso: 10 de octubre de 2023)

44. Es sugerente observar a este respecto la información brindada por una entidad especializada a la asistencia sexual de las personas con discapacidad, *Tandem Team*, cuando se presenta como "mediador para que la persona acompañante y acompañada puedan conocerse antes de la sesión y, además de valorar sus respectivos deseos, lleguen a los pactos privados que regirá su encuentro íntimo. Para poder acceder a este protocolo se necesita ser mayor de edad y tener el certificado de discapacidad". Accesible en https://www.tandemteambcn.com/aie (último acceso: 14 de octubre de 2023).

tal identidad, nos encontramos ante tres escenarios posibles: 1) O la producción pornográfica –y eventualmente la atención sexual de las personas con discapacidad– se estima excluida de la laboralidad –no existe hasta el momento ningún pronunciamiento judicial al respecto, más allá del *obiter dictum* en la sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto "OTRAS" que fue revocada por el Tribunal Supremo–; o 2) se admiten estas actividades, excluyendo de ellas la posibilidad de penetración –lo que resulta algo inverosímil en el caso de la pornografía–; o 3) el elemento anatómico que proponemos como criterio determinante de la laboralidad de la actividad sexual debe ser rechazado. Si prevalece esta tercera alternativa, desaparece, al menos a nosotros, cualquier posible criterio objetivo con el que explicar el elenco de actividades susceptibles de prestarse en régimen de laboralidad. Si así fuese, si se rechazase la penetración como criterio excluyente de la laboralidad, solo cabría apelar, como último resquicio, al criterio más indeterminado que es la moralidad pública, pero tampoco esta solución estaría a salvo de objeciones muy cualificadas. Veámoslo.

B. La moral y el orden público como otro fundamento posible al distinto tratamiento jurídico-laboral de las actividades sexuales

Nos ha llamado la atención constatar que ninguna de las sentencias que integran la doctrina que excluye la prostitución del régimen de laboralidad justifica esta solución en razones de moralidad u orden público. Decimos que nos resulta curioso porque buena parte de las críticas que se dirigen contra esta solución doctrinal la acusan de inspirarse en una determinada visión ética no universalizable ni acorde a los cánones de una sociedad moderna y seglar. También nos resulta llamativa la omisión de cualquier alusión a estos principios porque, a nuestro modo de ver, con sus fallas, son los que hubieran contribuido a lograr una argumentación más acabada.

Para justificar nuestra posición nos conviene volver a una pregunta que formulábamos antes y que dejábamos pretendidamente abierta ¿Por qué la subordinación en las actividades sexuales es más reprobable que la subordinación en otro tipo de actividades? ¿Por qué el régimen de subordinación en aquellas atenta más intensamente contra las posibilidades de autodeterminación del sujeto que las ejerce? Esto nos conduce a la pregunta más esencial: ¿Por qué, en una sociedad aconfesional y plural como la que habitamos el acto sexual tiene unas implicaciones morales más intensas que otro tipo de actividades? Quizás, de forma pretendida, generaremos algún recelo si decimos que, en términos estrictamente objetivos o funcionales, desatendiendo cualquier herencia cultural, sería muy difícil distinguir la prostitución de otras actividades profesionales que implican un contacto físico intenso entre el prestador del servicio y el usuario: pensamos, por ejemplo, en los masajistas, los fisioterapeutas o los quiroprácticos. Haciendo abstracción de las coordenadas históricas y religiosas que condicionan nuestro punto de vista, la única diferencia entre este tipo de actividades es las zonas que se someten a ese contacto físico. Desde este punto de vista estrictamente

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

lógico y aséptico, crecería de cualquier fundamento adoptar una diferente solución en lo concerniente a su licitud.

Esto que decimos, empero, solo sería válido si aceptásemos que nuestro modelo de Estado debe actuar con absoluta objetividad a la hora de fijar cuáles son los patrones de conducta admitidos para ordenar la convivencia cívica. Aunque en algunos modelos teóricos e ideales del liberalismo esta sería la forma de operar más propia y legítima del poder público, la preeminencia del principio democrático posibilita que la colectividad supere ese canon de objetividad para expresar determinados valores morales o culturales no necesariamente universalizables o completamente objetivos. Aparecen así la moralidad y el orden público como instituciones acogidas expresamente por nuestro ordenamiento a modo de cláusula de escape con la que salvaguardar aquellos valores de la comunidad política que no quedan tutelados, en algunos casos concretos, con la aplicación del resto de disposiciones del Derecho positivo. De esta forma, la apelación a la moralidad y el orden público servirá con frecuencia para operar una restricción en la capacidad de autodeterminación de los integrantes de la comunidad política. Como se ha dicho a este respecto:

> En el mundo jurídico el orden público, especialmente en su concepción clásica, tiene como misión y objetivo defender la forma de ser de una determinada sociedad, y, por tanto, su organización política, sus instituciones públicas, el sistema económico, la familia, etcétera.
>
> Esta función defensiva, por tanto, de carácter negativo, supone claramente un límite a la autonomía de la voluntad. En este sentido, se expresa De Castro diciendo que los legisladores franceses del *Code* inventaron la cláusula del orden público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad que el mismo Código reconocía y protegía.
>
> El orden pŭblico influye con un destacado carácter social, limitando una extensiva interpretación del campo de la autonomía de la voluntad de los particulares y de sus intereses privados, impidiendo que prevalezca el interés de éstos sobre el interés general[45].

Los ejemplos que cabría traer a colación podrían ser infinitos, bastará comprobar la virtualidad que se atribuye a la moral y al orden público para restringir la operatividad de la costumbre, artículo 1.2 CC, o, lo que es más importante para nosotros, para cercenar las posibilidades negociales de las partes contractuales, artículo 1255 del mismo cuerpo legal. Vemos entonces como nuestro Código Civil, a pesar de inspirarse claramente en el modelo jurídico liberal predominante en el siglo XIX, hace prevalecer los valores morales compartidos por la sociedad sobre la libertad de autodeterminación de los agentes. Los ejemplos no se agotan en esta norma, y aunque no quisiéramos detenernos demasiado en ello, puede aludirse también al orden público que actúa en el derecho internacional privado como criterio para rechazar la aplicación de las normas extranjeras que transgredan "aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una

45. Acedo Penco, Á.: "El orden público actual como...", ob. cit., pp. 349 y 351. La cita dentro del extracto es de De Castro, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", pp. 1030-1031.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

época determinada"[46]. Nos podrá parecer esta una solución más o menos legítima, pero nuestro modelo de Estado se reserva la posibilidad de imponer determinados patrones morales sobre la conducta individual de los agentes. Desde esta premisa, se podrá discutir además si cada una de las restricciones operadas resulta más o menos acertada, como ocurre con la prostitución y el vivo debate que hay al respecto. Lo que resaltamos es que, del mismo modo que las instituciones, por ejemplo, se reservan la posibilidad de rechazar aquellas denominaciones sociales que transgredan la moral y el orden público, tiene también la potestad de poner coto a aquellos negocios jurídicos que transgredan estas convicciones compartidas, y así es como se podría explicar, al menos así lo vemos, la limitación a la prostitución en régimen de subordinación.

De este modo, y volviendo al tema que abordábamos, la única opción interpretativa que se nos ocurre para prohibir la laboralidad de la prostitución y tolerala en otro tipo de trabajos sexuales pasaría por afirmar que aquella, cuando se presta en régimen de subordinación, incorpora un importante desvalor incompatible con nuestras convicciones comunitarias. En lo que hemos podido comprobar, los órganos del orden jurisdiccional social, al consolidar la doctrina que analizamos, no han apelado a la moralidad y el orden público[47], no al menos en el sentido en el que nosotros lo hacemos ahora: como cláusula de escape para prohibir una prestación de servicios que, en aplicación del resto de disposiciones normativas, sería lícita de toda licitud. Sin embargo, no solo esta convicción parece subyacer en sus diferentes argumentaciones, sino que es, como decimos, la única que permite sostener la actual discriminación entre trabajos sexuales admitidos y excluidos del régimen de laboralidad. Esta posibilidad encontraría encaje además en los artículos 1271 y 1275 del Código Civil, ya que –según el primero– sólo se admitiría como "objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres", mientras que el segundo dispone que "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

La objeción a esta otra solución es que, sin embargo, la apelación a la moralidad y el orden público como restricción de la autonomía individual tiene carácter excepcional, reservada para la transgresión de los valores más fundamentales de nuestra convivencia. Tampoco puede emplearse de forma arbitraria. Atendiendo a estas limitaciones cabría preguntarse si el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena agrede con tal intensidad nuestros valores más radicales y, además, si el contenido objetivo de esta actividad se separa claramente del contenido propio de otras profesiones sexuales para justificar una distinta aplicación del orden público en un caso y en otro. La prohibición de arbitrariedad en la imposición del orden público nos llevaría, de nuevo, a descartar la laboralidad de aquellas actividades sexuales más afines a la prostitución.

46. STS, Sala de lo Social, de 5 de abril de 1966.

47. Solo de pasada encontramos alguna alusión a la moralidad en las sentencias que integran este corpus doctrinal, aunque en sentido divergente. Para la STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004, recurso de suplicación núm. 3598/2004 "la prostitución, singularmente la ejercida por mujeres, sería contraria a la moralidad (FJ 3º)", mientras que para la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2019 no se produciría ese atentado contra la moralidad o en cualquier caso este no sería relevante (FJ 3.5).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

Estimamos que el consenso tan generalizado en los tribunales sobre el desvalor que incorpora la prostitución por cuenta ajena haría factible calificarla como un negocio jurídico contrario al orden público, lo que ocurre es que la inseguridad jurídica sobre el régimen aplicable al resto de actividades afines sería muy alta. En realidad, de imponerse este criterio, tampoco se estaría dando respuesta a la pregunta que nos formulábamos –¿cuáles son las actividades sexuales excluidas de la laboralidad? – pues, más que ofrecer un criterio generalizable, la apelación a la moral y el orden público exigiría un pronunciamiento individualizado sobre la compatibilidad de tales principios con cada una de las actividades profesionales de contenido sexual. Algo sumamente inviable si reparamos en que nos encontramos ante un elenco de actividades abierto y cambiante.

VII. CONCLUSIONES

A modo de recapitulación, exponemos algunas de las principales ideas de nuestro trabajo en el orden en el que han sido expuestas:

1. La prostitución es una actividad lícita, a pesar de carecer de un régimen jurídico que atienda a las singularísimas notas que la caracterizan.
2. El estado de anomía en la que se encuentra esta actividad ha propiciado la aparición de una nutrida doctrina judicial que, aplicando disposiciones jurídicas generales, ha concretado los términos en los que resulta ejecutable.
3. En esa línea cabe incardinar la doctrina judicial emanada del orden social de la Jurisdicción que ha dictaminado, insistentemente, que el ejercicio de la prostitución no es admisible en el marco de una prestación laboral de servicios por resultar radicalmente incompatible con la nota de subordinación que caracteriza este régimen contractual.
4. Esta misma doctrina judicial ha debido en ocasiones afrontar la calificación jurídica que merecen otras actividades de contenido sexual, colindantes a la prostitución, resolviendo que estas otras, como el alterne, la telefonía erótica o el masaje tántrico, sí tienen encaje en el Derecho del Trabajo.
5. Nos encontramos entonces con que el elemento incompatible con la laboralidad no es, por tanto, el componente sexual de la prestación de servicios, no al menos todo componente sexual. Dicho en otros términos, para la doctrina judicial social, habrá actividades profesionales sexuales que pueden prestarse en régimen de laboralidad, pero otras no. El problema que hemos advertido es que no se ha elaborado un criterio sólido con el que aplicar esa discriminación.
6. En este sentido, la doctrina científica y la judicial, aun como pronunciamiento *obiter dictum*, han relacionado una serie de actividades sexuales cuya laboralidad sería admisible en nuestro ordenamiento. Ese es el caso de la telefonía erótica, el masaje tántrico, la pornografía o la atención sexual a las personas con discapacidad. Admitiendo la posible laboralidad de estas actividades,

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

como hipótesis, nos preguntamos cuál es el elemento objetivo que las diferenciaría de la prostitución y que justificaría un tratamiento jurídico tan dispar.

7. En definitiva, el interrogante central que afrontábamos en este comentario era el que se preguntaba por el criterio para admitir o inadmitir la laboralidad de una actividad económica sexual.
8. Tratando de resolver esta cuestión desde los criterios interpretativos que nos brinda el Derecho positivo, creemos que un elemento válido para determinar la exclusión de la laboralidad podría ser la penetración, en el sentido en el que aparece caracterizada por el Derecho Penal en aquellos tipos contra la libertad sexual más graves. El reproche cualificado que reciben las agresiones sexuales que entrañan penetración revelaría que nuestra comunidad política otorga una protección singular a aquellas prácticas sexuales que integran el coito, y son estas las que se habrían excluido de un régimen subordinado de prestación de servicios.
9. Esta propuesta interpretativa obliga sin embargo a rechazar la laboralidad de la producción artístico-pornográfica o, dependiendo cómo se traduzca, la asistencia sexual a las personas con discapacidad.
10. Si por el contrario tal posibilidad interpretativa fuese descartada jurisprudencialmente, no encontraríamos ya ningún criterio objetivo con el que distinguir qué trabajo sexual es admisible en régimen de laboralidad, lo que no solo generaría un alto grado de inseguridad jurídica, sino también una aplicación arbitraria del Derecho Laboral. La última solución planteada, la apelación a la moralidad y el orden público como límite a la libertad contractual de las partes, nos parece también insuficiente en la medida tampoco explica el diferente desvalor que incorporaría cada una de las diferentes profesiones sexuales.

Bibliografía

Acedo Penco, Á.: "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 14, 1996, pp. 323-391.

Alemán Páez, F., "Prostitución masculina y trabajo sexual (STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019): avances de una aporía litigiosa", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020, pp. 1255-1287.

Aragó Gassiot, M: "Más a propósito de la sentencia sobre el sindicato OTRAS": La libertad sexual de las mujeres o el derecho al propio cuerpo, no debe ser disponible en el marco de un contrato laboral", *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* núm. 195, 2018, pp. 9-22.

Aránguez Sánchez, T.: "Prostitución para hombres con discapacidad. Un intento de legitimar la explotación", en Bandrés Goldáraz, E.; Díez Ros, R. y Aránguez Sánchez, T. (coords.): *Feminismos aplicados. Un enfoque desde la educación, género, violencia estructural y los movimientos sociales*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 214-234.

Bayefsky, R.: "Dignity, honour, and human rights: Kant's perspective", *Political Theory* n. 41, vol. 6, 2013, pp. 809-837.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

Bobbio, N.: *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 2002.
Boza Moreno, E.: "La prostitución en España: el limbo de la alegalidad", *Estudios penales y criminológicos,* vol. 39, 2019, pp. 217-301.
Boza Moreno, E.: *La prostitución como trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
Cámara Arroyo, S.: "Delitos contra la libertad sexual", en Serrano Tárraga, M. D. (coord.): *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
Castilla de Cortázar, B.: "En torno a la fundamentación de la dignidad personal", *Foro*, *En torno a la fundamentación de la dignidad personal*, núm. 1, 2015, pp. 1-80.
Cuervo Pollán, A.: "Revisión de algunos argumentos favorables a la asistencia sexual", *Cuestiones de género: De la igualdad y la diferencia*, núm. 18, 2023, pp. 78-95.
Delgado Rojas J. I.: "Dignidad humana", *Eunomía*, *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, pp. 176-197.
Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013.
Fita Ortega, F.: "El trabajo sexual en la doctrina judicial española", en Serra Cristóbal, R. (coord.): *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, 2007, pp. 203-254.
Fita Ortega, F.: "La STS de 1 de junio de 2021 y el derecho de sindicación de las trabajadoras sexuales", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 2, 2022, pp.135-141.
Fita Ortega, F.: "Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles", *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020 (ejemplar dedicado a: Cuerpos, mercados y sexualidades: continuidades, paradojas y disidencias), pp. 131-151.
KANT, I.: *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.
Martín Hernández, M. L.: "Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 19 de noviembre de 2018", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 7.1, 2019, pp. 410-414.
Martínez Moreno, C.: "¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social,* núm. 1.2, 2020, pp. 148-159.
Miñarro Yanini, M.: "La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución", *Revista de Trabajo y Seguridad* Social-CEF, núm. 430, 2019, pp. 143-148.
Peirano, S.: "Asistencia o acompañamiento de la vida sexual y afectiva, en diversidad funcional: ¿sí o no?", *Revista digital con la A*, núm. 17 (Mujeres con capacidades diferentes, mujeres plenas), pp. 27-30, disponible en web: http://conlaa.com/wp-content/uploads/2014/12/17_mujeres_con_capacidades_diferentes.pdf (último acceso: 10 de octubre de 2023).
Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.
Vigo Serralvo, F.: "La insuficiencia radical del Derecho del Trabajo para la garantía de la dignidad humana. Una relectura de Hugo Sinzheimer", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 1, enero-marzo de 2023, pp. 491-522.
Vigo Serralvo, F.: "Repensemos el trabajo decente. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 1, enero-marzo de 2022, pp. 69-112.
Waldron, J.: *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 238 - 264
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.14

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Las trabajadoras sexuales como colectivo sujeto de acoso y discriminación*

SEX WORKERS AS A GROUP SUBJECT TO HARASSMENT AND DISCRIMINATION

Fernando Fita Ortega
Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València
Fernando.fita@uv.es 0000-0001-5462-6859

Recibido: 23.10.2023 | Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

Las trabajadoras sexuales integran un colectivo vulnerable como consecuencia de su estigmatización y el desinterés político y social por quienes desempeñan trabajo sexual. El movimiento abolicionista, fuertemente fortalecido en los últimos años, toma por bandera la erradicación de la prostitución, sin que entre a valorar la situación de quienes ejercen esta actividad. Este escenario ahonda en la vulnerabilidad de las trabajadoras sexuales que, junto al estigma, ya no solamente soportan la invisibilidad a la que se ven sometidas, sino que, además, se ven responsabilizadas de la situación de desigualdad de la mujer en la sociedad. Esta realidad vulnera tanto el espíritu de una sociedad que se define como inspirada en valores sociales y de justicia (art. 1 de la Constitución Española) como las disposiciones, tanto nacionales como internacionales, en materia de no discriminación y acoso.

PALABRAS CLAVE

Trabajo sexual
Prostitución
Abolicionismo
Discriminación
Acoso

ABSTRACT

Sex workers are a vulnerable group because of their stigmatization and the political and social disinterest in those who carry out sex work. The abolitionist movement, strongly strengthened in recent years, takes as its banner the eradication of prostitution, without assessing the situation of those who carry out such activity. This scenario deepens the vulnerability of sex workers who, along with stigma, no longer only endure their invisibility, but are also held responsible for the unequal situation of women in society. This reality violates both the spirit of a society that is defined as inspired by social values and justice (art. 1 Spanish Constitution) and the provisions, national and international, on non-discrimination and harassment.

KEYWORDS

Sexual work
Prostitution
Abolitionism
Discrimination
Harassment

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

SUMARIO

I. TRABAJO SEXUAL, PROSTITUCIÓN Y TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL
II. TRABAJO SEXUAL Y TRABAJO DOMÉSTICO: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS
III. ACOSO, DISCRIMINACIÓN Y TRABAJO SEXUAL
A. Trabajo sexual y discriminación
B. Acoso y discriminación
1. *El convenio 190 OIT, sobre la violencia y el acoso*
2. *La repercusión de la ratificación del convenio 190 OIT en la situación del trabajo sexual en españa*
Bibliografia

I. TRABAJO SEXUAL, PROSTITUCIÓN Y TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

A pesar de insistirse en la diferencia de estos tres fenómenos, resulta oportuno volver a recordar que no hacen referencia a una misma realidad, por mucho que, a veces de forma interesada, se obvie esta diferencia. En efecto, en una visión reduccionista del trabajo sexual, éste tiende a identificarse con la prostitución y ésta, a su vez, con la trata de personas con fines de explotación sexual. Una tendencia a la simplificación que se produce a costa de falsificar la realidad[1] y que, como se ha indicado, se produce en muchas ocasiones de forma interesada.

Por trabajo sexual debe entenderse toda actividad que se lleve a cabo dentro de la industria del sexo, esto es, además de la prostitución, el cine y la fotografía pornográfica[2] –no así la novela o poesía pornográfica[3]–, los teléfonos y espectáculos eróticos (*striptease*, go-go *dancers, lap dancers, burlesque, peep-shows, pole dancing, web-cam* de contenido sexual, etc.) a las que habría que añadir, como consecuencia de la realidad jurídica creada por los tribunales laborales españoles,, la actividad de las "alternadoras"[4]. Actividades que se caracterizan por revestir un carácter sexual que no implica el

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

1. Lo que, con relación al papel que asume el legislador, ha sido reiteradamente denunciado por U. Romagnoli. Así, en "Due leggi, due commenti. Piccole imprese e grandi traumi", *Lavoro e Diritto*, núm.4, 1990, p. 523; o en *Il lavoro in Italia. In giurista racconta*. Il Mulino. Bologna. 1995, p. 161.

2. Concepto éste que tampoco es pacífico. Al respecto, Malem Seña, J. F., "Acerca de la pornografía", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. II, enero-abril 1992.

3. Pese a que etimológicamente el término se refiera a la escritura (*grafia*) relativa a la prostitución (*porneia*) [Nubiola, J. y Bernal, J.: "Pornografía", en *Diccionario General de Derecho Canónico, Volumen VI*. Aranzadi-Thomson-Reuters. Pamplona, 2012, p. 263], el trabajo sexual implica un trabajo corporal.

4. El alterne se ha venido definiendo desde antiguo como una actividad feminizada y heterosexual en el que la mujer, valiéndose del atractivo sexual, incita al consumo de bebidas a los clientes varones, por lo que percibe una determinada comisión. Así se desprende, entre otras, de la STS 14 de mayo de 1985 (Ar. 2712) donde se afirma que la actividad de alterne consiste en *"la captación de clientes varones, mediante el atractivo sexual, al objeto de que se consuman bebidas"*. O de la STS de 28 de mayo de 1996 (Ar. 4651), que define el alterne como aquella actividad "por la que la alternadora procura, sirviéndose de sus atractivos físicos, captar clientes en el Club o establecimiento público de diversión, incitando al cliente a hacer consumiciones, con el consiguiente beneficio económico para el titular del Club, y por cuya actividad aquélla percibe una retribución, cualesquiera sea la forma o clase de ésta". Definición de la actividad de alterne que también se puede encontrar en las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 21 de septiembre de 1988 (Ar 5724) y de febrero de 1989 (Ar. 1345), en las que se conceptúan los servicios de alterne

mantenimiento de una relación física de naturaleza sexual. Precisamente esta precisión es la que condujo a la STS núm. 584/2021, de 1 de junio de 2021, a reconocer la validez de los estatutos del sindicato de las trabajadoras del sexo OTRAS, al entender que no cabe reducir la expresión "trabajo sexual en todas sus vertientes", empleada en la delimitación del ámbito funcional del sindicato, a la prostitución.

Por otra parte, si el trabajo sexual engloba una realidad mucho más amplia que la prostitución, la misma no puede reconducirse a la trata de personas con fines de explotación sexual, de la que se diferencia claramente desde la valoración de la libertad con la que se ejerce el trabajo sexual. Si bien es una premisa discutida por parte del abolicionismo, es innegable que el trabajo sexual parte de la libertad formal de las partes que celebran cualquier tipo de contrato. Como ya se ha argumentado[5], por lo que se refiere a las interrelaciones entre prostitución y libertad varias son las aproximaciones que cabe efectuar. Así, de una parte, el análisis de la prostitución desde la perspectiva de la libertad al desempeño de una actividad económica. De otra, el enfoque de la prostitución desde la perspectiva de la libertad sexual.

En cuanto a la primera de estas aproximaciones, que es en la que en este momento interesa detenerse, la libertad para el ejercicio de las actividades económicas se encuentra recogida en el artículo 35 de la Constitución Española. Este precepto, de modo similar a como lo hacen otros textos constitucionales de países europeos y otras disposiciones supranacionales, reconoce el derecho a la libre elección de la profesión y oficio. Derecho cuyo alcance abarca tanto el derecho de toda persona a no verse obligada a trabajar en aquellas actividades que no hayan sido voluntariamente aceptadas (vertiente negativa del derecho, recogida en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[6]) como el derecho a prestar una actividad en régimen de libertad, sin más limitaciones que las que resulten necesarias y respondan a objetivos de interés general, o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (vertiente positiva del derecho).

La vertiente negativa del derecho a la libre elección de la profesión y oficio se plasma en la prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzados u obligatorios, los cuales han sido identificados como todo trabajo impuesto a una persona contra su voluntad, presentando un carácter injusto u opresivo. Evidentemente, la admisión de la prostitución como una manifestación del trabajo sexual pasa por que se trate de una opción que

como aquellos "consistentes en entablar con los clientes del establecimiento una relación que les induzca a efectuar diversas consumiciones, de cuyo importe la empresa cede un tanto por ciento o porcentaje convenido a la persona concreta que las ha logrado".

5. Fita Ortega, F., "La prostitución: posible objeto de contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual", *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009, pp. 91-108.

6. El artículo 4 del CEDH, intitulado "prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado", dispone: "1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional. b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio. c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad. d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

cuente con el consentimiento de la trabajadora, sin que pueda ser una opción impuesta contra su voluntad. Teniendo presente que, para valorar el concurso de la voluntariedad en el ámbito contractual, el ordenamiento no atiende más que a la presencia de la libertad formal del individuo –de modo que no quepa apreciar ningún tipo de vicio en el consentimiento prestado– sin que resulte relevante la libertad material, esto es, las condiciones de partida de quien acepta libremente la prostitución como medio de vida, y que pueden haber 'forzado' a la persona a la libre aceptación de esa actividad. Esas condiciones deberán ser evitadas, desde luego, para garantizar el pleno desarrollo del individuo y ofrecerle alternativas, pero ello pasa por actuar en el entorno, incrementando las oportunidades de obtener medios de vida distintos.

Por lo demás, aunque la prostitución, como trabajo sexual, haya sido voluntariamente aceptada, nunca podrá convertirse en objeto de un contrato esclavo, con condiciones leoninas[7]. Es en estos casos donde la dignidad de las trabajadoras del sexo podrá verse vulnerada, esto es, cuando como consecuencia de la especial situación de vulnerabilidad de la trabajadora se consienten unas condiciones de trabajo inaceptables, y ello por cuanto prestar un trabajo al que se ha consentido puede constituir perfectamente un trabajo forzado u obligatorio si se trata de un trabajo injusto u opresivo[8], lo que puede llegar a justificar la aplicación de la sanción penal[9].

Respecto de la vertiente positiva, cabe destacar que la elección del trabajo sexual como medio para obtener ingresos no supone sino la manifestación de la libertad individual para elegir una profesión u oficio, lo que diferencia esta realidad de la confor-

mada por la trata pese a que en no pocas ocasiones se mezclan, de forma interesada, prostitución y trata. De hecho, cuando se aborda el tema de la trata por el feminismo abolicionista, se insiste en la inexistencia de una prostitución libre al considerar que incluso la que pudiera calificarse como tal (esto es, la llevada a cabo son coacciones, amenazas o engaños) no sería libre, valorando las circunstancias personales o económico-sociales de quienes deciden ejercer como trabajadoras sexuales, dado que su situación de vulnerabilidad derivada de la pobreza, drogodependencia, abuso sexual en la infancia, malos tratos, inmigración... dejaría vacío de contenido el consentimiento "voluntariamente" prestado[10]. Baste recordar, a este respecto, que, tal y como recuerda Díez-Picazo, "la dogmática civilista considera la libertad contractual como un componente basilar de la autonomía a fin de que se constituyan entre los sujetos relaciones fundadas sobre el acuerdo"[11]. En torno a esta idea de libertad, cabe destacar que la diferencia entre libertad formal y libertad material a la hora de celebrar un contrato

7. Sobre la ilegalidad de los contratos esclavo, véase la STS (Sala 2) de 30 de junio de 2000 (rec. casación 3947/1998).
8. Sobre el particular, véase Renucci, J. F.: *Droit Européen des Droits de l'Homme*. LGDJ, París, 2002, p. 329.
9. En este sentido SAP Cantabria de 23 de junio de 2005 (JUR 2006/264752) relativa a un supuesto de aceptación libre de la prostitución, pero siendo sometidas las trabajadoras a unas condiciones de trabajo abusivas: "(...) en el supuesto examinado, la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la imposición de unas abusivas fórmulas de explotación sexual de las inmigrantes, sacando partido de la clandestinidad que acompaña a su condición de extranjeras ilegales". En el mismo sentido, SAP Albacete de 10 de junio de 2002 (JUR 2002/210633).
10. Martínez López, P.: "Apertura del simposio". *Simposio internacional sobre prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual,* B.O.C.M, Madrid, p. 15.
11. Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Contrato y libertad contractual". *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 49, p. 9.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

está suficientemente asumida en el derecho del trabajo desde antiguo, puesto que la exigencia de voluntariedad para admitir la validez de los contratos viene condicionada por el hecho de que lo habitual es que se necesite trabajar, ya que es la vía por excelencia para obtener los ingresos necesarios para la subsistencia. En otras palabras, que la voluntad interna no coincida con la externamente manifestada es irrelevante en términos de libertad contractual, siendo lo esencial que la voluntad se haya manifestado sin mediar vicio en el consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación –art. 1265 C.C.–) para considerar que el contrato ha sido concertado libremente. Así pues, "la voluntariedad del trabajo equivale a la facultad de decidir sobre su realización sin la presencia de una fuerza inmediata que obligue a ella, y de cuya inobservancia se derive para el sujeto un mal directo de carácter económico o incluso físico"[12].

No se defiende con ello una postura "libertaria" que se oponga a la existencia de leyes que limiten o prohíban la prostitución[13], sino que el punto de partida es el necesario desarrollo legal de esta actividad con objeto de, por un lado, reforzar la lucha contra la trata de personas con objeto de explotación sexual (prostitución forzada) y, de otro, garantizar que quienes se dedican al ejercicio del trabajo sexual gocen de los derechos que como ciudadanos les corresponde. Reconocer esta realidad no supone cosificar a la mujer y tratarla como una mercancía. Cabe recordar que el principio sobre el que se asienta la creación de la OIT, tal y como se proclamó en la Declaración de Filadelfia de 1944, proclama que el trabajo no es una mercancía, y tampoco el trabajo sexual puede, ni debe, ser considerado como tal. Por el contrario, reconociendo plenamente a las trabajadoras sexuales como sujetos de derecho se fortalece su posición jurídica frente a las situaciones de vulnerabilidad a las que se vienen enfrentando históricamente.

En definitiva, la libertad individual para elegir una profesión u oficio propia de un Estado Democrático y Social de Derecho debe comprender no sólo la prohibición de discriminación, sino también una posición activa frente a los obstáculos que impiden la igualdad, pues así lo impone el artículo 9.2. de la Constitución[14].

II. TRABAJO SEXUAL Y TRABAJO DOMÉSTICO: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

El sector del trabajo sexual guarda paralelismos con el del trabajo doméstico desde la perspectiva de la ausencia de protección a la que se ven abocados quienes desempeñan sus actividades. Si embargo, y desde esta misma perspectiva, presentan también importantes diferencias. Respecto de los paralelismos, puede comenzarse haciendo hincapié en el hecho de que se trata de dos sectores fuertemente feminizados y donde la presencia de trabajadores migrantes es elevada. También, como paralelismo,

12. De la Villa, L.E.: "En torno al concepto del Derecho español del Trabajo", *Revista de Trabajo*, núm. 26, p. 111.

13. En este sentido, Sandel califica de libertarios a quienes se oponen, entre otras cosas, a la existencia de leyes contra la prostitución. Sandel, M. J.: *Lo que el dinero no puede comprar*, Debate, Barcelona, 2012, p. 36.

14. Gay Herrero, S.; Sanz, M. y Otazo Alza, E.: "¿Prostitución=profesión? Una relación a debate", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 13, 2003, p. 13.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

cabe hacer referencia al tradicional olvido del legislador de la necesidad de atender sus necesidades.

Procede recordar, en este sentido, que la OIT solamente ha atendido la situación del sector en 2011, cuando se aprobó el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos[15]. En este Convenio se hace referencia expresa a la situación de olvido e invisibilidad del trabajo doméstico, al recoger en sus considerandos que el trabajo doméstico "sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos".

Otra ejemplificación de esta situación del olvido del empleo doméstico por parte del legislador la podemos encontrar en las actuaciones adoptadas como consecuencia de la situación vivida a raíz de la pandemia de la COVID-19. En este contexto, el colectivo de trabajadores domésticos fue el último en recabar la atención necesaria y en obtener una "promesa" de ayuda. En efecto, no fue sino hasta el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, cuando se reconoció, en su artículo 30, un subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social. Este subsidio, sin embargo, no supuso más que una promesa durante mucho tiempo, pues el procedimiento para su tramitación se remitía a un posterior desarrollo reglamentario a elaborar en el plazo máximo de un mes, tiempo al que posteriormente había que añadir el necesario para su análisis por el servicio correspondiente y su posterior aprobación y abono. Dicho olvido resulta más flagrante en el caso de las trabajadoras sexuales, ignoradas reiteradamente a pesar de los llamamientos efectuados para lograr la atención del legislador, y que se reiteraron en diversos países, alguno de los cuales –como Francia– optó por la fracasada fórmula abolicionista que, obviamente, no hizo desaparecer la actividad y solamente consiguió colocar a quienes la ejercen en una situación de mayor vulnerabilidad.

Un tercer elemento que comparten quienes prestan servicios en ambos sectores de actividad es el de la informalidad, siendo que se trata de actividades ampliamente sumergidas. En los considerandos del Convenio 189 OIT se hace referencia igualmente a este otro paralelismo que puede apreciarse entre los servicios domésticos y los del trabajo sexual. En ellos se destaca la circunstancia de que quienes prestan servicios en estos sectores se encuentran entre los trabajadores más marginados y de que, en los países en desarrollo donde históricamente ha habido escasas oportunidades de empleo formal, los trabajadores domésticos constituyen una proporción importante de la fuerza de trabajo nacional. Esto es, ambos sectores son considerados como una

15. Este Convenio solamente ha sido ratificado por España el 28 de febrero de 2023 y no entrará en vigor en nuestro país hasta el 29 de febrero de 2024.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

última opción de la fuerza de trabajo, de modo que acuden a él quienes carecen de posibilidades de acceder a un empleo formal.

Sin embargo, en este aspecto se aprecia una notable diferencia en una y otra actividad: mientras que en el empleo doméstico existe la posibilidad –aunque no siempre sencilla– de incorporarse al mercado formal de trabajo, no ocurre lo mismo en el caso del trabajo sexual, que se ve irremediablemente expulsado del mismo como consecuencia de una legislación hipócrita que mantiene al trabajo sexual en un limbo de alegalidad[16]. Y es cuando nos aproximamos a la realidad de la economía sumergida cuando la desprotección frente a las consecuencias del COVID-19 se hace más patente, dada la falta de toda previsión dirigida a quienes han venido prestando sus servicios dentro de la economía informal, los cuales se han visto privados de la posibilidad de realizar sus actividades habituales con las que obtener ingresos, así como de acceder a las medidas de protección económica dispensada por la normativa de emergencia.

En este contexto de precariedad en la que andan instalados amplios sectores de nuestra sociedad, las y los trabajadores sexuales resultan, pues, especialmente marginados y excluidos de toda atención como consecuencia, entre otros factores, de las políticas abolicionistas y prohibicionistas (puesto que más que abolir lo que pretenden es prohibir el trabajo sexual) que niegan la realidad en la que voluntariamente viven muchas personas, y a las que se les quiere seguir estigmatizando o tratando como víctimas a las que hay que retirar de un mercado que, desde aquellas posturas, se considera indigno. Se felicitaban los movimientos del lobby abolicionista a través de las redes sociales del efecto "positivo" del coronavirus, al implicar el cierre de clubs y pisos como consecuencia de las reglas del aislamiento social impuesto por motivos sanitarios. Ninguna reflexión acerca de cómo este colectivo iba a poder seguir obteniendo ingresos para subsistir, junto con sus familias, hasta la vuelta a una situación de normalidad. Y esa reflexión –y la consecuente actuación– es necesaria, no solamente con ocasión del coronavirus, sino en general, poniendo en primer plano cuáles son las consecuencias que, para quienes ejercen el trabajo sexual, tienen las políticas dirigidas a mantener el estigma, la invisibilidad y vulnerabilidad del mismo.

La atención al colectivo de las trabajadoras sexuales, que se reclama como protección de sus derechos, debería partir del reconocimiento de estas trabajadoras y trabajadores como sujetos de derechos y deberes derivados de su actividad profesional, y no como consecuencia de la situación de vulnerabilidad a la que conduce la falta de un expreso reconocimiento de derechos. A diferencia de otros colectivos laborales precarizados, igualmente feminizados, al de trabajadoras sexuales se les está impidiendo acceder al mercado regulado de trabajo, lo que les imposibilita el acceso a las ayudas e incentivos dirigidos a quienes forman parte del mismo. Iniciativas como la que se adoptó en las Islas Baleares, relativas a la gestión de la renta social garantizada (Decreto ley 6/2020, de 1 de abril, por el que se establecen medidas sociales urgentes para paliar los efectos de la situación creada por el COVID-19 y de fomento

16. Me refiero a la exclusión del trabajo sexual del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, no así por lo que se refiere al trabajo sexual por cuenta propia.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

de la investigación sanitaria) para hacer frente a la emergencia económica y social de las personas más vulnerables, y que implican su tramitación a través de los servicios sociales y no de una atención directa, no deberían erigirse en el instrumento de tutela de este sector de la población, confinado en la parcela de la marginalidad, sin posibilidad de escapar de ella.

III. ACOSO, DISCRIMINACIÓN Y TRABAJO SEXUAL

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto la necesidad de valorar la situación de las trabajadoras sexuales desde el prisma de la prohibición de discriminación al ser tratadas como sujetos excluidos de los más elementales derechos fundamentales. Junto a ello, y como consecuencia de la adopción, en 2019, del Convenio 190 OIT sobre la violencia y el acoso, obliga a extender la valoración de la situación del trabajo sexual desde el punto de vista del acoso.

A. Trabajo sexual y discriminación

Diferenciada la discriminación del principio de igualdad de trato por el factor de diferenciación empleado en cada caso, y que en la discriminación se caracteriza por emplear un criterio que merece especial rechazo por el ordenamiento, dado que para establecer la diferencia de trato se toman en consideración "condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista" (STS de 29 de enero de 2001, recud. núm. 1566/2001), es evidente que las personas que ejercen la prostitución han sido, y continúan siendo, un colectivo cuyo trato diferenciado supone una clara discriminación[17].

En efecto, caracterizadas las trabajadoras sexuales por el estigma que las ha acompañado a lo largo de la historia, y que tiende a su deshumanización[18], esta circunstancia las convierte en un grupo en situación de desventaja cuyo trato diferenciado entra de lleno en el concepto de discriminación, pues la limitación de derechos a las trabajadoras sexuales no hace sino perpetuar y exacerbar las desventajas con las que este colectivo se presenta en la sociedad en virtud de su estatus profesional. Frente a esta situación, el ordenamiento jurídico debe proporcionarles protección que, "por mínima que sea, ha de tener en cuenta la realidad social de la que parten (...), así como el impacto de las normas y los efectos de las políticas sobre los mismos"[19].

17. Fita Ortega, F.: "Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles". *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4/2020, pp. 135 y ss.

18. Sánchez Perera, P.: *Crítica de la razón puta. Cartografías del estigma de la prostitución*. Laovejaroja. Madrid, 2022, p. 53.

19. Añón Roig, M. J.: "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 39, 2013, p. 129.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

Esta diferencia de trato que padecen las trabadoras sexuales solamente resultaría admisible siempre y cuando existiera "una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas" (STC 66/2015, de 13 de abril de 2015, fundamento jurídico tercero)· de modo que resulta indispensable que "exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" (STC 75/1983, fundamento jurídico segundo).

La cuestión que surge a continuación es la de si las repercusiones que sufren las trabajadoras sexuales derivadas del contexto en que llevan a cabo su actividad, esto es, la limitación de derechos fundamentales como a la seguridad e integridad física, vivienda, trabajo, etc. así como la limitación de su acceso al mercado de bienes y servicios[20], pueden ser considerados como daños colaterales para alcanzar el ansiado objetivo de acabar con la prostitución como aboga el abolicionismo[21], constituyendo una justificación objetiva y razonable a las limitaciones de los derechos señalados, o si, por el contrario, no superan el juicio de proporcionalidad al no resultar una justificación razonable.

Los intereses a proteger que se han esgrimido para limitar los derechos de las trabajadoras sexuales han venido consistiendo en la tutela de las mujeres, como colectivo, al considerar que la prostitución lesiona la situación de la mujer en la sociedad; la sociedad, en su conjunto, al verse expuesta a las "consecuencias negativas" derivadas de la prostitución; la lucha contra el tráfico de mujeres con objeto de explotación sexual; la ordenación de los movimientos migratorios y la necesidad de actuar en defensa de la dignidad de las trabajadoras sexuales.

Pues bien, ninguno de ellos constituye una justificación que permita superar el canon de proporcionalidad con el que el Tribunal Constitucional –de forma similar a como efectúan otros tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos– evalúa el conflicto de intereses cuando se trata de limitar derechos fundamentales. Ni la lucha contra la desigualdad de género o contra la trata de personas, ni la posible evitación de los perjuicios sociales que puedan derivarse de la prostitución, pueden servir como justificación de dicho trato.

20. Repercusiones que se suman a las injustificables privaciones de derechos humanos que experimentan y que han sido denunciadas en 2023 por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre discriminación contra las mujeres y niñas, consistentes en arrestos y detenciones arbitrarios, violencia por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, imposibilidad de acceder a la justicia así como a los servicios de salud y servicios sociales, injerencias en su vida privada o exclusión de la vida civil, política y cultural. Working Group on discrimination against women and girls, *Eliminating discrimination against sex workers and securing their human rights.* Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/women/wg/sex-work-pp-fin-proofread-24-sept.pdf (acceso: octubre de 2023).

21. Sánchez Perera, P.: *Crítica de la razón puta…* cit., p. 17.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

Por lo que se refiere a los perjuicios sociales derivados de la prostitución, esto es, la inseguridad, la pérdida de valor inmobiliario de los barrios en los que se ejerce, la depravación moral que –se dice– supone, la salud pública o la afectación en el crecimiento personal de los menores cuando se ejerce a la vista de todos, pueden defenderse, como se ha venido haciendo hasta la fecha, mediante disposiciones de carácter administrativo, obviamente menos lesivas de los derechos fundamentales, no superando, por consiguiente, el test de necesidad. El bien jurídico argumentado –el interés general de la sociedad– sería el tutelado por las opciones "regulacionistas" en el ámbito de la prostitución. Opción que se olvida de las personas que realizan el trabajo sexual, y que centran sus esfuerzos en abordar, con toda probabilidad, aspectos mayormente vinculados a la prostitución más precarizada. Así pues, si bien un cierto interés general puede detectarse en estas opciones normativas, es el único que se considera desde esta perspectiva, relegando los intereses de las personas, sin que se tenga en cuenta la necesidad de reconocer los derechos que las trabajadoras sexuales poseen en cuanto que ciudadanas. Tampoco, desde este punto de vista, se superaría el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a la eliminación de la trata a través de la prohibición de la prostitución, resulta un objetivo claramente inalcanzable con las medidas prohibicionistas o abolicionistas, por lo que la misma no resulta idónea, sin que ni tan siquiera pueda afirmarse con argumentos sólidos, y no meramente voluntaristas, que con ello se llegue a contribuir a realizarlo. En la lucha contra la trata de personas, que es un fenómeno que no se dirige exclusivamente a los fines de la explotación sexual sino a los más amplios de explotación laboral, no existe contraposición entre sacar de la invisibilidad la prostitución voluntaria y la lucha contra las redes de trata. El hecho de que exista tráfico de personas (fundamentalmente mujeres) con fines de explotación sexual no puede servir como argumento para combatir la prostitución voluntaria y hacerla desaparecer, como tampoco el hecho de que exista tráfico de personas con fines de explotación laboral en el campo, construcción, etc., puede llevar a la conclusión de la necesidad de erradicar esas actividades. Tráfico de personas con fines de explotación sexual existe, y hay que combatirlo, pero no mediante la negación de derechos a las trabajadoras sexuales, ya que la medida resultaría claramente inidónea (y, por consiguiente, desproporcionada, al no superar, cuando menos, uno de los tres juicios integrados en el juicio de proporcionalidad), en el sentido de que no se acaba con el tráfico aboliendo la prostitución, sino que lo que se consigue es empeorar las condiciones en las que la prostitución se ejerce. Sobre esta conexión entre prostitución y trata se ha llegado a afirmar que no hay ninguna evidencia que sugiera una transición entre trabajo sexual y tráfico con fines de explotación sexual como realidad generalizada, ni tan siquiera de que el trabajo sexual esté sujeto a un riesgo inherente de tráfico con fines de explotación[22]. Por otro lado, aflorando la parte de la prostitución

22. Ontario Superior Court of Justice. Court File No. CV-21-00659594-0000. 3 de octubre 2022, apartado 175, p. 73 (alegaciones de las partes) indicándose en el apartado siguiente (176) que las actuaciones policiales contra el tráfico de personas no consiguen combatir esa realidad, sino que repercuten negativamente sobre trabajadoras

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

que no deriva de la trata quizá se pudiera combatir mejor ésta, al dejar de compartir un mismo espacio de forma indiferenciada.

En definitiva, como destaca Mestre, en la lucha contra las redes de trata debe evitarse un uso perverso de la categoría de trata, debiendo regresarse al derecho internacional de los derechos humanos y sus categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado, pues lo que se viene persiguiendo en las disposiciones contra la trata "es el modo en que una persona es captada y mantenida en una situación de explotación y que, como esa es la parte que coincide en gran medida con la lucha contra el tráfico de personas, hablar de trata y no de explotación ha desviado el foco de atención hacia las fronteras y las migraciones internacionales, dejando de lado las condiciones de trabajo y los marcos que posibilitan 'los fines de explotación'"[23].

Vinculado al anterior, y al que cabe realizar similares reproches relacionados con la falta de idoneidad y no superación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, también se ha esgrimido, como interés justificativo de la merma de derechos de las trabajadoras sexuales, el interés del Estado por regular los flujos migratorios, intensificados a partir de la década de los 90 con el fenómeno de la globalización. En efecto, el fenómeno de la globalización ha supuesto un incremento de movilidad de los bienes de producción (bienes, empresas, capitales y trabajadores) provocando el incremento de las desigualdades norte/sur, lo que ha derivado en un auge de los movimientos migratorios como una estrategia de resistencia a las condiciones económicas impuestas por el nuevo orden mundial en el que han intervenido muchas mujeres, ya sea para participar en la industria del sexo o en otros trabajos[24]. A ello cabe sumar, como elementos propiciadores de los movimientos migratorios, las inestabilidades políticas, los conflictos armados, así como el impacto del cambio climático y de las catástrofes naturales en la ciudadanía. Ello ha originado un afán por parte de los Estados de controlar los flujos migratorios, dando lugar a un enfoque *trafiquista* de las migraciones internacionales, criminalizando y rechazando toda migración autónoma, lo que legitima políticas restrictivas[25].

Empleado por el movimiento abolicionista el argumento de que el tráfico de mujeres fomenta la trata, dibujando un perfil de la mujer prostituta migrante como víctima ideal de la trata con fines de explotación sexual dada su credulidad, engañada ante falsas promesas de trabajo, y atribuyéndoles un perfil psicológico con marcadas notas de ingenuidad, pasividad, y vulnerabilidad cultural (sometimiento a magias negras) del que resulta que la trabajadora sexual inmigrante es presentada como víctima inocente que no tomó acción o decisión alguna en el proceso migratorio producido sin su beneplácito, la prostituta migrante, se concluye, estaría agradecida de poder regresar

sexuales, clientes y terceros que no ejercen explotación sobre las trabajadoras sexuales. Disponible en https://ccla.org/wp-content/uploads/2022/08/Factum-Intervener-CCLA-10Aug2022.pdf (acceso: octubre de 2023).

23. Mestre i Mestre, R.: "La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado", *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, pp. 208-226.

24. López Precioso, M. y Mestre i Mestre, R.: *Trabajo sexual. Reconocer derechos*. Ediciones la Burbuja. Valencia, 2006, p. 23.

25. López Precioso, M. y Mestre i Mestre, R.: *Trabajo sexual...,* cit., p. 9.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

a su lugar de origen, puesto que tanto la intención de migrar como la de prostituirse no estuvieron nunca presentes en ellas[26].

Con esta presentación de la situación, el discurso abolicionista ha servido de legitimación para la deportación de las trabajadoras sexuales migrantes, llevándose a cabo un uso torticero de la lucha contra la trata, en cuya virtud no se persigue tanto acabar con el fenómeno de la trata, sino perseguir la inmigración clandestina[27] implementando medidas represivas de control y contención de los flujos migratorios laborales contemporáneos de personas en riesgo de exclusión socioeconómica. El apoyo del movimiento abolicionista a este discurso no es, por otra parte, casual o caprichoso, pues sirve a sus propios intereses al servir a los fines del abolicionismo, interesado en impedir que el trabajo sexual sea reconocido como una opción laboral que facilite migrar. Como señala Pomares, "desterrar la idea del ejercicio de la prostitución como trabajo, como oportunidad laboral para salir de un país y entrar en otro, se convierte en llave política para abrir la puerta a planteamientos represivos en un doble eje: la criminalización del entorno de la prostitución, plataforma, a su vez, de la gran estrategia global: la criminalización de la operación migratoria"[28].

Resulta, pues, imprescindible reconducir la cuestión de la trata a las situaciones de explotación de las personas objeto de la misma, deslindándola de la cuestión del tráfico, y procurar una mejor satisfacción de los intereses de quienes se ven inmersas en esa realidad. Surge de nuevo, por consiguiente, la necesidad de atender a la persona, en este caso objeto de trata, y procurarle derechos que respondan a la verdadera situación en la que se encuentran. Para los supuestos de trata, debería favorecerse la residencia de la víctima en el país con medidas de inserción socio-laboral y atención a cuantas necesidades se deriven de su precaria situación en territorio nacional. Además, en el caso de inmigrantes irregulares (objeto de tráfico) que vivan de la prostitución voluntaria (no objeto de trata) el reconocimiento de derechos al trabajo sexual llegaría a afectarles positivamente en virtud del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Cabe recordar que este precepto reconoce derechos laborales a quienes trabajen por cuenta ajena en España, aun careciendo de la autorización de residencia y trabajo, dado que esta situación, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle,

26. Darley, M., *et al.*: "Prostitution Policies in France". *Assessing Prostitution Policies in Europe*, halshs-02407699, pp. 7 y 8. Disponible en https://shs.hal.science/halshs-02407699/document (acceso: octubre de 2023).

27. En este sentido, Mac, J., & Smith, M.: *Revolting prostitutes. The fight for sex workers' rights*. Verso. Londres, New York, 2018. También Gira Grant, M. *ICE is Using Prostitution Diversion Courts to Stalk Immigrants*, 2017, disponible en https://www.villagevoice.com/2017/07/18/ice-is-using-prostitution-diversion-courts-to-stalk-immigrants/ (acceso: octubre de 2023).

28. Pomares Cintas, E.: "La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas". *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, p. 182.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

siempre que sean compatibles con su situación[29]. En este sentido, cabe indicar que, entre otras prestaciones y derechos, se ha reconocido a los trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar el derecho a que el FOGASA asuma la responsabilidad prevista en el art. 33 ET en caso de insolvencia del empresario [STSJ (Social) de Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 26 de abril de 2017, rec. 270/2016] o a reclamar una indemnización por despido improcedente (que en el caso no se estima, al no considerar probada la existencia de una relación laboral [STSJ (Social) de Madrid de 29 de noviembre de 2021 (rec. 598/2021) o STSJ (Social) de Cataluña de 26 de noviembre de 2021 (rec. 3286/21)].

La perspectiva adoptada en este punto sirve, por lo demás, para descartar el argumento de la defensa de la dignidad de las trabajadoras sexuales, en la medida en que una teoría de los derechos fundamentales que sitúe la dignidad en la preocupación social por los intereses básicos de todas las personas constituye una teoría de los derechos más adecuada[30]. Respecto de este punto basta recordar la contradicción subyacente en el intento de defender la dignidad de la trabajadora sexual privándola de su capacidad de juzgar por sí misma[31], pudiendo decirse que la dignidad –o su contrario, la indignidad– no es predicable respecto de la actividad de la prostitución, sino que estos calificativos pueden atribuirse únicamente a las condiciones en las que aquélla se ejerce[32]. Como destacase el Tribunal Constitucional, en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, la dignidad de la persona "es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás…". Esta idea se reitera en la STC 192/2003, 27 de octubre, en la que se señala que la dignidad personal del trabajador debe ser entendida como "el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida".

Por lo que se refiere a la lucha por conseguir una sociedad donde se respete la igualdad de género mediante la falta de reconocimiento de derechos sociales a las prostitutas, no constituye una medida ni idónea, ni proporcional en sentido estricto, al suponer un enorme sacrificio de los derechos de las personas afectadas para la consecución de un objetivo que requiere de una amplia amalgama de medidas de muy diversa índole, y cuya consecución puede demorarse prolongadamente, no resultando, pues, por sí sola, idónea para alcanzar aquél objetivo. Todo ello sin perder de vista que, en la actualidad, y por una interpretación de los tribunales de

29. El precepto solamente excluye, expresamente, el derecho a obtener prestaciones por desempleo.

30. Mestre i Mestre, R.: "La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, p. 116.

31. Como destaca el Working Group on discrimination against women and girls en su documento ya citado *Eliminating discrimination against sex workers and securing their human rights,* la dignidad de las mujeres se ve afectada, precisamente, al restringir su autonomía para adoptar decisiones sobre su propia vida y salud (p. 7)

32. Fita Ortega, F., "La prostitución: posible objeto de contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual", cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

la jurisdicción social, solamente queda vedado el reconocimiento judicial de la prostitución como actividad laboral, no así cuando se ejerce por cuenta propia.

Argumentar que la restricción de derechos de las trabajadoras sexuales se justifica por la defensa del colectivo de mujeres implica efectuar una particular (y excluyente) visión del fenómeno de la prostitución desde una perspectiva de género. Este posicionamiento parte de la consideración de que la legalización de la prostitución redunda en perjuicio de las mujeres, en la medida en que las aboca a una existencia que las degrada como personas, convirtiéndolas en objetos para que seres humanos (varones) obtengan placer[33]. Esta visión despectiva de la prostituta, que sirve como mecanismo de control sobre el conjunto de la población femenina, imponiendo una determinada forma de conducta[34], las coloca en una posición enfrentada a las mujeres en su generalidad, en la medida en que aquellas perpetúan un régimen patriarcal que se impone sobre todas como una forma de dominación del hombre sobre la mujer[35]. Desde esta perspectiva, el abolicionismo concluye que las prostitutas son "enemigas" del feminismo, pues contribuyen a perpetuar los privilegios de los varones y el modelo de dominación de los varones en sus relaciones con las mujeres, implicando un fenómeno excluyente, al apropiarse de una categoría (feminismo) que persigue excluir a personas con puntos de vista distintos[36].

Por *último*, debe tenerse en cuenta que la privación de derechos a las trabajadoras sexuales podría, en la peor de las hipótesis –en caso de descartarse el trabajo sexual como criterio directamente discriminatorio–, llegar a configurarse como supuestos de discriminación indirecta por razón de género[37], pues la prostitución, valorada en este caso como un criterio de diferenciación neutro, coloca en clara situación de desventaja mayoritariamente a la mujer, sea cis o trans, dado que así lo apuntan todos los indicadores, siendo este dato el único sobre el que parece existir consenso. Es más, más allá del género, cabría apreciar otros elementos de discriminación indirecta reconocidos expresamente en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, como factores de diferenciación discriminatorios (origen racial o étnico, nacionalidad, situación administrativa de residencia, o situación socioeconómica) pudiendo dar pie a casos de discriminación *múltiple e interseccional, definidas en los apartados a*) y b) del artículo 6 de esta norma.

33. Carmona Cuenca, E.: "¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?". en Serra Cristóbal, R. (coord.): *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, p. 64.
34. López Precioso, M. y Mestre i Mestre, R.: *Trabajo sexual...,* cit., p. 51.
35. Miura, A.: "Apertura del simposio". *Simposio internacional sobre prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual.* B.O.C.M., Madrid, 2001, p. 17.
36. Sánchez Perera, P., *Crítica de la razón puta*..., cit., p. 30
37. Beltrán E.: "En los márgenes del derecho antidiscriminatorio: prostitución y derechos de las mujeres", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45/2011, p. 45.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

B. Acoso y trabajo sexual

1. El convenio 190 OIT, sobre la violencia y el acoso

La aparición en 2019 del Convenio 190 de la OIT, sobre la violencia y el acoso, tiene repercusiones sobre el tratamiento del trabajo sexual que procede entrar a valorar. Este Convenio tiene por objeto asegurar a "trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo", el respeto, promoción y el disfrute de su derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso (art. 4). Para ello persigue alcanzar una prevención frente a los comportamientos que cupiera incluir en esa categoría de violencia y acoso y, en caso de haberse producido, procurar su cese, así como una reparación de los daños causados por los mismos.

En su artículo primero, el Convenio define la violencia y acoso como "un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género". Junto a ello, en el apartado b) de este mismo artículo, el Convenio ofrece una definición de violencia y acoso por razón de género, entendiendo que la misma "designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual".

Pues bien, el Convenio, ratificado por España, y que entró en vigor el 25 de mayo de 2023, reviste aspectos de especial trascendencia, desde mi punto de vista, con relación a la cuestión de la prostitución, los derechos de las trabajadoras sexuales, la actuación de las administraciones y el legislador, así como a ciertas campañas abolicionistas.

Lo primero que interesa destacar en este sentido, es que su ámbito de aplicación incluye no solamente a personas trabajadoras asalariadas (definidas según dispongan las legislaciones nacionales) sino que también se dirige a *otras personas en el mundo del trabajo*, resultando irrelevante su situación contractual (art. 2.1) e incluyendo expresamente a "todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal" (art. 2.2) Obviamente, el reconocimiento formal en nuestro país del trabajo sexual implicaría la aplicabilidad inmediata del Convenio al trabajo sexual, pero aun cuando no fuese así, el ámbito subjetivo del Convenio alcanza a todas las personas en el mundo del trabajo, con independencia de que se desenvuelvan en él dentro de la formalidad o de la informalidad, lo que supondría, en la situación de alegalidad vigente de la prostitución, un importante impulso para empezar a contrarrestar los efectos perniciosos que se derivan de la situación de vulnerabilidad de las trabajadoras sexuales, tal y como se ha ido exponiendo a lo largo de este texto, y que generan la situación de discriminación en la que viven las trabajadoras sexuales, favoreciendo el reconocimiento de ciertos derechos de este colectivo que redundaría en la mejora de sus condiciones de vida y de trabajo.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

Tras analizar el ámbito subjetivo del Convenio, procede detenerse, a los efectos que aquí interesa, en el análisis de las conductas a las que se refiere el Convenio, esto es, a la violencia y acoso, definidos como "comportamientos, prácticas o amenaza de comportamientos o prácticas, aislados o reiterados que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico". Dentro de tales comportamientos o prácticas quedarían incluidas las consecuencias, indicadas en apartados anteriores, derivadas de la situación actual del trabajo sexual, donde a las prostitutas se les está causando, desde luego, tanto un daño psicológico (por la actitud de hostigamiento al trabajo sexual promovido tanto desde redes sociales como desde ciertas instituciones públicas) como un daño económico, al impedirles dar publicidad de sus servicios[38], u obstaculizando la prestación de los servicios sexuales al sancionar administrativamente la solicitud, negociación o aceptación de servicios sexuales retribuidos, o expulsando a las trabajadoras sexuales de sus lugares de trabajo. Téngase en cuenta que estas conductas serán sancionables, indica el Convenio, siempre que ocurran durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, bien, entre otros espacios, en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; o en el alojamiento proporcionado por el empleador.

Junto a la definición de violencia o acoso, el Convenio contempla la de "violencia y acoso por razón de género", aspecto de importancia extrema en el contexto del trabajo sexual, configurándola como la violencia o acoso dirigida contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

En virtud del consenso existente en torno al carácter feminizado de la prostitución, así como de la importante presencia de personas trans, parece evidente que la violencia o acoso contra el trabajo sexual es reconducible a esta categoría jurídica. De este modo, y con relación al trabajo sexual, sería aplicable lo previsto en el artículo noveno, por el que se obliga a los Estados a que adopten medidas para exigir a los empleadores que implementen medidas de prevención de riesgos en materia de acoso, incorporen la violencia y el acoso en la gestión de la seguridad y salud, facilitando a trabajadores y personas concernidas formación e información acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, así como sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, adoptando y aplicando una política relativa a la violencia y el acoso.

La promulgación de una normativa sobre prevención del acoso es uno de los aspectos esenciales en las reivindicaciones de las trabajadoras sexuales dado que el contexto de la prostitución es especialmente sensible al riesgo del acoso y la

38. Artículo 11 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual por el que se establece la ilicitud de la publicidad que, entre otros aspectos, supongan promoción de la prostitución.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

violencia[39]. Por ello, la obligación del empresario de implementar estas medidas preventivas, así como la atribución de responsabilidades en la materia tanto a empresarios como otras personas concernidas, respondería a una de las necesidades más acuciantes en el mundo del trabajo sexual. Esta responsabilidad alcanzaría, además de a los empresarios, a clientes y administraciones públicas, incluibles bajo en concepto de "otras personas concernidas", las cuales deberían garantizar un entorno que evite o reduzca los riesgos para la integridad física de las prostitutas, protegiéndolas frente al acoso y la violencia.

Resultaría igualmente aplicable, dentro de una política dirigida a evitar la violencia y el acoso por razón de género, la obligación de los Estados de facilitar que las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género y que sean seguros y eficaces (art. 10) así como la obligación de que los Estados proporcionen orientaciones, recursos, formación u otras herramientas sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyendo la violencia y el acoso por razón de género, a los empleadores y a los trabajadores y a sus organizaciones respectivas, así como a las autoridades competentes (art. 11).

En definitiva, se estarían proporcionado unas condiciones –reclamadas desde hace tiempo por las trabajadoras sexuales– que favorecerían el objetivo de reducir los riesgos que los contextos en los que se ejerce el trabajo sexual acarrean para la vida e integridad física de las prostitutas, favoreciendo medidas preventivas y canales de denuncia ante abusos físicos o sexuales de clientes, empresarios o terceros. Esta necesidad no se protege mediante la adquisición del distintivo "espacio libe de prostitución", tal y como se empecina en demostrar la realidad[40], sino que requiere la adopción de medidas realistas y verdaderamente eficaces.

Junto a ello, la aplicación del Convenio 190 OIT al trabajo sexual, supondría, además, un importante apoyo para poner fin a la campaña de acoso y hostigamiento al trabajo sexual que se está dando hoy día desde el abolicionismo e instituciones públicas, que vienen ejerciendo lo que podría llegar a calificarse como violencia institucional. En este sentido, téngase en cuenta que la definición de violencia y acoso viene referida a un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, "que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar,

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

39. Basta consultar el incesante número de trabajadoras sexuales asesinadas en el ejercicio de su trabajo: https://roma.corriere.it/notizie/cronaca/22_novembre_18/omicidio-prostitute-roma-assassino-ricostruzione-daff1174-66b3-11ed-a222-843a540a9cec.shtml, https://www.diariodesevilla.es/sociedad/causa-criminal/Milena-asesinato-prostituta-escort-madrid_0_1743126540.html, https://rpp.pe/lima/policiales-crimenes/dos-trabajadoras-sexuales-fueron-asesinadas-en-puente-piedra-e-independencia-noticia-1465755, https://www.ansa.it/english/news/general_news/2022/11/23/prostitute-killer-filmed-murder-of-2-chinese-sex-workers_a5e09dd7-1da6-47fd-9021-8bf2d8440883.html.

40. En el caso de Francia, se denuncia esta situación por Bachlakova, P.: *Long read: How the Nordic model in France changed everything for sex workers*. Disponible enhttps://www.opendemocracy.net/en/beyond-trafficking-and-slavery/long-read-how-nordic-model-france-changed-everything-sex-workers/ (acceso: octubre de 2023).

un daño físico, psicológico, sexual o económico", e incluye la violencia y el acoso por razón de género. Lo relevante a la hora de configurar una práctica o comportamiento como violencia o acoso es, pues, la posible producción de un resultado lesivo más que en la concreta forma que revista la conducta causante[41].

Por último, interesa destacar los remedios que se proponen para garantizar unos espacios libres de violencia y acoso y, en su caso, reparación de los perjuicios ocasionados. El artículo 10 del Convenio exige que se garantice un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces, así como a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces, sugiriendo, como posibles medidas de carácter reparador, la creación de procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo; la creación de mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo; el acceso a juzgados o tribunales; la previsión de medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias, así como la adopción de medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas. Sobre este particular el art*ículo* 10 del convenio, junto con el apartado decimocuarto de la recomendación, recogen una serie de principios y recomendaciones a tener en cuenta en la protección y reparación del daño causado por acoso o violencia. Tales criterios se centran en la protección de la privacidad de las personas implicadas; establecimiento de sanciones efectivas[42]; acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género y que sean seguros y eficaces; derecho de la víctima a alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad, y favorecer que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo el dictado de órdenes que requieran la adopción de medidas de aplicación inmediata, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de las víctimas.

2. *La repercusión de la ratificación del convenio 190 OIT en la situación del trabajo sexual en españa*

La ratificación por parte del Reino de España del Convenio 190 OIT. refuerza la necesidad de tener en cuenta el trabajo sexual en la aplicación de la Ley 15/2022, de 12 de

41. Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 57, 2020, p. 521.

42. Sanciones que puedan suponer el derecho a la readmisión del trabajador, el derecho a la extinción indemnizada del contrato a instancias de la persona trabajadora, la fijación de una indemnización por daños; orden de paralización de las conductas de acoso o violencia; o imposición de costas y honorarios de asistencia letrada.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Esta norma, cuyo objeto es el de garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, así como respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución (art. 1 de la Ley 15/2022), tipifica como vulneración del derecho a la discriminación "la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes" (art. 4.4). Esta ley incluye en su ámbito de aplicación tanto al trabajo asalariado como al trabajo por cuenta propia, aplicándose al empleo irregular en los términos del art. 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Incluidas las trabajadoras sexuales en el ámbito subjetivo del Convenio 190 OIT (por lo menos, sin duda, mientras subsista una situación de alegalidad respecto del trabajo sexual), y partiendo de la consideración de las prostitutas como colectivo vulnerable como se ha expuesto previamente, la definición de acoso de la Ley 15/2022 deberá justarse a lo previsto en el Convenio 190 OIT, lo que resulta de especial importancia pues la norma interna reconoce expresamente el acoso como conducta discriminatoria. En cualquier caso, el Convenio 190 deja en manos de la legislación nacional, tanto que los Estados definan la violencia y el acoso como un concepto único o como conceptos separados, como determinar las prácticas y comportamientos específicos que constituyen violencia y acoso, siendo lo verdaderamente importante que exista una prevención efectiva del conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables y una protección contra los mismos (art. 1.2).

Dicho esto, cabe analizar el impacto de esta norma en el trabajo sexual. En primer término, y ya analizada la consideración de quienes ejercen el trabajo sexual como grupo desfavorecido en el apartado 2.2.3. de este texto, el artículo 4.4 de la Ley resulta decisivo para perseguir actos de intolerancia de los grupos desfavorecidos, como podrían ser las campañas orquestadas para privar de derechos al trabajo sexual, además de servir de acicate para impedir la inacción de legisladores, administraciones y Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el reconocimiento de derechos a las trabajadoras sexuales, así como en su eficacia práctica. De este modo, en aplicación de esta ley podrían entenderse, como se ha señalado en el apartado anterior, ilegales las campañas abolicionistas dirigidas contra la prostitución, dado que, no obstante afirmarse que no van dirigidas contra las personas que ejercen la prostitución, resulta que son ellas las principales perjudicadas de una eventual abolición (neo-prohibición) de la prostitución.

A pesar de que pudiera objetarse que estas campañas no tienen el objetivo de "atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo" (lo que no comparto, vistas las declaraciones de gobernantes y las manifestaciones proferidas por grupos abolicionistas en conferencias, medios de comunicación y redes sociales en esta despiadada campaña pro abolicionista), debe tenerse en cuenta que el concepto de

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

acoso discriminatorio no solo queda integrado por las conductas que persigan objetivamente atentar contra la dignidad de las prostitutas, sino que basta con que lleven aparejada la *consecuencia* de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 4) Resulta incontestable, a la vista de los resultados experimentados, que ese ambiente hostil está presente hoy día en nuestra sociedad, regida por un ordenamiento jurídico en el que la prostitución no está todavía abolida, y donde las trabajadoras sexuales mantienen la constante preocupación de encontrar espacios seguros en los que exponer sus argumentos en defensa de sus intereses, viéndose sometidas en muchas ocasiones a una violencia institucional que censura (o pretende censurar[43]) los actos en los que planean intervenir, dado que no interesa el debate sobre la cuestión, sino la imposición del objetivo pretendido. La falta de paridad de armas existente entre un movimiento abolicionista, que cuenta con el respaldo de sectores influyentes de los gobiernos tanto estatal como autonómicos, y la precaria situación de las trabajadoras sexuales, a quienes no resulta fácil –salvo contadas excepciones– dar la cara como consecuencia de trabajar en una actividad fuertemente estigmatizada, avala la anterior conclusión.

Los argumentos esgrimidos a lo largo de este texto deberían bastar –con independencia de que sean susceptibles de mejora o ampliación– para dar validez a los medios de tutela previstos en la norma para lograr la defensa de las trabajadoras sexuales ante el nivel de violencia y acoso imperante hoy día, dirigido a alcanzar la meta de la "abolición", un objetivo que, en realidad, consiste en la declaración meramente formal y legal de "territorio libre de prostitución" más que de erradicación de la prostitución, cuando no se están proponiendo alternativas reales al ejercicio de la misma que hagan desaparecer las verdaderas causas que se encuentran en la base de la actividad, que si bien se centran en una situación de dependencia económica, no constituye la única causa del fenómeno.

En otro orden de consideraciones, la inclusión del trabajo sexual en el ámbito de aplicación de la Ley 15/2022, favorecerá el reconocimiento de un conjunto amplio de derechos de las trabajadoras sexuales, coincidentes en buena medida con sus actuales reivindicaciones, al establecer en su artículo tercero, como ámbito objetivo de aplicación de la ley, cuestiones como, entre otras, unas mejores condiciones de trabajo[44]; el refuerzo de los derechos de participación de las trabajadoras sexuales en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico; la protección social, las prestaciones y los servicios sociales; el acceso

43. Lo que llevó a la aparición del movimiento *#UniversidadSinCensura* reivindicando la libertad de expresión sobre el trabajo sexual, tras la suspensión de un acto en A Coruña por presiones de colectivos abolicionistas.

44. Se daría así respuesta a la preocupación que, en alguna ocasión, ha mostrado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respecto de la inexistencia en el Estado parte de medidas destinadas a garantizarles unas condiciones laborales seguras y de programas de ayuda para las mujeres que deseen abandonar esa actividad. En este sentido, CEDAW: *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Hungría, aprobadas por el Comité en su 54º período de sesiones (11 de febrero a 1 de marzo de 2013)*, apartado 22, p. 6. Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/422/36/PDF/G1342236.pdf?OpenElement (acceso: octubre de 2023)

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

a bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda; el acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público, así como el uso de la vía pública y estancia en la misma; la seguridad ciudadana; publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información; internet, redes sociales y aplicaciones móviles; Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación.

También resulta destacable el empeño que pone el legislador en favorecer la información y asesoramiento, adaptados a las circunstancias de cada persona, para hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley, los recursos disponibles, e incluso el asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de una denuncia (art. 5.4) creándose para ello la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, regulada en el Título III de la ley.

En definitiva, la ley, que contempla un entramado de responsabilidades administrativas, y, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, puede jugar como instrumento válido para exigir el reconocimiento de unos derechos históricamente reclamados por el colectivo de trabajadoras sexuales, dando lugar a un régimen jurídico del trabajo sexual orientado hacia aquel que ha servido como referente para el movimiento pro derechos en el debate de la prostitución, como es el modelo de Nueva Zelanda, el cual, sin colmar todas las pretensiones, y con sus carencias, marca la ruta a seguir, al despenalizar el trabajo sexual y conceder derechos a las trabajadoras sexuales en un contexto de reducción de daños mediante la integración de la industria del sexo en los marcos sociales y legales existentes, y no situándola en un lugar apartado del resto de la sociedad[45].

El abolicionismo y el movimiento pro-derechos coinciden, cuando menos, en un punto: la vulnerabilidad de la prostituta, si bien desde una perspectiva distinta, pues unos entienden dicha vulnerabilidad como consecuencia de ser víctimas del "sistema prostitucional", y los otros la consideran como una consecuencia de la privación de derechos de las prostitutas. De una parte, en el argumentario abolicionista se fija la atención en la persona que ejerce la prostitución con objeto de proteger su dignidad, puesto que consideran que la prostitución, *degradación comercializada de la íntima comunicación sexual en beneficio sobre todo de los varones*[46], es incompatible con la dignidad de la persona. Por otra, la corriente pro-derechos aboga por colocar a la trabajadora sexual como el interés a proteger en una regulación de la prostitución para hacer frente a la situación de vulnerabilidad que la prostituta sufre en el ejercicio de su actividad (en el fondo, pues, para defender su dignidad, si bien no se considera que ésta se vea afectada por la actividad a la que se dedica la trabajadora sexual, sino, como ha quedado dicho, por las condiciones en las que aquélla se ejerce).

Estos enfoques resultan antagónicos, pues mientras el primero trata a la prostituta como a un menor, incapaz de saber lo que resulta bueno para ella y victimizándola

45. Abel, G., y Armstrong, L.: *Trabajo sexual con derechos. Una alternativa de despenalización*, Virus. Barcelona, 2022, p. 29.

46. Nubiola, J. y Bernal, J.: "Pornografía", cit., p. 263.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

por el hecho de estar en el mundo de la prostitución, el segundo se fija en la prostituta como sujeto de derechos, exigiendo una intervención estatal que proteja a las trabajadoras sexuales de las situaciones de vulnerabilidad que pueden acaecer en el ejercicio de su actividad profesional. En realidad, como sostiene Cayla, el principio de dignidad podría estar siendo empleado para introducir un grado de confusión tal, que permitiera llegar a subvertir los principios más elementales de una sociedad democrática fundada en los derechos del hombre[47].

Ante esta disyuntiva, procede concluir que el análisis del fenómeno del trabajo sexual debe centrarse en valorar cuál de los dos modelos respeta mejor los derechos de las personas que la ejercen, pues ese es el bien jurídico a valorar en primer término en un Estado social y de derecho, inserto en un contexto internacional que prima los derechos humanos y la no discriminación. Únicamente mediante el reconocimiento de los derechos de quienes ejercen el trabajo sexual se puede contribuir a evitar dejar a nadie atrás, lo que constituye la promesa central y transformadora de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y que, entre otros aspectos, "obliga a centrarnos en la discriminación y las desigualdades (a menudo múltiples e interceptadas) que socavan la entidad de las personas como titulares de derechos. Muchas de las barreras a las que se enfrentan las personas para acceder a servicios, recursos e igualdad de oportunidades no son simplemente accidentes del destino o falta de disponibilidad de recursos, sino el resultado de leyes, políticas y prácticas sociales discriminatorias que dejan a grupos particulares de personas cada vez más atrás"[48].

Bibliografía

Abel, G. y Armstrong, L.: *Trabajo sexual con derechos. Una alternativa de despenalización,* Virus, Barcelona, 2022.

Acton, W.: *Prostitution, considered in its moral, social and sanitary aspects,* John Churchill and Sons, Londres, 1870.

Añón Roig, M. J.: "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja". *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 39, 2013, pp. 127-157.

Bachlakova, P: *Long read: How the Nordic model in France changed everything for sex workers*, 2020. Disponible en https://www.opendemocracy.net/en/beyond-trafficking-and-slavery/long-read-how-nordic-model-france-changed-everything-sex-workers/ (acceso: octubre de 2023).

Beltrán, E.: "En los márgenes del derecho antidiscriminatorio: prostitución y derechos de las mujeres", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 45, 2011, pp. 43-63.

Brufao Curiel, P.: "Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición", *Estudios de Progreso*, núm. 33, 2008.

47. Cayla, O., "La plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir", en AA.VV.: *La liberté sexuelle*, PUF, París, 2005, p.100.

48. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, *No dejar a nadie atrás.* Disponible en https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/leave-no-one-behind (acceso: octubre de 2023).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

Camargo Hernández, C. "Cuestiones penales", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* fascículo 3, 1958, Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1958-20023700254 (acceso: octubre de 2023).

Carmona Cuenca, E.: "¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?", en Serra Cristóbal, R. (coord.): *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

Castellanos Torres, E. y Ranea Triviño, B.: "La perspectiva de género y de los Derechos Humanos en el análisis de la prostitución y la trata de mujeres con fines de explotación sexual. Una aproximación desde la voz de las propias mujeres", *Dilemata,* núm. 16/2014, pp. 161-179.

Cayla, O.: "La plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir", en AA.VV.: *La liberté sexuelle*, PUF, París, 2005.

CEDAW. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Hungría, aprobadas por el Comité en su 54º período de sesiones*, 2013. Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/422/36/PDF/G1342236.pdf?OpenElement (acceso: octubre de 2023).

Darley, M. *et al.* "Prostitution Policies in France", *Assessing Prostitution Policies in Europe*, 2018.

De la Villa, L. E.: "En torno al concepto del Derecho español del Trabajo", *Revista de Trabajo*, núm. 26, 1969, pp. 103-118.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "Contrato y libertad contractual". *THEMIS: Revista de Derecho*, n. 49, 2004, pp. 7-14.

Fita Ortega, F.: "La prostitución: posible objeto de contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual", *Revista de Derecho Social*, núm. 47, 2009, págs. 91-108.

Fita Ortega, F.: "Violación de la prohibición de discriminación en el tratamiento de la prostitución por parte de los tribunales laborales españoles". *RELIES: Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020, pp. 131-151

Gay Herrero, S.; Sanz, M. y Otazo Alza, E.: "¿Prostitución=profesión? Una relación a debate", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 13, 2003

Gira Grant, M.: *ICE is Using Prostitution Diversion Courts to Stalk Immigrants*, 2017, disponible en https://www.villagevoice.com/2017/07/18/ice-is-using-prostitution-diversion-courts-to-stalk-immigrants/ (acceso: octubre de 2023).

Group on discrimination against women and girls: *Eliminating discrimination against sex workers and securing their human rights,* 2023. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/women/wg/sex-work-pp-fin-proofread-24-sept.pdf (acceso: octubre de 2023)

Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, *No dejar a nadie atrás.* Disponible en https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/leave-no-one-behind (acceso: octubre de 2023).

Mac, J. & Smith, M.: *Revolting prostitutes. The fight for sex workers' rights*. Verso. Londres, New York, 2018.

Lochak, D.: "La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres?", en AA.VV.: *La liberté sexuelle,* PUF, París, 2005.

López Precioso, M. y Mestre i Mestre, R.: *Trabajo sexual. Reconocer derechos*. Ediciones la Burbuja, Valencia, 2006.

Martínez Cano, M.: Violencias hacia las personas que ejercen la prostitución en la Región de Murcia. *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2020, pp. 227–251

Martínez López, P.: "Apertura del simposio". *Simposio internacional sobre prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual,* B.O.C.M., Madrid, 2001.

Mestre i Mestre, R.: "La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado". *RELIES:*

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades, núm. 4, 2020. pp. 208–226.

Mestre i Mestre, R.: "La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos" *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016.

Mestre i Mestre, R.: "Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos". en Serra Cristóbal, R. (coord.): *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos,* Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 13-42.

Miura, A.: "Apertura del simposio". *Simposio internacional sobre prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual,* B.O.C.M., Madrid, 2001.

Nubiola, J. y Bernal, J.: "Pornografía". *Diccionario General de Derecho Canónico*, *volumen VI*, Aranzadi - Thomson-Reuters, Pamplona, 2012.

Pomares Cintas, E.: "La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas", *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, núm. 4, 2012, pp. 173-191.

Peris, M. C.: "La prostitución valenciana en la segunda mitad del siglo XIV", *Revista d'historia medieval*, núm. 1, 1990, p. 179-199.

Renucci, J. F.: *Droit Européen des Droits de l'Homme*, LGDJ, París, 2002.

Romagnoli, U.: *Il lavoro in Italia. In giurista racconta*, Il Mulino, Bologna,1995.

Sánchez Perera, P.: *Crítica de la razón puta. Cartografías del estigma de la prostitución,* Madrid, Lao-vejaroja, 2022.

Sandel, M. J.: *Lo que el dinero no puede comprar*, Debate, Barcelona, 2012.

Thomas, H.: "Du lancer de nain comme canon de l'indignité. Le fondement éthique de l'État social", *Raisons Politiques*, n. 2, 2002.

Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 57, 2020, pp. 498-538.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 265 - 288
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.15

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales*

LABOUR ASPECTS OF LAW 15/2022, OF JULY 12, COMPREHENSIVE FOR EQUAL TREATMENT AND NON-DISCRIMINATION. IN PARTICULAR, DISMISSAL IN A SITUATION OF ILLNESS: NEW LEGAL CRITERIA AND FIRST JUDICIAL PRONOUNCEMENTS

Carlos Javier Galán Gutiérrez
Magistrado titular del orden jurisdiccional social
Juzgado de lo Social núm. 14 de Sevilla
Profesor colaborador de Proceso Laboral en el Máster Universitario de Abogacía
Universitat Oberta de Catalunya
cgalang@uoc.edu 0009-0001-9634-1939

Recibido: 04.10.2023 Aceptado: 29.11.2023

RESUMEN

La Ley 15/2020, de 12 de julio, ha venido a regular con carácter integral el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, estableciendo su alcance objetivo y subjetivo y sus garantías. La nueva legislación incide en el ámbito laboral, al aplicar sus previsiones al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo. El presente artículo analiza los aspectos básicos de la norma, para centrarse luego específicamente en el novedoso tratamiento del despido en situaciones de enfermedad, poniendo en relación el análisis jurídico de este aspecto de la ley con los primeros pronunciamientos judiciales a los que ha dado lugar.

PALABRAS CLAVE

Igualdad de trato
No discriminación
Enfermedad
Despido
Nulidad

ABSTRACT

Law 15/2020, of July 12, has comprehensively regulated the right to equal treatment and non-discrimination, establishing its objective and subjective scope and its guarantees. This new legislation affects the labour field, by applying its provisions to access to employment and working conditions. This article analyses the basic aspects of the new norm, to then focus specifically on the new treatment of dismissal in situations of illness, relating the legal analysis of this aspect of the law with the first judicial pronouncements that have been issued.

KEYWORDS

Equal treatment
Non-discrimination
Illness
Dismissal
Nullity

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY
A. AMPLIACIÓN DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN
B. TIPOS DE DISCRIMINACIÓN
C. MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA
D. CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS DISCRIMINATORIOS
E. APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL
III. EL TRATAMIENTO DEL DESPIDO EN SITUACIÓN DE ENFERMEDAD
A. ¿CAUSA OBJETIVA O SUBJETIVA?
B. ¿QUÉ TIPOS DE ENFERMEDAD ESTÁN PROTEGIDOS?
C. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA
D. VALORACIÓN DE LOS INDICIOS
E. CALIFICACIONES POSIBLES
IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación viene a cubrir un hueco que sin duda existía en nuestro país en el desarrollo legislativo del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Hasta la fecha contábamos con normas que regulaban específicamente la igualdad por razón de sexo –la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres– y la igualdad de las personas discapacitadas –la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre–, pero no existía un instrumento legislativo que abordara la igualdad de trato y la no discriminación de manera global.

Ha sido objeto de controversia por qué la norma no se ha tramitado y dictado con el rango de Ley Orgánica, puesto que desarrolla un derecho fundamental de nuestra Constitución –el del artículo 14– y parecería que ello implica que deba entrar en juego la exigencia del artículo 81.1 de la misma Carta Magna. Personalmente, también me sorprende, pero, en todo caso, la cuestión escapa al objeto del presente trabajo.

En el este artículo se sistematizan y amplían las ideas que fueron expuestas en la mesa redonda "El impacto de las novedades normativas y jurisprudenciales en la práctica jurídico laboral", que tuvo lugar el pasado 16 de mayo de 2023 en la Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo de la Universidad de Málaga, dentro del programa del Congreso Nacional "El nuevo marco jurídico en materia de igualdad y no discriminación a partir de las últimas novedades normativas y jurisprudenciales en materia laboral". En dicha mesa redonda, moderada por el profesor Francisco Vigo Serralvo, tuve oportunidad de conversar públicamente con Eduardo Ruiz Vega, presidente del Colegio de Graduados Sociales de Málaga y Melilla, y con la abogada Raquel Alarcón Fanjul, y de explicar estos criterios, que ahora desarrollo, complementándolos con algunas referencias a los primeros pronunciamientos judiciales dictados tras la entrada en vigor de la ley.

II. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY

A. Ampliación de causas de discriminación

Como es sabido, el artículo 14 de la Constitución menciona la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión, si bien añade el "cajón de sastre" de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea alude a "sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual", añadiendo luego la nacionalidad dentro del marco de la Unión Europea.

Por su parte, la nueva Ley, realiza en su artículo 4 una ampliación de las posibles causas de discriminación frente a las que establece protección, con adición al listado de la enfermedad o condición de salud (a la que luego nos referiremos específicamente), el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (muy interesante previsión en determinados ámbitos, por ejemplo la actividad aseguradora), la identidad sexual y la expresión de género (con lo cual apunta a conceptos de carácter personal, social y cultural que trascienden el mero sexo biológico), la lengua y la situación socioeconómica, manteniendo también la cláusula final abierta de la Constitución, esto es, "cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

B. Tipos de discriminación

La ley deja claro en su artículo 6 que no solo es de aplicación frente a la obvia discriminación directa, sino también –lo que resulta crucial en la aplicación práctica– frente a la discriminación indirecta, en la que una disposición, criterio o práctica que se presenta como aparentemente neutra provoca, sin embargo, una desventaja particular por las causas citadas como factores discriminatorios.

La ley contempla figuras que se habían tratado en la jurisprudencia, como son la discriminación por asociación, por error, la múltiple e interseccional, así como el acoso discriminatorio que se había introducido anteriormente en el artículo 28 de Ley 62/2003 de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, al trasponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

C. Medidas de acción positiva

Hay que destacar que el texto legal apuesta por las medidas de acción positiva, esto es, por aquellas diferencias de trato que tienen por finalidad justamente compensar discriminaciones o desventajas de partida para la consecución de una igualdad real.

El artículo 7 prevé que medidas de este tipo puedan ser aplicables "en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan".

En este sentido, resulta oportuno recordar la muy asentada doctrina del Tribunal Constitucional admitiendo que las medidas de acción positiva (antes llamada *discriminación positiva*) no solo no vulneran el derecho fundamental a la igualdad, sino que pueden ser un instrumento para su garantía. Así, en materia de igualdad de sexo, el Tribunal Constitucional en su sentencia 229/1992[1] afirmó que:

> la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un 'derecho desigual igualatorio', es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer (SSTC 128/1987 y 19/1989). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer.

En similares términos se pronunció en su sentencia 269/1994[2] respecto a medidas positivas en materia de discapacidad:

> Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art*ículo* 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art*ículo* 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, solo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad.

La acción positiva no solo puede ser fruto de medidas políticas y legislativas (art. 33 y ss. de la ley), sino que también se contempla la posibilidad de su inclusión en la negociación colectiva (art.10.2).

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

1. Sentencia 229/1992 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 2281/1989. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993, pp. 58-63. Corrección de errores del texto de la sentencia en BOE núm. 69, de 22 de marzo de 1993, p. 43.

2. Sentencia 269/1994 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 8 de noviembre. Recurso de amparo 3170/1993. BOE núm 267, de 8 de noviembre de 1994, pp. 43-48.

D. Consecuencias de los actos discriminatorios

El primer efecto de las actuaciones que lesionen el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación será su nulidad. La nueva ley dispone (art. 26) que serán "nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación" por alguno de los motivos contemplados en la ley.

La tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá medidas necesarias para poner fin a la situación discriminatoria, dirigidas al cese inmediato, incluyendo la posibilidad de adopción de medidas cautelares (art. 28).

De acuerdo con el artículo 27, incurrir en actos discriminatorios generará, además, obligación de restitución de la víctima a la situación anterior cuando ello sea posible y, en todo caso, de indemnizar los daños y perjuicios producidos. En este sentido, se presumirá como existente el daño moral.

E. Aplicación en el ámbito laboral

Hay que destacar que, en el plano laboral, la ley extiende su protección no solo a las condiciones de trabajo, sino también al acceso al empleo, aspecto un tanto olvidado hasta ahora en la acción legislativa y ejecutiva. Su artículo 9 dispone que:

> no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

Las empresas tendrán la obligación de aplicar instrumentos para prevenir, detectar y hacer cesar situaciones discriminatorias. Tanto la empresa como la representación legal de las personas trabajadoras en la misma velarán, en aplicación del artículo 10.2, por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, previendo que hagan seguimiento de las medidas de acción positiva y la consecución de sus objetivos.

Se ha dispuesto asimismo que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social incluya en su plan anual integrado de actuación el desarrollo de planes específicos en materia de igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo (artículo 9.4). Las empresas, de conformidad con el artículo 27.2, incurrirán en responsabilidad y en obligación de reparar los daños y perjuicios causados cuando hayan incumplido sus deberes en materia de prevención y tutela antidiscriminatoria. También pueden incurrir en responsabilidad administrativa por los citados incumplimientos, pues la Ley incluye infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación en sus artículos 46 y siguientes.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

II. EL TRATAMIENTO DEL DESPIDO EN SITUACIÓN DE ENFERMEDAD

Al introducir expresamente la enfermedad como causa de discriminación prohibida, así como la nulidad de los actos que discrimen por esa razón, la Ley 15/2022 cambia sustancialmente la respuesta legal y judicial ante el despido de la persona trabajadora afectada por una enfermedad.

Aunque nos vayamos a referir al despido, que es una de las cuestiones que mayor interés han despertado, similares consideraciones podrían resultar aplicables a otras medidas empresariales, como las sanciones en general o cualquier decisión empresarial –movilidad geográfica o funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo, etc.- que pudiera fundarse en la causa de discriminación prohibida de enfermedad o condición de salud.

A. ¿Causa objetiva o subjetiva?

A pesar de algunas opiniones en sentido contrario, creo que es mayoritaria la postura doctrinal –que comparto plenamente– de que no nos encontramos ante una causa de nulidad automática del despido como las reguladas en las letras a), b) y c) del apartado 5 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores. Este tipo de situaciones –el embarazo y los permisos y suspensiones enumerados en el precepto– dispensan a la persona trabajadora una especial protección legal, que opera con independencia del *animus* de la empresa al adoptar su decisión.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2008, de 21 de julio[3], reconoció que el legislador introdujo una causa adicional ("será también nulo...") y distinta a la ya enunciada en el párrafo primero del artículo 55.5 ET (los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas). Esta causa de nulidad actúa siempre que concurran objetivamente tales supuestos y "al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación".

En la causa más arquetípica, que es el embarazo, la jurisprudencia ha señalado que la decisión es nula aun cuando la empresa no conociera tal situación. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2017[4], sintetizando la doctrina de la sala, recuerda que "se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a 'la fecha de inicio del embarazo', por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha –a la que se retrotrae la protección– ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo". La finalidad de la norma es,

3. Sentencia 92/2008 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 21 de julio. Recurso de amparo 6595/2006. BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008, pp. 63-71.

4. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 942/2017, de 28 de noviembre. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3657/2015. ROJ: STS 4405/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4405.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

como señala el Supremo en su sentencia de 18 de abril de 2011[5], "proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental (...)" entendiendo así que la garantía de estabilidad en el empleo debe ser objetiva y automática.

La Ley 17/2022 no ha modificado el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y no ha ampliado, por tanto, ese catálogo normativo de supuestos de nulidad objetiva.

A diferencia de los tales casos, la nulidad prevista en el artículo 26 de la Ley de Igualdad de Trato hemos de vincularla con la previsión del primer párrafo del citado artículo 55.5 ET, esto es, con aquellos despidos que tengan "por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley". Por ello, en este supuesto no basta con que concurra una mera situación objetiva –despido durante enfermedad–, sino que la declaración de nulidad precisa de la acreditación de que tal decisión empresarial estaba relacionada con la propia enfermedad, sin perjuicio de que a dicha conclusión pueda llegarse por la vía de presunción y de inversión de la carga probatoria, como veremos.

Aun cuando todavía no existe un gran número de resoluciones judiciales que apliquen la ley y, en tanto no se produzca unificación de doctrina, no puede darse nada por definitivo, las primeras sentencias dictadas sobre hechos producidos tras la entrada en vigor de la norma están coincidiendo en esta apreciación. Así, la muy ilustrativa sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 4 de abril de 2023[6] afirma que "la nueva ley no establece tampoco un supuesto de nulidad objetiva o automática como los que se vinculan a la maternidad y permisos y derechos conciliatorios en los términos que regula el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores".

De manera similar, la sentencia de 19 de mayo de 2023 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Valladolid[7] considera que "no estamos ante un supuesto de nulidad objetiva de las previstas también en el artículo 55 ET como el supuesto de embarazo. La ley prevé en su artículo 30 en términos similares a los establecido en el art*ículo* 96.1 LRJS que corresponde a quien alegue discriminación aportar indicios fundados sobre su existencia (...)".

B. ¿Qué tipos de enfermedad están protegidos?

Con anterioridad a la promulgación de la ley que comentamos, el Tribunal Constitucional[8] había descartado que la cláusula de cierre del artículo 14 –"cualquier otra condición

5. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 4233/2011, de 18 de abril. Recurso de casación para la unificación de doctrina 2893/2010. ROJ: STS 4233/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4233.

6. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona núm. 132/2023, de 4 de abril. Autos 738/2022. ROJ: SJSO 926/2023 - ECLI:ES:JSO:2023:926.

7. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Valladolid núm. 173/2023, de 19 de mayo. Autos 667/2022. ROJ: SJSO 2366/2023. ECLI:ES:JSO:2023:2366.

8. Sentencia 62/2008 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 26 de mayo. Recurso de amparo 3912/2005. BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008, pp. 26-35.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

o circunstancia personal o social"– comprendiese la enfermedad como factor segregador, de tal manera que el despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, cuando no se cumplían los requisitos sustantivos o procedimentales, era improcedente y no nulo. La situación cambió en la práctica judicial a raíz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente la sentencia del caso Daouidi, de 1 de diciembre de 2016[9], que, en interpretación de la Directiva 2000/78/CE, equiparó con el concepto de discapacidad determinadas situaciones de enfermedad limitantes cuando existía previsión de una situación duradera, sin "una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo".

La nueva Ley 15/2022, al incluir de forma expresa la enfermedad como tal entre los motivos de discriminación prohibidos, modifica ese panorama de forma relevante, pues ya no será exigible que se acredite una mayor o menor gravedad de la enfermedad o una mayor o menor duración previsible de la misma para que entre en juego la calificación de nulidad.

Como recuerda acertadamente la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 4 de abril de 2023 ya reseñada, "resulta indiferente qué clase de enfermedad afecta a la persona trabajadora, no mencionándose en la ley ninguna exigencia u objetivación vinculada a la gravedad, o a la duración de la enfermedad o a la necesidad de que constituya una dolencia estigmatizante a los efectos de integrarla en otras causas y motivos de discriminación", puesto que la enfermedad *per se* ya es una causa de discriminación expresamente prevista en la norma.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, en sentencia de 15 de febrero de 2023[10], también pone de manifiesto que la norma "tampoco establece que la enfermedad tenga una determinada intensidad, gravedad o permanencia en el tiempo, separándola así de la noción de discapacidad".

Tampoco es necesario, para que se apliquen los mecanismos protectores de la ley, que la persona trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal. Cuando se aporten indicios de que el padecimiento de una enfermedad, conocida por la empresa, ha influido en la motivación de una decisión empresarial que resulte discriminatoria, podrá instarse su declaración de nulidad, con independencia de que exista o no un proceso de IT en ese momento.

La misma resolución del Juzgado de lo Social de Pamplona, en el atinado resumen que el magistrado Carlos González González hace sobre reglas de la nueva regulación del despido fundado en enfermedad, afirma: "Si el despido es consecuencia o a causa de la enfermedad, debe calificarse como nulo, al margen de que exista o no una situación de baja médica o aunque se comunique tras el alta médica de la persona trabajadora afectada".

9. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 1 de diciembre de 2016. Asunto 395/15. ECLI:EU:C:2016:917.

10. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 15 de febrero de 2023. Autos 753/2022. ROJ: SJSO 5/2023 - ECLI:ES:JSO:2023:5.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

También la mencionada sentencia citada del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada afirma que "la norma se refiere simplemente a enfermedad, sin exigir propiamente la situación de incapacidad temporal, aunque ésta es un dato para comprobar su existencia".

C. La inversión de la carga de la prueba

El artículo 30.1 de la Ley de Igualdad de Trato dispone que "de acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

El mecanismo –inversión de la carga de la prueba en caso de aportación de indicios de discriminación– ya venía aplicándose en la normativa procesal laboral. El artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone que en aquellos procedimientos en los que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación o de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 181.2 de la misma LRJS, referido específicamente a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales.

En la aplicación de dicho principio de inversión de la carga de la prueba, la doctrina jurisprudencial viene manteniendo que cuando, ante una decisión empresarial, se invoque por la persona trabajadora su carácter discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, de modo tal que esa invocación genere una razonable sospecha de discriminación, ha de trasladarse a la empresa la prueba de la existencia de un motivo razonable de su actuación, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la convicción de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 114/1989, de 22 de junio[11]).

Para invertir la carga de la prueba no es suficiente con la simple alegación del carácter discriminatorio de la decisión empresarial, sino que incumbe a quien solicita la tutela aportar indicios que permitan deducir con verosimilitud la posibilidad de que tal discriminación se haya producido. No se trata tampoco de una prueba plena para formar la convicción del juez sobre los hechos, sino un elemento suficiente para inducir a una creencia racional sobre su posibilidad.

11. Sentencia 114/1989 del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 22 de junio. Recurso de amparo 661/1989. BOE núm. 175, de 24 de julio de 1989, pp. 12-15.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

Por tanto, la ley extiende un mecanismo que no nos resultaba ajeno en el ámbito del proceso social: quien reclame la nulidad de un despido alegando su carácter discriminatorio por razón de enfermedad o condición de salud, deberá aportar al órgano judicial "indicios fundados" de esa conexión entre la extinción y la enfermedad. Cumplida la aportación de ese material indiciario, la carga probatoria se desplaza y, para que no se declare la nulidad, la empresa que adoptó la decisión deberá justificar cumplidamente que la misma obedecía a causas justificadas y ajenas a ese propósito discriminatorio.

E. Valoración de los indicios

Una de las cuestiones de mayor trascendencia práctica que se plantea en orden a la aplicación de la nueva regulación es si la mera coincidencia en el tiempo entre una baja por incapacidad temporal y la decisión extintiva será suficiente para entender que existe un indicio fundado o si es exigible "algo más". En este aspecto es donde creo que diferirán más los criterios judiciales hasta que el Tribunal Supremo fije doctrina al respecto.

Algunos autores consideran que la mera correspondencia en el tiempo entre la circunstancia de salud –la baja por enfermedad o accidente conocida por la empresa– y la decisión extintiva será suficiente a efectos indiciarios. En mi opinión, esa coincidencia temporal no supone por sí sola un indicio, sino que los juzgadores tendremos que analizar el conjunto de circunstancias que concurren en cada supuesto concreto sometido a nuestro enjuiciamiento. En caso contrario, estaríamos convirtiendo lo que es una causa de nulidad subjetiva en objetiva o cuasiobjetiva.

En las nulidades subjetivas vinculadas a una condición o circunstancia personal, obviamente no basta con la concurrencia de dicha circunstancia y el despido: por ejemplo, no es suficiente con ser mujer y ser despedida para entender indiciariamente que hay discriminación por razón de sexo; no basta con ser extranjero y ser despedido para considerar aportado un indicio de discriminación por nacionalidad; no basta con estar afecto por una discapacidad y que se extinga la relación laboral para apreciar indicio de discriminación por tal motivo; etc. En todos esos casos se exige algún factor más, un elemento que induzca la creencia racional de que la decisión empresarial pudo obedecer precisamente a esa circunstancia o condición de la persona despedida. Por tanto, desde esta perspectiva, creo que no basta con estar enfermo y ser despedido para, automáticamente, considerar cumplida la aportación de indicio de discriminación.

En aquellos casos de nulidad subjetiva en los que no se trata de cualidades o situaciones que afecten a la persona, como sería, por ejemplo, la garantía de indemnidad, la exigencia sin duda se relaja, pero tampoco hay una activación automática, de manera que cuando existe una reclamación ya siempre se entienda que el despido fue reactivo frente a la misma. Los órganos judiciales han venido valorando aspectos tales como la cercanía o lejanía en el tiempo, o si la medida no se adoptó contra otros

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

reclamantes en análoga situación, o si la reclamación era manifiestamente infundada con la finalidad precisamente de constituir un blindaje, etc.

Otro tanto sucede con las conductas vulneradoras del derecho fundamental a la libertad sindical, donde no basta con que el trabajador despedido venga ejerciendo activismo sindical para que se produzca inversión automática de la carga probatoria, sino que se exige la concurrencia de un indicio que relacione la decisión empresarial con tal labor. Para empezar, suele analizarse si concurre cierta correspondencia temporal entre algún hecho o circunstancia concreta en el ejercicio de dicha actividad y la reacción de la empresa. También se valoran circunstancias tales como comentarios informales, actitudes empresariales frente al hecho sindical, diferencias de trato frente a otros empleados en situación análoga, pero sin actividad sindical conocida, etc.

¿Qué indicios pueden tenerse en cuenta para conectar un despido y una situación de enfermedad? La cuestión es eminentemente casuística y de valoración por parte del juzgador, pero me atrevo a sugerir algunos ejemplos. Además de la coincidencia en el tiempo y el conocimiento por parte de la empresa, se podría tener en cuenta:

— La proximidad de la reacción empresarial a un hecho relevante del proceso de incapacidad temporal.
  Es decir, que no solo se produzca un despido en cualquier momento de un proceso de incapacidad temporal, sino que la decisión empresarial aparezca como reacción inmediata tras conocer la propia baja, o al modificarse la duración estimada del proceso, de duración corta a media o larga, o tras conocer la empresa que deberá producirse una intervención quirúrgica, etc.
— La existencia de previsiones de continuidad de la persona trabajadora en plantilla que cambian a raíz de la baja por incapacidad temporal.
  Por ejemplo, si consta que la empresa contaba con la persona empleada, encomendándole tareas con cierta previsión temporal prolongada o encuadrándole en proyectos a medio o largo plazo, programando formación, concretando vacaciones futuras, ascendiéndole o premiándole, etc., y tal situación cambia a partir de su baja por enfermedad o accidente, produciéndose la extinción sin que en ese lapso concurra ningún hecho novedoso –distinto de la enfermedad– que explique el cambio de actitud.
  Por el contrario, cuando ya existan antes de la incapacidad temporal previsiones de extinción de la relación laboral –por finalización de contrato con una duración previamente determinada, por extinciones por causas objetivas previamente anunciadas a la plantilla por la empresa, etc.– cabe entenderlas como contraindicios de que exista discriminación por una enfermedad sobrevenida *a posteriori*.
  En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de mayo de 2023[12] considera que no se aportan indicios de discrimi-

12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sala de lo Social, Valladolid, de 29 de mayo de 2023. Recurso de suplicación 761/2023. ROJ: STSJ CL 2116/2023 - ECLI:ES:TSJCL:2023:2116.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

nación "máxime teniendo en cuenta que la fecha en la que se recomunica la extinción al trabajador estaba prevista desde mucho tiempo [antes] de que se produjera su baja médica".

También el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 10 de mayo de 2023[13] tiene en cuenta que "en los supuestos en que un contrato temporal se extingue al llegar la fecha predeterminada y conocida de su finalización, a priori no existe un panorama indiciario de discriminación, puesto que la extinción aparece prima facie debida a la propia finalización pactada del contrato y ello aunque se pueda llegar a determinar que la temporalidad del contrato no era correcta", concluyendo que "no existe el más mínimo elemento que permita inducir que, de no haber concurrido la misma [la baja médica], el empresario hubiera prorrogado el contrato".

— También resultan atendibles en el plano indiciario aquellos supuestos en que se han producido hace tiempo, por parte de la persona trabajadora, conductas de incumplimiento frente a las que no existió la menor reacción, o incluso a las que expresamente se restó importancia por parte de la empresa, o que se saldaron con mera advertencia informal si, justamente a raíz de la baja, la empresa cambia de criterio y las mismas son alegadas ahora de forma sorpresiva como justificativas de la máxima sanción.

— Otro indicio apreciable es cuando existen situaciones equiparables en varios trabajadores, pero recibe diferente trato el afectado por enfermedad.

Por ejemplo, si constan conductas de incumplimiento laboral similares que en otros trabajadores no hayan merecido la máxima sanción y que sí se castigan con despido precisamente en la persona que ha caído enferma.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo de 13 de diciembre de 2022[14] valora como indicio que cuatro trabajadores fueron contratados teniendo por objeto la misma obra determinada y, sin embargo, solo se extinguió el contrato de trabajo del que había causado baja por incapacidad temporal.

— Concurrencia de comportamientos similares por parte de la empresa en otros supuestos de enfermedad, es decir, cuando se revela como actitud repetida de la empresa el extinguir los contratos en situaciones de incapacidad temporal, el presionar a los trabajadores en tal situación para su reincorporación, etc.

Por el contrario, sería un contraindicio valorable el que la empresa siempre sea respetuosa con todos los procesos de incapacidad temporal de otros trabajadores o incluso lo haya sido con los anteriores del mismo trabajador.

13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Social, sección 2, de 10 de mayo de 2023. Recurso de suplicación 118/2023. ROJ: STSJ M 4970/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:4970.

14. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo núm. 473/2022, de 13 de diciembre. Autos 591/2022. ROJ: SJSO 6919/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:6919.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

— También sería indiciario de discriminación el que haya existido algún comentario informal por parte de los responsables empresariales de incomodidad o de desagrado con la baja y con los efectos que la misma produce a la empresa. En esta línea, la sentencia de 15 de noviembre de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón[15] –referida a un caso en el que se comunica el despido después de que el trabajador haya puesto en conocimiento de su empleador una posible intervención quirúrgica– valora que la propia empresa había comentado la posibilidad de extinguir el contrato durante la baja con el compromiso de contratarlo de nuevo una vez recuperado.
— No obstante, el supuesto que podemos encontrarnos con mayor frecuencia será aquel en que simplemente no se alegue una causa que fundamente la decisión extintiva, o se alegue una causa meramente genérica y sin concreción, algo que antes nos hubiera situado en el plano de la improcedencia y que, tras la nueva situación, apunta indiciariamente a que en el fondo de la decisión esté el móvil discriminatorio merecedor de nulidad. Es decir, situaciones en los que no hallemos otra explicación para la decisión extintiva que la propia baja médica, por no justificarse, o no invocarse siquiera, por la empleadora otra motivación real de fondo que desmienta que la causa haya podido ser esa situación de enfermedad.

  La misma sentencia ya referida de 15 de noviembre de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón, toma también en consideración que la propia empresa no alega causa alguna y que incluso reconoce la improcedencia del despido que ha efectuado.

  En la misma línea, la también mencionada sentencia de 4 de abril de 2023 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona tiene en cuenta, junto con la clara proximidad entre la baja médica y el despido, la "ausencia de acreditación de cualquier justificación del despido" e incluso el "expreso reconocimiento del empleador de la improcedencia del despido".

  La sentencia de 23 de mayo de 20023 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias[16] valora que la empresa alega la finalización de un contrato de sustitución cuando "no consta que fuese el trabajador demandante contratado para las mismas tareas o puesto del sustituido" y, además, cuando se extinguió su relación laboral ya hacía varios días que el sustituido se había reincorporado y, sin embargo, el supuesto sustituto había seguido trabajando.

  La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos de 27 de febrero de 2023[17], junto con la cercanía entre baja y despido ("la demandante comenzó un proceso de incapacidad temporal el 9 de septiembre de 2022 y, transcu-

15. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón núm. 419/2022, de 15 de noviembre. Autos 467/2022. ROJ: SJSO 3161/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:3161.

16. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sala de lo Social, núm. 788/2023, de 23 de mayo. Recurso de suplicación 598/2023. ROJ: STSJ CL 1207/2023 - ECLI:ES:TSJAS:2023:1207.

17. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos núm. 88/2023, de 27 de febrero. Autos 758/2022. ROJ: SJSO 704/2023 - ECLI:ES:JSO:2023:704.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

rrida menos de una semana, el 15 de septiembre de 2022 se da de baja en la Seguridad Social a la trabajadora por parte del empresario") atiende al hecho de que "en la carta de despido, no se molesta la empresa en alegar causa alguna legal de posible despido procedente de la trabajadora", lo que le lleva a concluir que "el indicio de discriminación por razón de enfermedad de la demandante es claro (...)".

Por su parte, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena[18], aunque parece considerar en su sentencia de 22 de noviembre de 2022 indicio suficiente la existencia de situación de incapacidad temporal, valora también el dato de que "la carta de despido se ha redactado en términos absolutamente genéricos, sin ninguna precisión en la exposición de los hechos" así como "que en el acto de juicio no se ha practicado ninguna prueba tendente a acreditar aquella justificación".

Coincide la sentencia anteriormente citada de 15 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada que, además de la "conexión temporal" muy "evidente" entre el conocimiento por parte de la empresa y el despido ("el trabajador sufre un accidente de trabajo el día 28 de julio", el 29 pregunta cuál es la mutua con la que la empresa tiene concertada la cobertura y "pocos minutos después la empresa procede a cursar la baja del trabajador en la Seguridad Social"), tiene en cuenta el hecho de que "no se da ninguna razón en concreto para que despidiera a un trabajador en plena campaña turística y con contrato vigente hasta finales de septiembre".

En sentido contrario a los casos expuestos, la alegación y acreditación por parte de la empresa de una causa real ajena a la situación de salud, aun cuando pueda resultar insuficiente para determinar la procedencia del despido, sí puede interpretarse como elemento que desmienta la relación entre la decisión empresarial y la enfermedad.

Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de mayo de 2023[19] subraya que la empresa acredita una decisión amparada en una causa disciplinaria "objetiva" y "suficientemente probada", lo que a juicio de la sala contribuye a desmentir "que la decisión de despedir esté vinculada a la situación de incapacidad temporal del recurrente".

La ya referida sentencia de 19 de mayo de 2023 del Juzgado de lo Social de Valladolid, por ejemplo, considera que la empresa demandada ofrece una causa objetiva de tipo organizativo para la extinción del contrato de trabajo, pero que la carta resulta insuficiente en orden a cumplir las exigencias del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, pues "los términos de la misma no son suficientes para permitir al trabajador tomar conocimiento de los motivos por

18. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cartagena núm. 348/2022, de 22 de noviembre. Autos 576/2022. ROJ: SJSO 7421/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:7421.

19. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, núm. 1252/2023, de 18 de mayo. Recurso de suplicación 409/2023. ROJ: STSJ PV 382/2023 - ECLI:ES:TSJPV:2023:382.

los que se prescindía de su prestación de servicios (...)". Por ello, el despido no es nulo –dado que no obedece al motivo discriminatorio alegado por la parte actora–, pero sí improcedente –puesto que se ha incumplido un requisito preceptivo, cual es la suficiencia de la expresión de las causas en la comunicación extintiva-.

F. Calificaciones posibles del despido en situación de enfermedad

De lo anterior se desprende que las únicas opciones de calificación en un despido acordado durante la enfermedad de la persona trabajadora no serán la procedencia o la nulidad.

Cuando se acredite que el despido obedece a una causa real ajena a cualquier propósito discriminador, pero a su vez no se cumplan todos los requisitos formales y sustantivos para la procedencia, deberá declararse la improcedencia del despido.

El incumplimiento de determinadas exigencias de forma o procedimiento, o la falta de gravedad suficiente del motivo alegado para fundamentar el despido, aunque sí justificase otra sanción inferior, etc. son algunos de los supuestos en los que cabría calificación de improcedencia y no de nulidad.

Coincide en ello la tantas veces citada –por su completa síntesis expositiva sobre la materia– resolución del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona cuando afirma que, precisamente por no encontrarnos ante un supuesto de nulidad objetiva, "al enjuiciar un despido en situación de enfermedad, no son opciones exclusivas la declaración de nulidad o de la procedencia, sino que es posible el pronunciamiento de improcedencia del despido".

IV. CONCLUSIONES

Como vemos, la Ley 15/2022 viene a efectuar un desarrollo normativo necesario, al regular por vez primera desde una perspectiva integral la igualdad de trato y la no discriminación, superando las visiones parciales que se habían abordado hasta ahora. Al ampliar las posibles causas de discriminación y regular sus tipos, efectúa un tratamiento del derecho fundamental más amplio y más acorde con las realidades sociales presentes.

En el plano laboral, la norma extiende la protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación tanto a las condiciones de trabajo como al acceso al empleo y establece obligaciones empresariales y consecuencias jurídicas.

Uno de sus aspectos más destacados es, sin duda, el novedoso tratamiento de la nulidad de los actos laborales discriminatorios por enfermedad o condición de salud, que ya está teniendo incidencia en una mejor respuesta judicial a estas situaciones discriminatorias, pero sobre el que aún habrá que esperar un desarrollo jurisprudencial que despeje las principales dudas jurídicas que la norma ha suscitado.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 289 - 303
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.16

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Las medidas de ajuste razonable como canon de legalidad de las decisiones empresariales*

REASONABLE ADJUSTMENTS AS LEGALITY CANON OF THE EMPLOYERS' DECISIONS

María Salas Porras
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
mariasalas@uma.es 0000-0002-1146-6880

Recibido: 11.10.2023 Aceptado: 05.12.2023

RESUMEN

La entrada en vigor de la Ley 15/2022 de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, quizá de forma inconsciente, ha puesto en evidencia la trascendencia que asume el concepto jurídico de "ajuste razonable" a la hora de considerar no ajustadas a derecho las decisiones empresariales que entrañan la extinción de la relación contractual cuando se asientan, las tales decisiones, en cuestiones relacionadas con la discriminación por razón de la discapacidad que pueda derivar de la enfermedad, el estado de salud, el estado serológico y la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. El estudio que ahora comienza se destina, pues, a abordar aquel concepto jurídico desde una triple perspectiva –normativa, jurisprudencial y doctrinal– a fin de presentar una foto fija de su régimen jurídico en España.

PALABRAS CLAVE

Ajustes razonables
Discriminación
Discapacidad
Enfermedad
Test de proporcionalidad

ABSTRACT

The entry into force of Law 15/2022 of July 12, Comprehensive for Equal Treatment and Non-Discrimination, perhaps unconsciously, has highlighted the significance that the legal concept of "reasonable adjustment" assumes when it comes to considering business decisions that entail the termination of the contractual relationship as not in accordance with the law when such decisions are based on issues related to discrimination based on the disability that may arise from the illness, the state of health, the state serological and genetic predisposition to suffer pathologies and disorders. The study that is now beginning is intended, therefore, to address that legal concept from a triple perspective –normative, jurisprudential and doctrinal– in order to present a snapshot of its legal regime in Spain.

KEYWORDS

Reasonable adjustments
Discrimination
Disability
Illness
Proportionality test

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. LOS AJUSTES RAZONABLES EN EL ÁMBITO LABORAL COMUNITARIO
A. Configuración normativa
B. Aplicación práctica jurisprudencial
III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ENTRE LA TRANSPOSICIÓN DEFICITARIA Y LOS REMIENDOS JURISPRUDENCIALES
IV. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El estudio que apenas comienza tiene como objetivo abordar el concepto jurídico de "ajustes razonable" desde la perspectiva privilegiada que nos ofrecen tanto el ordenamiento jurídico comunitario como el nacional español. Privilegiada, subrayamos, por el hecho de permitirnos hurgar en sus orígenes, su evolución normativa, y su implementación jurisprudencial. Para alcanzar tal finalidad, el ensayo se estructura en dos apartados principales, coincidentes con los niveles político-normativos apenas referidos, siendo nuestras reflexiones finales depositadas en el apartado correspondiente a las conclusiones.

En concreto, el interés que en España pudiera suscitar aquel concepto se ha visto exponencialmente incrementado –o, al menos, así debiera haber sido–, a nuestro juicio, con la entrada en vigor de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación[1]. Siendo manifestación de tal avivamiento las continuadas ponencias y congresos que sobre la referida norma se suscitan dando pie a estudios como el que afrontamos.

Cierto es que la Ley 15/2022 de 12 de julio incluye referencias –escuetas– a los ajustes razonables, sin embargo no aborda su tratamiento –tampoco sus consecuencias– de forma específica para el ámbito laboral, a pesar de que, como de seguida se justificará, cobran vital importancia en las aciagas aguas de la discriminación. La mención expresa en esta norma de la discapacidad, la enfermedad, el estado de salud, el estado serológico y la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos como causas discriminatorias, han abierto un incesante caudal de discusiones científicas y judiciales que pone de manifiesto la preocupación, o tal vez solo intriga, de los operadores jurídicos por conocer cómo se va a materializar la tal previsión. Y, en tal implementación los ajustes razonables están llamados a desempeñar un papel estelar.

1. BOE núm. 167, de 13 de febrero de 2022.

II. LOS AJUSTES RAZONABLES EN EL ÁMBITO LABORAL COMUNITARIO

Como se avanzó en el epígrafe introductorio, este apartado busca presentar los orígenes del concepto a cuyo estudio se destina el trabajo. De esta forma, queremos abundar en el razonamiento jurídico que lo sostiene, el cual, resultará esencial para comprender el tratamiento jurisprudencial que la Unión Europea le ha otorgado –al concepto– y comparar con el que nuestro ordenamiento jurídico propone.

A. Configuración normativa

En este sentido de los orígenes, debe referirse que aparece por vez primera en el artículo 5 y en los Considerandos 20 y 21 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[2]. Las nociones que allí se contienen respecto de los ajustes razonables, como de seguida se verá, han sufrido interesantes desarrollos adaptativos posteriores, lo que se espera sea una tendencia continuista.

En concreto, la lectura conjunta de los citados preceptos dispositivo y expositivos permite afirmar que, para alcanzar el objetivo general de la Directiva, definido como el establecimiento de un marco general comunitario para luchar contra la discriminación –especialmente por motivo de discapacidad que es al que se destina el artículo 5–, los ajustes razonables se erigen en la garantía clave del cumplimiento del derecho a no ser discriminado que asiste al trabajador y, de la obligación de no discriminar de la que el empleador es deudor. Los ajustes razonables y en los términos que de seguida se presentan han sido diseñados, pues, para conferir seguridad jurídica a la relación laboral cuando se adentra en las movedizas arenas de la discriminación. De ahí que hayamos elegido el sustantivo *garantía* como definidor de los ajustes razonables: la función que la propia Directiva les otorga es la de erigirse en indicadores que permitan medir los niveles de observancia del derecho a no ser discriminado. En otros términos expresado, el trabajador que sienta vulnerado este derecho suyo podrá constatar la existencia de tal transgresión si esos ajustes no hubieran sido adoptados por el empleador. Mientras que este último podrá justificar la satisfacción de su deber si demuestra haber implementado los tales ajustes. Cierto es que la vaguedad del término utilizado por la Directiva parece abandonar a la deriva de la casuística la determinación de cuando haya de entenderse satisfecha la garantía de los ajustes razonables, si bien no es menos verdad que la propia norma introduce límites –aun parcos– que acotan aquella inicial abstracción. Y esta finalidad delimitadora se destina las líneas finales del artículo 5, al prever la excesiva onerosidad que suponga adoptar los ajustes razonables como causa justificativa de su no observancia.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

2. DOUE L 303/16, de 2 de diciembre de 2000.

Los Considerandos 20 y 21 son la parte del texto comunitario que permite abundar al respecto de qué o cuáles sean ejemplos materiales de los ajustes razonables así como en lo que se refiere a los elementos que, de estimarse, entrañarían la consideración de carga excesiva.

A juicio del legislador europeo, son razonables los ajustes que consistan en la adopción de medidas eficaces y prácticas para adaptar el lugar de trabajo en función de la discapacidad que presente el trabajador. Y, como botones de muestra, señala el acondicionamiento de las instalaciones, las pautas de trabajo, la asignación de funciones o la provisión de medios de formación o encuadre. Este listado, claramente no exhaustivo, ha sido ampliado en términos cualitativos y cuantitativos por la jurisprudencia comunitaria, la cual, como tendremos oportunidad de observar en el apartado siguiente, ha hecho pivotar la materialización de estos ajustes en las referidas ideas de eficacia y practicidad; *id est*, serán razonables todos aquellos ajustes que permitan al trabajador continuar prestando servicios en condiciones análogas a los trabajadores no aquejados de discapacidad. Ello supone y abarca tanto la propia prestación del trabajo encomendado, como la promoción profesional y la satisfacción personal, aspectos todos estos trascendentes en la medida en que, cada uno de ellos, para su aplacimiento exige y requiere asumir distintos tipos de ajustes en la unidad productiva, en su estructura y en la propia organización.

Por otra parte, el límite único impuesto a la obligación de adoptar ajustes razonables es objeto de tratamiento en el Considerando 21. Se indica allí que la proporcionalidad entre el derecho a no ser discriminado y el deber de no discriminar también debe observarse y medirse, de manera que se evite que, en aras de salvaguardar un derecho, se alcance una consecuencia no deseada, como, por ejemplo sería el que la excesiva onerosidad de las medidas terminase desembocando en una no contratación de personas con discapacidad. A tal fin, indica el legislador comunitario que la desproporcionalidad será manifiesta cuando se vea comprometida la estabilidad –que no viabilidad– económica y financiera de la entidad. De ahí que se mencionen de forma ejemplificativa los costes, el tamaño de la empresa, los recursos, el volumen de negocios, o la disponibilidad de fondos públicos que, de una forma u otra, sostengan sean la empresa, sea la contratación, sea su competitividad en el mercado. Estos elementos, de nuevo, han sido ampliados por la jurisprudencia europea en función del tipo de empresa, del tipo de sector de producción, y del tipo de discapacidad que adolece al trabajador afectado.

La jurisprudencia y el tratamiento que se ha otorgado a los ajustes razonables y su límite, por tanto, son la clave de bóveda que nos permite avanzar en este estudio; de ahí la exigencia de que a su observancia dediquemos el apartado contiguo.

B. Aplicación práctica jurisprudencial

La materialización del contenido de los ajustes razonables –y del límite previsto– requiere indagar en el modo en que ha sido modulado por parte de la jurisprudencia

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

europea, por ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) el intérprete de las normas que configuran el acervo comunitario, lo cual conlleva que, *ex* artículo 267 TFUE[3], los Estados miembros deban estar y pasar, no solo por los Tratados de Derecho Originario, las normas de derecho derivado, sino especialmente por sus pronunciamientos. Por tanto, presentar las resoluciones más relevantes en materia de ajustes razonables contribuye a conocer los derroteros por los que habrá de discurrir el ordenamiento español, a la vez que podría contribuir a identificar las posibles cuestiones prejudiciales que habrían de plantearse desde nuestros jueces y tribunales, así como las decisiones que se esperan respecto de las ya existentes –como acontece con la planteada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares el 7 de octubre de 2022 sobre la articulación del deber de observar los ajustes razonables por el artículo 49.1.e) ET[4]–.

El estudio de la jurisprudencia comunitaria exige, en aras de la economía del espacio que se exige lógicamente en un trabajo como este, que se seleccionen los pronunciamientos más señeros. Y, al respecto, nos hemos tomamos el atrevimiento de elegir cuatro en total, de los cuales dos han sido fruto de cuestione prejudiciales planteadas por España. Lo cual nos permite avanzar –aun no siendo este el apartado conclusivo– que el orden jurisdiccional social español, al menos hasta ahora, tiene serias dudas al respecto de la regulación de los ajustes razonables y de sus límites.

Las cuatro sentencias del TJUE elegidas son presentadas a continuación siguiendo el criterio cronológico que es el que nos permite observar la verdadera evolución del término que nos ocupa.

Así, el primero en el tiempo y que sin duda sirvió para abrir –forzar, podríamos aventurarnos a señalar– la interpretación que, hasta entonces, se venía haciendo del concepto "discapacidad" fue el asunto Chacón Navas[5] contra Eurest Colectividades, S. A. La cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid y el litigio principal que dio lugar a la cuestión surgió entre la Sra. Chacón Navas y la sociedad Eurest Colectividades con relación al despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad. Si bien nunca trascendió la enfermedad que provocó la baja, lo interesante del caso es que los informes que emitió el servicio público de salud indicaban que no estaba en condiciones de reanudar su actividad a largo plazo. El juez remitente observa que en la jurisprudencia española existen precedentes según los cuales este tipo de despido se califica de improcedente y no de nulo, puesto que en Derecho español la enfermedad no figura expresamente entre los motivos de discriminación prohibidos en las relaciones entre personas privadas. A la vez acude al término "discapacidad" facilitado por la Organización Mundial de la Salud, conforme al cual este es un término genérico que incluye deficiencias y

3. Estas siglas corresponden al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, uno de los instrumentos de Derecho originario que configuran el conocido como Tratado de Lisboa.

4. Nos referimos al 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, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

5. STJUE (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A., ECLI:EU:C:2006:456.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

factores que limitan la actividad y la participación en la vida social. Precisamente la enfermedad puede producir deficiencias que discapaciten al individuo y, con base en este razonamiento, plantea al TJUE si el despido de la trabajadora de baja de larga duración por enfermedad –pero sin la condición de discapacitada– habría de considerarse contrario al principio de no discriminación por razón de discapacidad contenido en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Esta concreta cuestión prejudicial, como decimos, puso al TJUE sobre la cuerda floja en la medida en que tuvo que pronunciarse acerca del contenido de otro término vago o abstracto, pero esencial para perfilar ese marco de no discriminación en la Unión Europea. Tal acontecía con el concepto "discapacidad". En efecto, el legislador comunitario optó por no definir este término que, como indicaba el TJUE en el apartado 44 de la Sentencia que ahora comentamos, "deliberadamente difiere del de enfermedad". Esta afirmación que apunta el Tribunal conduce a concluir que es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos. De forma tal que solo hablaremos de discapacidad si la enfermedad de la que adolece el trabajador presenta rasgos que permitieran homologarla con la discapacidad, siendo el primero de ellos que exista una limitación u obstáculo –derivados de dolencias físicas, mentales o psíquicas– para que la persona participe en la vida profesional –si comparada tal participación con la que realiza el resto de trabajadores no aquejados de discapacidad o tales limitaciones–. Otro rasgo definitorio, a juicio del TJUE, podría estar relacionado con la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración[6] –ap. 45–. Por tanto, concluye el TJUE en el apartado 46 de su sentencia, "la Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad". En otros términos expresado, el trabajador despedido por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está protegido por la prohibición de discriminación por discapacidad, al menos tan pronto como aparezca la enfermedad. Sin embargo, siendo este el verdadero punto de inflexión que introduce este asunto en la interpretación comunitaria del artículo 5 de la Directiva 2000/78, la idea de la duración en el tiempo de la imposibilidad de prestar un servicio aproxima la enfermedad –originariamente no prevista por el legislador– a la idea subyacente bajo el concepto de discapacidad –limitación mantenida en el tiempo para participar en la vida profesional–. La evidente exclusión de este caso respecto del paraguas protector que brinda la Directiva 2000/78 no fue óbice, sin embargo, para que abundara el TJUE en el concepto de ajuste razonable, respecto del que subraya que deben ser adoptados siempre y en todo lugar, no siendo justificación suficiente el que la persona sea incompetente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate –ap. 50–. Esta rudimentaria aproximación

6. Se recuerda en este sentido que la STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S. L., ECLI:EU:C:2016:917, flexibilizó el requisito de la larga duración de la limitación incapacitante y lo sustituyó por el de que "el carácter duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio" –apartado 53–.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

al concepto que estudiamos ponía de manifiesto, a pesar de lo incipiente de su aplicación, la obligatoriedad de su adopción o, al menos de la tentativa.

El segundo de los asuntos seleccionados son los acumulados C-335/11 y C-337/11[7]. La cuestión prejudicial la plantea Dinamarca y el litigio principal que la origina se sostiene en sendas reclamaciones por despidos, estando motivados por la situación de incapacidad permanente en que se hallan las trabajadoras, si bien tales declaraciones de incapacidad derivaban de una enfermedad cuyo origen eran accidentes no laborales. Concretamente, en el asunto C-335/11, la Sra. Ring estuvo de baja en diversas ocasiones y padecía dolores permanentes en la zona lumbar para los que no había tratamiento según se indicaba en los respectivos informes médicos. Mientras que en el asunto C-337/11, la Sra. Skouboe sufrió un accidente de circulación que le provocó un "latigazo cervical". Tras varias semanas trabajando a tiempo parcial pasó a situación de baja total por enfermedad, si bien en el informe médico se indicó que, como mínimo, un mes duraría esta situación aunque no podía hacerse una previsión sobre la duración de la incapacidad laboral. El TJUE niega que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad independientemente de la causa originaria. Lo contrario, concluye el Tribunal, sería cercenar el objetivo mismo de la Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato. Por esta misma razón, conforme al apartado 43 de la STJUE la circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de "discapacidad" y, por ende, los ajustes razonables. Esta apertura a la que asistimos respecto de los conceptos de discapacidad y ajustes razonables que han de asumirse para desplazar la potencial discriminación tiene como detonante la rúbrica, por parte de la UE, de la Convención de la ONU 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta interpretación extensiva acompañará, a partir de entonces, a todos los pronunciamientos del TJUE que se asientan, como se indicó líneas atrás, en el objetivo de garantizar los derechos y libertades en igualdad de condiciones. En otros términos expresado, los ajustes razonables son todas aquellas medidas que, de forma eficaz y certera, contribuyan al real ejercicio de la vida profesional –ap. 53–.

El asunto DW y Nobel Plastiques[8] es el tercero de los seleccionados, estribando su interés en la definición que, en negativo, también ha introducido el TJUE respecto de los ajustes razonables. Una vez más, la cuestión prejudicial se plantea desde España, concretamente por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Barcelona. El litigio principal que da pie al pronunciamiento comunitario versa sobre el despido por causas objetivas de la Sra. DW que padecía una enfermedad profesional –epicondilitis o codo de tenista–, quien estuvo en situación de incapacidad temporal durante varios períodos.

7. STJUE (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK, Danmark y Dansk almennyttigt Boligselskab y entre HK Danmark y Dansk Arbejdsgiverforening, ECLI:EU:C:2013:222.

8. STJUE (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, DW y Nobel Plastiques Ibérica, S. A., ECLI:EU:C:2019:703.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

En un determinado momento el Servicio de Salud emite un informe en que se indica que la "trabajadora es especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo" y en los reconocimientos médicos de empresa se indicaba que la trabajadora era "apta con limitaciones" para ocupar su puesto de trabajo. La empresa inicia procedimiento de despido colectivo y los cuatro criterios que se adoptaron para seleccionar a los trabajadores afectados estaban relacionados directamente con la productividad y la polivalencia –adscripción a los procesos de ensamblaje de tubos de plástico, productividad inferior al 95 %, menor polivalencia y mayor índice de absentismo–. Además de que el TJUE dudase seriamente de que fuesen equiparables la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo con el concepto de discapacidad incluido en la Directiva 2000/78, resulta especialmente trascendente a este estudio el abordaje que hace del concepto de ajuste razonable, de nuevo fuertemente anclado en la eficacia de las medidas adoptadas en su nombre. La empresa, conocedora de la especial sensibilidad de la trabajadora a los riesgos del trabajo, se limitó a realizar una movilidad funcional horizontal –es decir, que pasó a trabajar en puestos en que se manipulaban materiales de pequeñas dimensiones en lugar de los grandes tamaños que requerían sus anteriores ocupaciones–, la cual se entendió por el Tribunal no suficiente. En otros términos expresados, esta movilidad funcional horizontal no fue lo suficientemente eficaz como para evitar que la trabajadora se ausentase, incrementase su productividad y fuese polivalente –ap. 70–; criterios que, como recordarán, se utilizaron por la empresa para seleccionar a los trabajadores que se incluirían en el despido colectivo. La discriminación indirecta, pues, se percibió por la ineficacia de los ajustes razonables adoptados por la empresa, los cuales no sirvieron para garantizar una real participación de la trabajadora en la vida profesional, tal y como propugna la Convención de la ONU de 2006 a la luz de la cual hay que interpretar el artículo 5 de la Directiva 2000/78.

El último de los asuntos seleccionados sin duda es el de mayor calado respecto de los ajustes razonables y del límite que lo acompaña. Conocido como HR Rail, S. A.[9], la cuestión prejudicial es planteada por Bélgica respecto del litigio surgido entre el Sr. X y HR Rail –sociedad anónima belga de Derecho público– con relación al despido del primero debido a la discapacidad que para su concreto puesto de trabajo, entrañó el infarto sufrido durante el período de prácticas. Y es que resulta que el Sr. X opositaba para incorporarse al cuerpo de ferroviarios de aquel país. Habiendo superado la parte teórica, la parte práctica se desarollaba en zona de vías y circundado por multitud de campos electromagnéticos. El infarto provocó que al Sr. X tuvieran que instalarle un marcapasos, lo cual lo catapultó a una situación de absoluta incompatibilidad con el puesto de trabajo para el que opositaba. La compañía pública ferroviaria –*Chemins de fer belges*– tenía previsto en sus estatutos y en su reglamento que los trabajadores en prácticas a quienes se reconociese una discapacidad no tenían derecho a cambio de puesto de trabajo en la empresa; motivo por el cual fue despedido. El TJUE, además de reflexionar acerca del concepto de trabajador que se incluye en la Directiva

9. STJUE (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20, XXXX y HR Rail SA, ECLI:EU:C:2022:85.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

2000/78, concluyendo en los apartados 30, 31 y 32 que comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos previo de aprendizaje en una profesión, dado que se trata de actividad retribuida real y efectiva, abunda muy especialmente en la idea de ajustes razonables y en la limitación que incorpora. En este sentido, partiendo de la premisa de que la colocación de un marcapasos está comprendida en el concepto de discapacidad puesto que no le permite –el marcapasos– desempeñar las funciones esenciales del puesto al que estaba adscrito –ap. 35–, los ajustes razonables han de adoptarse por el empleador. Una actuación esta que brilla por su ausencia en este caso concreto. En una importante labor recopilatoria, refiere el TJUE que el listado contenido en el Considerando 20 de la Directiva 2000/78 no es numerus clausus, sino meramente ejemplificativo, siendo la piedra axial –para determinar si una medida puede considerarse ajuste razonable– su capacidad práctica y eficacia para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad que presente el trabajador afectado. Eficiencia y practicidad que, a la vez, están sujetas a un límite, cual es el de la no excesiva onerosidad de las medidas a adoptar. En el caso concreto, el empleador no había adoptado ninguna medida concreta porque de ello lo eximían los estatutos y el reglamento de funcionamiento de la red ferroviaria belga. Sin embargo, dictamina el TJUE esta normativa es contraria al principio de no discriminación por razón de la discapacidad contenido en el artículo 5 de la Directiva. El modo adecuado en que hubiera debido materializarse, continúa el Tribunal, podría haber consistido, por ejemplo, en la movilidad funcional del trabajador a otros puestos alejados de los campos electromagnéticos. Esa movilidad, habría debido ser sometida al test de proporcionalidad que entraña el que los ajustes no supongan una carga excesiva para el empleador. Así, son variables a tener presente, conforme al tenor literal del Considerando 21 de la Directiva, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño de la empresa, sus recursos financieros, el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Para el concreto caso de la compañía pública ferroviaria belga, la respuesta a todas estas preguntas habrían arrojado como resultado que la medida concreta en absoluto supondría una desproporción que hiciera inclinar la balanza hacia la inestabilidad financiera del empleador.

III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: ENTRE LA TRANSPOSICIÓN DEFICITARIA Y LOS REMIENDOS JURISPRUDENCIALES

Así bosquejados, desde el ámbito comunitario, tanto el concepto de ajustes razonables como el límite que lleva aparejado, el apartado que ahora se inicia busca presentar no solo el modo en que se están observando estas indicaciones por parte del ordenamiento jurídico español, sino que también querríamos aventurarnos a pronosticar los futuros pronunciamientos que el TJUE realizará respecto de cuestiones ya planteadas, pero aún irresolutas, sobre la temática que nos ocupa.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

En lo que respecta al tratamiento normativo que el legislador ha otorgado a los ajustes razonables, la norma que debiera centralizar esta investigación sin duda habría de ser la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Ello en la medida en que, conforme a su propia exposición de motivos, busca –y, por las razones que de seguida se exponen, tal vez sin lograrlo– "trasponer de forma más completa la Directiva 2000/78". Cierto es que la fallida trasposición de la Directiva es una crítica compartida por gran parte de la doctrina judicial y científica[10] y que refrenda el abultado número de cuestiones prejudiciales que sobre la materia han debido plantear los juzgados y tribunales españoles[11]; sin embargo, como avanzamos, esta que se dice "perfeccionadora" con dificultad puede serlo, en la medida en que es una norma que aborda de forma orillada los ajustes razonables, a pesar de erigirse estos, como se ha dicho, en la clave de bóveda de las situaciones de discriminación en el ámbito laboral. A mayor abundamiento podríamos señalar que las únicas referencias a los ajustes están en los artículos 4.1 y 6.1.a) de la Ley 15/2022, las cuales no van mucho más allá de recoger las definiciones procedentes de la ley 51/2003[12], de la Directiva 2000/78 y de la Convención de la ONU de 2006. La única marca distintiva que introducen estos artículos es equiparar textualmente la denegación de la asunción de los ajustes con la discriminación directa a las personas con discapacidad. De forma que, podría erróneamente presumirse que el rechazo empresarial a adoptarlos –los ajustes– conlleva automáticamente la declaración de ese acto como discriminatorio y, consecuentemente, todos los que en él se apoyasen o tuvieran causa. Erróneamente, decimos, porque, como se sabe, los ajustes están sujetos al límite de la excesiva onerosidad que suponga a quien sea su deudor. Por consiguiente, e independientemente del modo en que ha sido redactada la letra a) del artículo 6.1 de la Ley 15/2022, el test de proporcionalidad continúa siendo exigible superarlo. Y

10. Sirva como botón de muestra la siguiente nota que en absoluto tiene visos de completitud y cuyo contenido se ha ordenado de forma cronológica: Pérez Bueno, Luis Cayo: "La configuración jurídica de los ajustes razonables" en Álvarez Ramírez, G. E.; Pérez Bueno, L. C. (dirs.): *2003 – 2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Cinca, Valencia, 2012, pp. 159-183; Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, pp. 85-120; Fernández Orrico, F. J.: "Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017, pp. 63-94; Pastor Martínez, A.: "La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida", *Documentación Laboral*, vol. VI, núm. 112, 2017, pp. 67-86; Cordero Gordillo, V.: "Una reflexión sobre los ajustes razonables en el ámbito laboral", en Rey Pérez, J. L. y Mateo Sanz, L. (eds.): *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 205-224; Font García, J.: "Ajustes razonables en el ámbito laboral", en Rey Pérez, J. L. y Mateo Sanz, L. (eds.): *El empleo de las personas con discapacidad...,* ob. cit., pp. 191-204; Gutiérrez Colominas, D.: "¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador *ex* artículo 49.1.e) ET?" en Miranda Boto, J. M. (dir.): *El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: Problemas y Soluciones*, Cinca, Valencia, 2018, pp. 273-294 y, más recientemente, González Martínez, J. A.: "Los ajustes razonables como medida de integración laboral de personas con discapacidad", *Revista de Derecho*, vol. 23, núm. 1, 2022, pp. 187-213.

11. Se recuerda en este sentido que del total de siete resoluciones que suelen citarse por la propia jurisprudencia comunitaria como señeras en esta temática, cuatro de ellas han derivado de cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro país.

12. Se trata de la derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

ello porque nuestro país es miembro de la Unión Europea, las Directivas son normas de derecho derivado vinculantes y, por tanto, no puede sustraerse nuestro ordenamiento a su observancia en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario. Este olvido –intencionado o no del legislador ordinario– encuentra, además, escollos en un intento de interpretación lógico sistemático con el contexto normativo que la circunda.

En este sentido, hemos de subrayar que los ajustes razonables no son un instituto jurídico extraño a nuestro ordenamiento jurídico, al menos no desde hace unos años. Su normativización se produjo en el año 2003, si bien es cierto que bajo una rúbrica un tanto camuflada como fue la de la "accesibilidad universal"[13]. En aquellos momentos, la Ley 51/2003 que contenía su referencia, ya partía de la misma idea sobre la que posteriormente se utilizaría por la Directiva 2000/78 y la propia Convención de la ONU de 2006, *id est*, la adopción de una estrategia de diseño para todos, de forma que sea real y efectiva la participación humana en cualquier ámbito de la vida.

Con posterioridad, la ratificación por España de la apenas referida Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[14] provocó la sustitución de aquel término por este otro que ahora nos ocupa, el cual, aunque se ha visto repetido hasta la saciedad en diversas disposiciones normativas relacionadas con la protección contra la discriminación –no solo para aquellas cuyo detonante sea la discapacidad–, a duras penas ha encontrado un tratamiento específico, sino que han debido ser la jurisprudencia y la doctrina judicial, las que tratan de bosquejar el contenido de tan vago concepto jurídico, tal y como acontece en el ámbito europeo.

De entre las disposiciones normativas que aluden a los ajustes razonables en materia de discriminación[15], la única que ofrece una regulación distinta es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre[16]. Concretamente esta norma abunda en una ordenación más completa de los ajustes razonables, tal y como puede inferirse de la lectura de su artículo 66.1. Desde allí, los ajustes razonables se presentan inextricablemente unidos a la valoración cualitativa y cuantitativa de sus consecuencias para ambas partes implicadas –la persona con discapacidad y la entidad deudora de materializarlos–, llegando incluso a regular la resolución de potenciales discrepancias surgidas por mor de la implementación de los ajustes. Así, respecto de la persona discapacitada, se indica la importancia de tener presente la valoración de los efectos discriminatorios que la no adopción del ajuste entrañaría. Las previsiones para la otra

13. Para un mayor abundamiento en la materia se recomienda la lectura de las páginas 158 a 160 del estudio de Pérez Bueno, L. C.: "La configuración jurídica de los ajustes razonables" en Álvarez Ramírez, G. E.; Pérez Bueno, L. C. (dirs.): *2003 – 2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España...,* ob. cit.

14. El instrumento de ratificación se publicó en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

15. Ejemplos de este tratamiento simple y sin mayores concreciones son el artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 20 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015; el artículo 38.3 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022, y el artículo 3.a) de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

16. A través de este Real Decreto Legislativo se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

parte afectada, la entidad que deba asumir el ajuste, corren paralelas a las indicaciones comunitarias e internacionales. De ahí que se repitan como variables a valorar –y cuantificar– los costes de la medida, la estructura y características de la entidad que deba ponerlos en práctica, la posibilidad de obtener financiación oficial o cualquier tipo de ayuda. De esta forma, simultáneamente, se establecen los límites a la razonabilidad del ajuste y se da respuesta al test de proporcionalidad que, de no superarse, supondría justificada la no adopción de la medida concreta por conllevar una carga desproporcionada. Finalmente, resulta especialmente novedosa la previsión relativa a los mecanismos de resolución de controversias originadas por la adopción de los ajustes, los cuales quedan materializados en el arbitraje como primera instancia, quedando expedita la vía administrativa y judicial si no se llegase al deseado acuerdo.

La vaguedad terminológica que tanto el legislador comunitario como el español se empeñan –lógicamente, además– en sostener ha sido completada en nuestro ordenamiento jurídico por la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

De entre las numerosas resoluciones que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciar al respecto de la discriminación, la concreta materia de los ajustes razonables puede rastrearse recientemente en su Sentencia núm. 51/2021, de 15 de marzo de 2021, siendo ponente la magistrada María Luisa Balaguer Callejón[17]. El caso concreto que tocó resolver finalizó estimando el recurso de amparo planteado por D. Antonio contra la sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional de junio de 2017.

D. Antonio era Letrado de la Administración de Justicia y con fecha de 8 de junio de 2016 le fue impuesta una sanción consistente en la suspensión de empleo y sueldo durante un año y un día por la comisión de una falta calificada como muy grave por incumplimiento reiterado de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas (*ex* art. 154.7 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales) y por retraso y desatención reiterados de las funciones inherentes al puesto de trabajo y funciones encomendadas [*ex* art. 468 bis.1.h) de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[18] (LOPJ, en adelante)].

La sanción fue la consecuencia de la inspección realizada –y continuada– respecto del Letrado D. Antonio desde 2013 hasta 2015. En las entrevistas habidas con el Letrado en esos años puso de manifiesto que sufría síndrome de Asperger y aportó informe psiquiátrico que indicaba su padecimiento desde 2002. Solicitó el Letrado que se tuviera en cuenta su situación y que su puesto de trabajo fuera objeto de revisión a fin de adoptar los ajustes razonables pertinentes evitando así que se le impusiera la sanción consistente en apartarle del servicio.

Con fecha de 10 de febrero de 2016 el Gobierno de La Rioja emite resolución reconociéndole una discapacidad del 10 %.

Se le impuso finalmente la sanción y se le apartó del cargo. Se planteó recurso y fue desestimado sistemáticamente por las distintas instancias hasta llegar al Tribunal

17. STC 51/2021, de 15 marzo, ponente: María Luisa Balaguer Callejón, ECLI:ES:TC:2021:51.
18. BOE núm. 157, de 2de julio de 1985.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

Constitucional que en su resolución estimatoria puso de manifiesto la importancia exegética de acudir a la Convención de la ONU de 2006, (ratificada por España en 2007 y en vigor desde 2008), a cuya luz ha de ser interpretado el ordenamiento español, tal y como señala el artículo 10.2 CE[19]. Se concluye por el Tribunal Constitucional que, desde aquella Convención de 2006, se ha puesto de manifiesto "la obligación de proteger a las personas que tengan 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". La cual, además, proscribe en su artículo 2 la "discriminación por motivo de discapacidad", ante "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables". Finalmente, recuerda el Tribunal Constitucional, al ser nuestro país signatario de la Convención queda obligado a adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables –*ex* art. 5.3–.

Esta perspectiva de aproximación amplia al concepto de ajuste razonable que permite la Convención de la ONU, que como recuerda el Tribunal Constitucional, ha de servir como luz guía a la hora de aplicar la normativa española, permite al Alto Tribunal realizar dos afirmaciones. De una parte, que el artículo 14 CE debe interpretarse en el sentido de incluir en sí los ajustes razonables como medida necesaria para evitar la discriminación, de forma que la denegación de su aplicación o, incluso, la negativa injustificada a adoptarlos sin que exista solicitud expresa por quien padece discapacidad, ha de considerarse una vulneración de este mismo precepto. Y, de otra, que las previsiones ya contenidas en el artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, del Estatuto Básico del Empleado Público son demasiado restrictivas si comparadas con la amplitud introducida por la Convención. De forma que, la obligación puesta a cargo de las Administraciones Públicas relativa a realizar las "adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad", debe abrirse a la flexibilidad introducida por la Convención.

Se concluye, pues, que adaptar el puesto de trabajo para satisfacer así la deuda de ajustes razonables puede incluir, entre otras, medidas tales como reducir la carga de trabajo de quien presta servicios y disminuye su productividad por no poder afrontar con solvencia situaciones de estrés que, en condiciones normales, serían asumibles. Los ajustes razonables, por tanto, no solo aluden a adaptar físicamente el puesto de trabajo, sino que se refieren a un abanico amplísimo de acciones que tienen como

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

19. El tenor literal del precepto es el que sigue: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

finalidad última la real –que no formal– participación profesional del ciudadano aquejado de discapacidad.

La jurisprudencia ordinaria más reciente también aboga por integrar el concepto de ajustes razonables como modulador del poder de decisión empresarial, procediendo a realizar el correspondiente test de proporcionalidad para evitar la excesiva onerosidad que aparejaría una automática declaración de discriminación para el caso de que se denegasen la adopción de aquellos ajustes.

Así, en la STS 757/2018[20], de 22 de febrero, siendo ponente María Lourdes Arastey Sahún no se apreció discriminación respecto de quien padecía dolencia sobrevenida porque la empresa sí había llevado a cabo múltiples ajustes antes de acudir al despido. El litigio surgió entre la Sra. X, que prestaba servicios como cajera del Banco Santander, que sufría estrés postraumático tras haber sido víctima de atraco a mano armada. Este padecimiento por estrés se reactivaba cada vez que se producía su reincorporación laboral. La empresa motu proprio decide estudiar los informes médicos y ofrecer distintas alternativas a la trabajadora, si bien todas ellas resultaban infructuosas, motivo por el cual se procede a la extinción contemplada en el artículo 52.a) ET –ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa–. A juicio del TS, lo que la Directiva 2000/78 proscribe es que la única reacción ante situaciones de discapacidad sea la extinción o el despido sin haber observado e intentado *ex ante* los preceptivos ajustes razonables –FD 3º–.

Esta conclusión final del Tribunal Supremo nos pone sobre la pista de las razones que han motivado al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares a plantear la cuestión prejudicial que se presenta en el apartado destinado a las reflexiones finales y respecto de la que querríamos aventurarnos a pronosticar cuál será la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para a partir suya, ofrecer algunas ideas que pudieran ser útiles al legislador a fin de adecuar, a las previsiones comunitarias, el régimen jurídico que actualmente existe en nuestro país respecto de los ajustes razonables y su límite.

IV. CONSIDERACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

En efecto, como hemos avanzado en el apartado anterior, con fecha de 7 de octubre de 2022, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares con sede en Palma de Mallorca, elevaba cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la que, en puridad se plantea si, una norma como el artículo 49.1.e) ET es contraria a la Directiva 2000/78.

Ello en la medida en que, como se sabe, este precepto prevé la extinción automática de la relación laboral por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador. En otros términos expresado, la automaticidad de la ruptura

20. La STS (Sala de lo Social) núm. 757/2018, de 22 febrero, ponente: María Lourdes Arastey Sahún, ECLI:ES:TS:2018:757, sigue al pie de la letra el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 8 de septiembre de 2020, ponente: Rosa María Virolés Piñol, ECLI:ES:TS:2020:6452A.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

contractual se produce sin exigir del empresario la adopción de los ajustes razonables previsto en el artículo 5 de la Directiva de referencia.

El litigio principal del que se deriva la cuestión prejudicial consistió en una reclamación por despido, efectuado el 13 de marzo 2020, cuando el demandante fue declarado en situación de incapacidad total y sin previsión de mejoría para su profesión habitual de conductor de camión de retirada de residuos. El trabajador prestaba servicios para la demandada desde 2012 y siempre con idéntica categoría profesional. En 2016 sufrió accidente de trabajo que le ocasionó la fractura abierta del pie derecho. Estuvo en situación de incapacidad temporal hasta que en 2018 el Instituto Nacional de la Seguridad Social extinguió la situación y le reconoció una indemnización por "lesión permanente no invalidante". Hubo acuerdo entre trabajador y empresario respecto al cambio de puesto de trabajo de manera que fuera compatible con sus limitaciones. En 2020 le fue reconocida incapacidad permanente total para su profesión habitual. Tras ponerse en conocimiento de la empresa esta nueva situación, se comunica al trabajador su cese.

Así pues, dado que no resultaba aplicable la excepción contenida en el artículo 48.2 ET –es decir, la obligación del empleador de reservar el puesto de trabajo durante dos años para situaciones de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez cuando haya previsión de mejoría–, procedía aplicar de forma íntegra el contenido del artículo 49.1.e) ET.

Por tanto, no tratándose de una decisión extintiva del empleador –a quien no se le exigen requisitos formales de comunicación o notificación del trabajador en estos supuestos de extinción del contrato por incapacidad permanente total del artículo 49.1.e) ET– sino del legislador ordinario[21] quien tampoco impone al empleador la obligación de adoptar los ajustes razonables para estos supuestos, se plantea el Tribunal Superior de Justicia balear si no estaríamos ante una disposición normativa contraria al Derecho europeo.

Esta reflexión ha sido introducida y resuelta ya por la doctrina iuslaboralista española[22], que considera, de forma acertada a nuestro juicio, la existencia de una separación radical entre los postulados comunitarios y la legalidad ordinaria española. Una situación esta –respecto de la duda y de la posible respuesta– que sería perfectamente extrapolable a las previsiones contenidas en el artículo 52.a) ET, el cual dispone la objetividad de la extinción en aquellos supuestos en que se produzca la ineptitud sobrevenida del empleador. En otros términos expresado, el empleador puede proceder a extinguir la relación contractual, de nuevo, sin necesidad de observar los

21. Pronunciamientos en este sentido de no considerar despido sino extinción automática impuesta por el legislador ordinario las finalizaciones de contrato derivadas del artículo 49.1.e) ET, pueden encontrarse, entre otras, en la STS (Sala de lo Social) núm. 5474/1988, de 12 de julio de 1988, ponente: Rafael Martínez Emperador, ECLI:ES:TS:1988:5474 y, más recientemente, la STS (Sala de lo Social) núm. 408/2021, de 3 de febrero de 2021, ponente: Ignacio García-Perrote Escartín, ECLI:ES:TS:2021:408.

22. Entre otros mencionamos aquí los estudios de los Prof. Gutiérrez Colominas, D.: "¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento…", ob. cit.; Pastor Martínez, A.: "La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada…", ob. cit.; Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo…", ob. cit.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

ajustes razonables en la medida en que la finalización del contrato es impuesta por el legislador ordinario.

La inobservancia, en ambos casos, de la obligación de los ajustes razonables nos lleva a concluir, convergiendo así con la corriente mayoritaria de doctrina científica española, que estos preceptos resultan contrarios a la Directiva 2000/78, habiendo debido modificarlos la Ley 15/2022 por mor de presentarse a sí misma como complemento de la imperfecta trasposición de la Directiva de referencia.

Bibliografía

Cordero Gordillo, V.: "Una reflexión sobre los ajustes razonables en el ámbito laboral", en Rey Pérez, J. L. y Mateo Sanz, L. (eds.): *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 205-224.

Fernández Orrico, F. J.: "Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017, pp. 63-94.

Font García, J.: "Ajustes razonables en el ámbito laboral", en Rey Pérez, J. L. y Mateo Sanz, L. (eds.): *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 191-204.

González Martínez, J. A.: "Los ajustes razonables como medida de integración laboral de personas con discapacidad", *Revista de Derecho*, vol. 23, núm. 1, 2022, pp. 187-213.

Gutiérrez Colominas, D.: "¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador *ex* artículo 49.1.e) ET?", en Miranda Boto, J. M. (dir.): *El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: Problemas y Soluciones*, Cinca, Valencia, 2018, pp. 273-294.

Pastor Martínez, A.: "La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida", *Documentación Laboral*, vol. VI, núm. 112, 2017, pp. 67-86.

Pérez Bueno, L. C.: "La configuración jurídica de los ajustes razonables" en Álvarez Ramírez, G. E.; Pérez Bueno, L. C. (dirs.): *2003 – 2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Cinca, Valencia, 2012, pp. 159-183

Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad", *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, pp. 85-120.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 304 - 319
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.17

e-Revista Internacional de la Protección Social
(e-RIPS) ▸ 2023 ▸ Núm. extraordinario ▸ 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 2023
CC BY-NC-SA 4.0.

Law 15/2022, A Comprehensive Law for the Equality of Treatment and Non-Discrimination: a 'milestone' and 'a meaningful tool' in the fight against racism in the workplace?*

LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN: ¿UN 'HITO' E 'INSTRUMENTO TRASCENDENTAL' PARA LA LUCHA CONTRA EL RACISMO EN EL EMPLEO POR CUENTA AJENA?

Shelagh McKenzie
Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
smck@uma.es 0009 0005 0936 0824

Recibido: 06.10.2023 Aceptado: 29.11.2023

ABSTRACT

On, 21 March 2023, the International Day of the Elimination of Racism, the Spanish government, declared that the Comprehensive Law on the Equality of Treatment and Non-Discrimination passed law year, was a 'a milestone' and that its application and development will constitute, without doubt, 'an important tool' in the fight against racism. This article will examine to what extent this is a reasonable assertion in the context of tackling racial or ethnicity discrimination relating to the workplace. It will also make suggestions for the proposed new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance which, at the time of writing, has yet to be published.

PALABRAS CLAVE

Non-discrimination
Equality of treatment
Racism
Racial discrimination
Intolerance
Ethnic discrimination
Recruitment
Employment
Work
Racial origin
Ethnic origin

* Este número extraordinario ha sido financiado con cargo al Plan Propio de la Universidad de Málaga, curso académico 2022/2023.

ABSTRACT

El 21 de marzo de 2023, el Día Internacional de la Eliminación del Racismo, el Ministerio de Igualdad de España, declaró que 'la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio de 2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha supuesto otro hito, y su aplicación y desarrollo van a constituir sin duda un instrumento trascendental para la lucha contra el racismo.' Este artículo examinará si este análisis es razonable en el contexto de la discriminación por origen racial o étnico en el empleo por cuenta ajena. Además, propone surgencias para el contenido de la nueva Ley Orgánica Contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia que aún, no se ha publicado.

KEYWORDS

Igualdad de trato
No discriminación
Racismo
Discriminación racial
Intolerancia
Discriminación étnica
Acceso al empleo
Empleo
Trabajo
Origen racial o étnico

CONTENTS

I. INTRODUCTION
II. DEFINITIONS IN DISCRIMINATION LAW
  A. Protected characteristics
  B. Direct racial/ethnic discrimination
  C. Indirect racial/ethnic discrimination
  D. Harassment on the grounds of racial or ethnic origin
  E. Instruction to discriminate on the grounds of racial or ethnic origin
  F. Victimisation for raising a complaint relating to racial or ethnic origin
  G. New types of discrimination claims (discrimination by association, discrimination by error, discrimination, multiple and intersectional discrimination)
  H. Burden of proof
III. MEASURES TO DETECT, PREVENT AND STOP DISCRIMINATION
  A. Collective agreements
  B. Equality plans
  C. Harassment protocols and training
  D. Positive measures
  E. Measures to ensure equal pay
  F. Trade unions and workers' representatives
  G. Social security and labour inspectors
  H. Assessment of potential race/ethnic discrimination claims
  I. Compliance and sanctions
  J. Monitoring of racial/ethnic discrimination employment law claims
IV. CONCLUSIONS
Bibliography

I. INTRODUCTION

As at 31 August 2023, according to the data available from the Ministry of Inclusion, Social Security and Migrations, 12.95% of all workers (both employed and self-employed) registered with the social security system in Spain were foreign[1]. Foreign

1. Data from the Ministry of Inclusion, Social Security and Migrations available at: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST305/EST307?changeLanguage=es

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

workers are therefore a sizeable minority in Spain, by definition, a-typical workers, however, foreigners, have not, to date, enjoyed the same legal protections from the Spanish legislator as other comparably sized minorities[2]. A new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance has been proposed but has not yet been published[3].

The European Race Directive (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 (hereinafter `the Race Directive') implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, remains the key European Union legislation that sets out the minimum standards which Members States must adopt in order to prevent discrimination on the grounds of racial or ethnic origin in recruitment and the workplace[4].

The Race Directive was implemented in Spain through articles 27 to 43 of a general piece of legislation called Law 62/2003 of 30 December, on Fiscal, Administrative and Social Measures (hereinafter 'Law 62/2003'). The Council of Europe's European Commission against Racism and Intolerance ('ECRI') noted in its Report on Spain published on 28 February 2018 that the anti-discrimination provisions in Spain were 'hidden' and 'almost no race/ethnicity discrimination cases have been brought to court'[5].

Law 15/2022 of 12 July 2022, A Comprehensive Law on the Equality of Treatment and Non-Discrimination ('Law 15/2022') entered into force last year, and it has been described by the Spanish government as 'a milestone' and 'an important tool' in the fight against racism in general[6]. It provides that employers are liable for discrimination that takes place in their organisation if they do not comply with the general obligations in this legislation to adopt sufficient measures to detect, prevent and to stop discriminatory situations[7]. This article will examine to what extent it is reasonable to describe Law 15/2022 as a 'milestone' and 'an important tool' in the fight against racism in the context of work. It will do this by examining the different tools/measures that are currently available to detect, prevent and stop racial or ethnic discrimination in the workplace. It will also make some suggestions to strengthen the law which could be included in the proposed new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

viewed on 4 October 2023.

2. See, for example, Law 4/2023, of 28 February, for the equality and effective rights of trans people and the guarantee of the rights of LGTBI people (hereinafter, 'Law 4/2023').

3. Public consultation available at: https://www.igualdad.gob.es/index.php/servicios/participacion/consultapublica/consulta-previa-ley-organica-contra-el-racismo/ viewed on 1 September 2023.

4. Although Article 2.2 of Council Directive 2000/43/EC of 29 June contained important limitations in so far as it expressly states that it does not apply to difference of treatment based on nationality, or to any treatment which arises from the legal status of third-country nationals and stateless persons.

5. European Commission against Racism and Intolerance *Report on Spain published on 27 February 2018* available at: https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain/16808b56c9 (page 9) viewed on 1 September 2023.

6. Ministry of Equality, *Institutional Declaration on the International Day of the Elimination of Racial Discrimination on 21 March 2023 (*second paragraph on page 2) available at: https://www.igualdad.gob.es/ministerio/dgigualdadtrato/Paginas/index.aspx viewed on 1 September 2023

7. Articles 25.1 and 27.2 of Law 15/2022 of 12 July 2022, A comprehensive law on the equality of treatment and non-discrimination (hereinafter 'Law 15/2022').

II. DEFINITIONS IN DISCRIMINATION LAW

Discrimination law in Spain is notable because it does not contain uniform definitions. Definitions of concepts such as direct or indirect discrimination can vary depending on which piece of legislation one is consulting. It is therefore worth considering whether the definitions in Law 15/2022 may help or hinder those candidates or employees who potentially wish to bring race/ethnic discrimination employment law claims.

A. Protected characteristics

The Race Directive provides that the principle of equal treatment in the Directive means that that there shall be no direct or indirect discrimination based on 'racial or ethnic' origin, in relation to, for example, the conditions for access to employment, employment and working conditions, training, pay, promotion and dismissals[8]. The Directive itself does not define the meaning of 'racial' or 'ethnic' origin[9]. When the Directive was implemented in Law 62/2003 these terms were not expanded upon.

Despite the prohibition in the European Union against discrimination on the grounds of racial or ethnic origin, when a survey was conducted on behalf of the European Commission in 2019, it found that it remains the perception of many people in the European Union that discrimination on the grounds of racial or ethnic origin remains common[10]. For example, 59% of Europeans interviewed believed discrimination based on ethnic origin was widespread in their country (54% of those interviewed in Spain). 61% of Europeans interviewed believed discrimination against gypsies was widespread in their country (65% interviewed in Spain). 59% of Europeans interviewed believed that people were discriminated against because of the colour of their skin in their country (55% interviewed in Spain).

Law 15/2022 proclaims the rights of all people in Spain to equality of treatment and not to suffer discrimination, 'regardless of their nationality, their age or whether or not they enjoy legal residency'[11]. It expressly states that nobody can be discriminated against 'by reason of their birth, racial or ethnic origin, sex, religion, language, socioeconomic situation, or any other personal or social condition or circumstance' ('the protected characteristics')[12]. However, arguably, the legislator has missed the opportunity to expand the category of 'protected characteristics' to expressly include 'lineage or national origin' or 'colour of skin' in the context of ordinary workplaces

8. Articles 2.1 and 3.1(a), (b), (c) of Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (hereinafter 'Directive 2000/43/EC').

9. *CHEZ Razpredelenie Bulgaria" AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, *(C-83/14, EU:C:2015:480)*, Judgment of 16 July 2015, in which the court held at paragraph 46 that the concept of 'ethnicity' has 'its origin in the idea of societal groups marked in particular by common nationality, religious faith, language, cultural and traditional origins and background.'

10. European Commission, *2019 Eurobarometer Discrimination in the European Union* available at: https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2251 viewed on 1 September 2023.

11. Article 2.1 of Law 15/2022.

12. *Ibid*.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

(although interestingly these concepts are covered by separate legislation in Spain in the world of sport)'[13].

It is suggested that the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance should expand protected characteristics beyond race and ethnic origin to expressly include 'skin colour' or 'lineage or national origin'[14]. Equally, to protect individuals against xenophobia, it would be helpful to protect those who are simply perceived to be 'foreigners' and who are treated less favourably and unlawfully. Discrimination can occur, not necessarily because someone comes from a particular group or country, but simply because someone is perceived to be 'foreign' and therefore 'not one of us' by the dominant majority.

B. Direct racial/ethnic discrimination

Direct discrimination is defined in the Race Directive as 'where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on grounds of racial or ethnic origin'[15]. The Directive further provides that the *only* circumstances in which a difference of treatment based on a characteristic related to racial or ethnic origin does not constitute unlawful direct discrimination is where, 'by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or the context in which they are carried out, such a characteristic *constitutes a genuine and determining occupational requirement*, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate'[16]. When the Directive was implemented in 2003, the Spanish legislator defined direct discrimination as: 'when a person is treated less favourable than another in an analogous situation by reason of race or ethnicity'[17]. The Spanish legislator arguably therefore did not fully implement the Directive because there is no express reference to *past* or *potential* future treatment. The genuine and determining occupational requirement exception was included when the Directive was implemented in 2003[18].

Law 15/2022 defines direct discrimination as: 'the situation in which a person *or group that they belong to*, are, have been or could be treated in a less favourable manner than others in an analogous or comparable situation by reason of any of the protected characteristics'[19]. It is therefore a curious piece of legislation because the definition of direct discrimination departs from the definition of direct discrimination in the European Race Directive in two ways. Firstly, it extends the definition of

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

13. Article 1(e) of Law 19/2007, of 11 of July, Law against violence, racism, xenophobia and intolerance in sport.
14. The Autonomous Community of Navarra has included 'national origin' and colour of skin' as prohibited grounds of discrimination in Article 1 of Law 13/2023, Floral Law, of 5 of April, on the fight against racism and xenophobia (hereinafter 'Floral Law 13/2023').
15. Article 2.2(a) of Directive 2000/43/EC.
16. Article 4 of Directive 2000/43/EC.
17. Article 28.1(b) of Law 62/2003 of 30 December, on fiscal, administrative and social measures (hereinafter 'Law 62/2003).
18. Article 34.2 of Law 62/2003.
19. Article 6.1(a) of Law 15/2022.

direct discrimination from one person to a group. Secondly, it contains a general justification defence clause that appears to apply to *any* type of discrimination. This states 'a difference of treatment based on one of the protected characteristics is not considered unlawful discrimination if the rule, conduct, act, criteria or practice can be objectively justified with a legitimate aim and the means to achieve it is adequate, necessary and proportionate'[20]. In applying this general justification defence to *all* forms of discrimination (including both direct and indirect discrimination), the Spanish legislator has therefore departed from the Race Directive which, as previously noted, in the context of employment law only permits direct discrimination in very limited circumstances, namely, if there is a *genuine and determining* occupational requirement[21]. This drafting therefore confuses rather than clarifies existing rights in the context of direct race/ethnic discrimination in the employment context, notwithstanding that Law 15/2022 itself acknowledges that 'more favourable rules may apply to the different types of discrimination, and in such cases, these are to be followed'[22]. It is suggested that, for the sake of clarity and consistency, the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance the legislator restates the original definition of direct discrimination as per the European Race Directive.

C. Indirect race/ethnic discrimination

Indirect discrimination is defined in the European Race Directive as: 'taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared *with other persons*, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary'[23]. When this Directive was implemented in Spain, Law 62/2003 defined indirect discrimination as: 'when a legal or regulatory provision, a conventional or contractual clause, an individual agreement or a unilateral decision, apparently neutral, may cause a particular disadvantage to *a person* with respect to others by reason of racial or ethnic origin, provided that objectively they do not respond to a legitimate aim and the means to achieve this aim are not adequate and necessary'[24].

Indirect discrimination is defined in Law 15/2022 as: 'when an apparently neutral provision, criterion or practice causes or may cause *one* or various people a particular disadvantage compared to others because of one of the protected characteristics'[25]. The drafting is interesting again for two reasons. Firstly, it appears to depart from the drafting of indirect discrimination in the European Race Directive because it includes circumstances where only *one* person as opposed to a group of people who share a

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

20. Article 4.2 of Law 15/2022.
21. Article 4 of Directive 2000/43/EC.
22. Article 3.2 of Law 15/2022.
23. Article 2.2.(b) of Directive 2000/43/EC.
24. Article 28.1 (c) of Law 62/2003.
25. Article 6.1(b) of Law 15/2022.

protected characteristic is put at a particular disadvantage by a provision, criterion or practice. Secondly, there is no objective justification element to the definition of indirect discrimination *itself*. Instead, as noted above, a general justification appears to apply to all forms of discrimination[26].

The interpretation clause of law 15/2022 states, on the one hand, that this law should be interpreted conform with the sources of international law and the jurisprudence from the international courts[27]. However, on the other hand, the interpretation clause also states that where there are differing interpretations, the courts should prefer that which offers the greatest protection to people or groups of people affected by discriminatory or intolerant conduct. It is obviously easier for an individual to prove a particular disadvantage to him/herself as a consequence of a workplace policy, rather than a particular disadvantage to a group who shares his/her protected characteristics. It remains to be seen how the courts will interpret the drafting of the concept of indirect discrimination if this argument is ever presented by lawyers acting on behalf of an employee.

Earlier this year, the Foral Community of Navarra, an autonomous region in Spain, passed its own specific legislation to tackle racial and ethnic discrimination. The legislator of Navarra has chosen to define 'indirect discrimination' conform with the European Race Directive[28]. It is suggested that this approach is adopted, for the sake of clarity and consistency in the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance.

D. Harassment on the grounds of racial or ethnic origin

The Race Directive defines discrimination by means of harassment as: 'when an unwanted conduct related to racial or ethnic origin takes place with the purpose *or effect* of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment'[29]. The Directive goes on to state that: 'the concept of harassment may be defined in accordance with the national laws and practice of the Member States.'

When Spain implemented the Race Directive it defined harassment as: 'any unwanted conduct related to a person's racial or ethnic origin which has the objective or consequence of violating their dignity and creating an intimidating, humiliating or offensive environment'[30]. The word 'degrading' was not included.

The word 'degrading' has now been included in Law 15/2022 as harassment is defined as: 'any conduct carried out by reason of any of the causes of discrimination provided (...) with the objective or consequence of violating the dignity of a person *or*

26. Article 4.2 of Law 15/2022.
27. Article 7 of Law 15/2022.
28. Article 2 of Foral Law 13/2023.
29. Article 1.3 of Directive 2000/43/EC.
30. Article 28.1.(d) of Law 62/2003.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

group in which they are integrated and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment'[31]. This definition of harassment, is, once again, a departure from the wording of the Race Directive because it refers not only to the effect of the dignity of an individual but, alternatively, to the potential effect of the dignity of *a group* which the individual belongs to. It is difficult to imagine in practice circumstances in which an employee or job applicant would choose to bring a harassment claim on the grounds that it affects the dignity of the racial or ethnic group that he or she belongs to, as opposed to simply their own dignity. Indeed, from a tactical perspective, it would potentially be an error to bring a harassment claim which focused on the effect of the dignity of the group which an individual belonged to (rather than the hurt/injury caused to the individual him or herself), because the danger is that this wording invites the employer to ask the court to dismiss the claim on the grounds that not *everybody* in the group would find the conduct complained of intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive.

It is noted that, once again, the legislator of the Floral Community of Navarra has chosen to define 'harassment' conform with the definition in the Race Directive referring simply to the potential effect of harassment on an individual[32]. It is suggested that the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance should adopt the definition of harassment contained in the Race Directive, once again for the sake of consistency and clarity.

E. Instruction to discriminate on the grounds of racial or ethnic origin

The Race Directive expressly states that an instruction to discriminate against persons on grounds of racial or ethnic origin shall be deemed to be discrimination.[33]. Law 62/2003 implementing the Directive states that any order to discriminate against people by reason of race or ethnicity will be considered discriminatory in every case[34].

Law 15/2022 law prohibits 'inducements, orders or instructions to discriminate or instructions to commit an act of intolerance'[35]. However, the law states that the inducement must be 'specific, direct and effective' in order to be an attributable act of discrimination. This may be difficult for employees to prove in practice.

Proving an 'inducement' should not face a higher evidential burden than, for example, an indirect order or indirect instruction to discriminate. It is suggested that this higher evidential burden for inducements is deleted from the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance.

31. Article 6.4 of Law 15/2022.
32. Article 2 of Foral Law 13/2023.
33. Articles 2.4 of Directive 2000/43/EC.
34. Article 28.2 of Law 62/2003.
35. Articles 4.1 and 6.5 of Law 15/2022.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

F. Victimisation for raising a complaint relating to racial or ethnic origin

The Race Directive requires Member States to introduce measures to protect individuals from any adverse treatment or adverse consequence as a reaction to a complaint or proceedings aimed at enforcing compliance with the principle of equal treatment[36]. When Spain implemented the Race Directive in law 62/2003, it amended the Spanish Workers' Statute to state that 'decisions by an employer that mean unfavourable treatment for workers as a reaction to a to a claim made in the company or to a judicial action aimed at demanding compliance with the principle of equal treatment and non-discrimination will be null and void'[37].

Law 15/2022 prohibits retaliations. Retaliations are defined for the purposes of this law as 'any adverse treatment or negative consequence that a person or group of which they belong may suffer for intervening, participating or collaborating in an administrative procedure or judicial process intended to prevent or put an end to a discriminatory situation, or for having filed a complaint, claim, denunciation, demand or resource of any kind with the same objective'[38].

In so far as this protection clearly extends not only to those who have themselves made a race/ethnic discrimination complaint, but also to those who may support such a complaint, this extension of protection is to be welcomed. It is recommended that this wording is maintained in the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance.

G. New types of discrimination claims (discrimination by association, discrimination by error, discrimination, multiple and intersectional discrimination)

Law 15/2022 introduces new potential race/ethnicity related claims that individuals can bring that were not originally defined in the European Race Directive. For example, discrimination by association, discrimination by error, discrimination, multiple and intersectional discrimination. Discrimination by association is defined as 'when a person or group to which they belong, due to their relationship with another who has a protected characteristic, is the subject of discriminatory treatment'[39]. Discrimination by error is defined as that 'which is based on an incorrect assessment of the characteristics of the person or persons discriminated against'[40]. Multiple discrimination is defined as when a person is 'discriminated against in a simultaneous or consecutive way for two or more

36. Article 9 of Directive 2000/43/EC.
37. Fourth paragraph of Article 37 of Law 62/2003 amending article 17.1 of the Spanish Workers' Statute passed by Royal Legislative Decree 1/1995, of 24 of March (hereinafter 'the Spanish Workers' Statute).
38. Article 6.6 of Law 15/2022.
39. Article 6.2(a) of Law 15/2022.
40. Article 6.2(b) of Law 15/2022.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

protected characteristics'[41]. Intersectional discrimination is 'when diverse protected characteristics concur or interact generating a specific form of discrimination'[42].

The general justification defence applies to all these forms of discrimination and so it is not unlawful discrimination if the disposition, behaviour, act, criteria or practice that is alleged to be discrimination by association or error or multiple or intersectional discrimination can be 'objectively justified with a legitimate aim with an adequate, necessary and proportionate measure to meet that aim'[43]. In cases of multiple and intersectional discrimination, the 'reasons for the difference in treatment must be given by the employer in its defence of each of the protected characteristics'[44].

The express inclusion of these categories of discrimination is to be welcomed in so far as their inclusion extends the protection of the law to others who may be affected by these issues even if they are not themselves from an immigrant background, such as an employee who is trying to advocate for employees from racial and ethnic minorities in the workplace. The law also expressly recognises that it is possible for certain groups, such as women from ethnic minorities, to suffer multiple discrimination.

H. Burden of proof

The Race Directive required Member States to take measures to ensure that when a person considers themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them and establishes before a court or competent authority, 'facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination' it is for the employer to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment[45]. This rule also applies to claims relating to harassment or instructions to discriminate as these are also classified as forms of discrimination which breach the principle of equal treatment[46].

Law 63/2003 implementing this Directive chose not to following the drafting of the burden of proof provisions in the Directive. It provides 'if from the allegations of the employee it can be deduced the existence of well-founded indications of discrimination due to the racial or ethnic origin of the person, the employer is responsible for providing an objective and reasonable justification, sufficiently proven, of the measures adopted and their proportionality'[47]. This drafting is reflected in the procedural law which applies to employment law claims[48], and very drafting is in Law 15/2022[49].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

41. Article 6.3(a) of Law 15/2022.
42. Article 6.3(b) of Law 15/2022.
43. Article 4.2 of Law 15/2022.
44. Articles 6.3(c) of Law 15/2022.
45. Article 8.1 of Directive 2000/43/EC (this rule does not apply to criminal proceedings in terms of Article 8.3).
46. Articles 2.3 and 2.4 of Directive 2000/43/EC.
47. Articles 32 and 36 of Law 63/2002.
48. Article 96.1 of Law 36/2011 of 10 October, the regulation of the social jurisdiction (hereinafter 'LRJS').
49. Article 30.1 of Law 15/2022.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

It is submitted that it unhelpful to have the burden of proof provision drafted in such a way that it appears to conflate a concept such as the objective justification defence that applies to indirect discrimination claims, to other types of discrimination where it does not apply such as direct racial discrimination/harassment claims. As noted above, there is only one lawful justification for direct discrimination in the context of the workplace and that is if race/ethnic origin '*constitutes a genuine and determining occupational requirement*'[50]. The considerations and legal principles that apply to, for example, a direct age discrimination claim where objective justifications are permitted, are simply not the same as the considerations and legal principles that apply to a direct race/ethnicity discrimination claim where, as we have already seen, they are not[51].

These differences between the Spanish and the European drafting of the burden of proof provisions have been implicitly acknowledged by the legislator in the aforementioned Foral Law of Navarra 13/2023. The legislator states that the burden of proof rules which apply will be both those in Spanish legislation and European law[52]. It is suggested that a more helpful drafting of the burden of proof provision in the context of employment law cases, in the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance, would more closely reflect the drafting in the Race Directive. Put simply, once the employee has established facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination or harassment or an any other type of discrimination, it is for the employer to prove that there has been no unlawful direct or indirect discrimination or harassment or whatever the type of discrimination complained of (conform with the relevant legal principles which apply to each category of discrimination).

III. MEASURES TO DETECT, PREVENT AND STOP DISCRIMINATION

As noted at the outset, there is a general obligation in Law 15/2022 on employers to adopt measures to 'detect, prevent and to stop' discriminatory situations. Let us consider what measures currently exist, and whether Law 15/2022 provides new tools/measures to tackle discrimination on the grounds of racial and ethnic origin in the workplace?

A. Collective agreements

Collective agreements have, to date, arguably been under-utilised as a tool to prevent racial and ethnic discrimination in the workplace. By way of illustration, a quick glance at the Collective Agreements applicable to Offices in Madrid published on 13 August

50. Article 4 of Directive 2000/43/EC.
51. Article 6.1 of Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.
52. Article 25 of Floral Law 13/2023.

2022, the Collective Agreement applicable to the Cleaning Sector of Buildings and Premises in Madrid published on 9 September 2022, the State Collective Agreement applicable to Security Businesses 2023-2026, and the 2023 VI Labour Agreement relating to the Hospitality Sector shows that none of them make *express* reference to the prevention of discrimination on the grounds of racial or ethnic origin in the workplace.

This is no doubt, in part, because the Race Directive and Law 62/2003 simply contained an *invitation* rather than an *obligation* to include measures to prevent discrimination on the grounds of racial or ethnic origin in collective agreements[53]. Arguably, Law 15/2022 continues this tradition of *inviting* rather than *obliging* the use of collective agreements to 'prevent, eliminate and correct' all forms of discrimination. Law 15/2022 simply states that collective negotiations can´t establish 'limits, segregations, or exclusions' on the grounds of racial or ethnic origin in collective agreements [54]. It also states that collective agreements *could* contain positive measures to 'prevent, eliminate and correct' all forms of discrimination[55].

This is in contrast to the express obligation in the Spanish Workers' Statute to negotiate measures designed to ensure equality of treatment and opportunities in collective agreements between women and men in the workplace[56]. Likewise, in relation to people who are lesbian, gay, trans bisexual or intersexual (hereinafter 'the LGTBI' collective,) there is an obligation to boost, through collective bargaining, the inclusion in collective agreements of clauses promoting LGTBI diversity as well 'as the prevention, elimination and correction' of all forms of discrimination against LGTBI people, as well as procedures for a complaint procedure[57].

It would be a progressive step forward if the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance imposed *an express obligation* to negotiate in collective agreements measures to promote equality of opportunities and non-discrimination on racial or ethnic grounds. If this proposal were to be adopted, this would indeed be a 'milestone' in the fight against racism in the workplace given how few collective agreements currently address discrimination on these grounds.

B. Equality plans

One of the most effective tools to 'detect, prevent and stop' discriminatory situations is to oblige employers to undertake an analysis of discrimination in their own organisations. An analysis to understand if hidden barriers exist together with an action plan to identify specific objectives to make improvements, where required, through the use of bespoke equality plans. Law 15/2022 does not, however, *expressly*

53. Article 11 of Directive 2000/43/EC and Article 42 of Law 62/2003.
54. Article 10.1 of Law 15/2022.
55. Article 10.2 of Law 15/2022.
56. Article 85.1 of the Spanish Workers' Statute.
57. Article 14(e) of Law 4/2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

impose an obligation on employers to use equality plans to analyse and tackle racial or ethnic discrimination within their own organisations, and so there is no progression in the law in this regard.

In contrast, employers with 50 employees or more, are already obliged to draft gender equality plans, the contents of which should be negotiated with the workers' legal representatives[58]. It would clearly be a 'milestone' if employers were obliged to undertake similar steps to address racial and ethnic discrimination as those steps they are already obliged to take in relation to gender discrimination. In order to reduce gender discrimination, employers are required to analyse gender equality within their organisations including gender equality gaps that may exist in recruitment, training, promotion, employment conditions, female underrepresentation[59]. Thereafter, the equality plans should contain specific objectives in relation to any inequalities identified, the strategies or measures which the organisation proposes to adopt to achieve the identified objectives, as well as establishing how monitoring and achievement of the objectives will be undertaken[60]. There is transparency in relation to gender equality plans because employee representatives or, in their absence, employees have the right to access information about the content of equality plans and the achievement of their objectives[61]. In order to encourage the voluntary adoption of gender equality plans, the Spanish government is obliged to establish training measures directed at small and medium sized businesses, including the necessary technical support[62].

Similarly, employers with over 50 employees are already under an express obligation to plan for the real and effective equality of LGTBI employees[63]. These measures must include 'the adoption of sufficient methods of prevention and detection of discrimination' against the LGTBI collective[64].

It has been reported in the press that the drafts of the Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance include an obligation on employers with more than 250 employees to draft equality plans tacking racism, structural racism racial discrimination and other forms of intolerance which includes measures to prevent, eliminate and correct all forms of racial discrimination or connected intolerance in the workplace[65]. Whilst this would be an important step forward, the reality is that only 36.23% of registered employees work for large employers (employers with over 250 employees)[66]. Extending this obligation to employers with

58. Article 45.2 of Organic Law 3/2007 of 22 of March, for the Effective Equality of Women and Men (hereinafter 'Organic Law 3/2007').
59. Article 46.2 of Organic Law 3/2007.
60. Article 46.1 of Organic Law 3/2007.
61. Article 47 of Organic Law 3/2007.
62. Article 49 of Organic Law 3/2007.
63. Article 15.1 of Law 4/2023.
64. Article 62.3 of Law 4/2023.
65. Valdés, I. and Romero, M. J. reporting in El País on 25 May 2023, available at: https://elpais.com/sociedad/2023-05-25/la-ley-contra-el-racismo-de-igualdad-preve-multas-de-hasta-medio-millon-y-mas-carcel-por-discriminar-a-colectivos.html.
66. Data from the Ministry of Industry, Commerce and Tourism available at: https://ipyme.org/Publicaciones/Cifras%20PYME/CifrasPYME-agosto2023.pdf viewed on 4 October 2023.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

more than 50 employees would increase coverage to over 51% of employees[67]. It would indeed be a 'milestone' if an express obligation to draft equality plans to tackle race and ethnic discrimination is applied to employers with over 50 employees to bring the law in line with existing similar obligations for gender discrimination and discrimination against the LGTBI collective.

C. Harassment protocols and training

The racist abuse directed at Real Madrid´s Brazilian winger, Vinícius Júnior during a football match against Valencia on 21 May 2023 made international headlines and brought the issue of racism in Spain to the attention of the world[68]. Here was a highly successful and highly paid worker, yet, in his place of work, he was suffering taunts due to the colour of his skin in front of the cameras of the world[69]. This incident shows very clearly that there is a need for harassment training in Spain, and not only to protect the human dignity of workers. Each and every person who engaged in this discriminatory conduct is a potential liability for their employers if they were to behave similarly in their workplaces.

As previously noted, Law 15/2022 holds employers responsible for the damage caused when discrimination, including harassment, occurs within the scope of organization or under their management, and they have not complied with their obligations to adopt measures to detect discrimination and to take preventative steps[70]. There is therefore an implicit requirement to take steps to prevent harassment on racial and ethnic grounds, such as through the provision of harassment training.

It would be a welcome step forward if the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance were to impose *an express obligation* on employers with over 50 employees to provide harassment training on the grounds of racial and ethnic origin in the workplace. Spain already has laws in place which require employers with 50 employees or more to have protocols to tackle sex and sexual harassment[71], and harassment of people from the LGTBI communities in the workplace[72]. Employers with fewer than 50 employees are also obliged to have sexual harassment policies in place if required by a term in the applicable collective bargaining agreement to their business[73], or if required to do so by the Spanish labour authority[74]. It important to correct the morally indefensible perception created by

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18
Law 15/2022, A

67. Ibid.
68. See, for example: https://www.theguardian.com/world/2023/may/24/its-not-just-in-football-young-players-families-on-racism-in-spain.
69. Despite, as noted above, a specific law to tackle racism in sport: Law 19/2007, of 11 of July, Law against violence, racism, xenophobia and intolerance in sport.
70. Articles 25.1 and 27.2 of Law 15/2022.
71. Articles 45.2 and 46.2(i) of Organic Law 3/2007.
72. Article 15.1 of Law 4/2023.
73. Articles 45.3 and 46.2(i) of Organic Law 3/2007.
74. Article 45.4 of Organic Law 3/2007.

these current differences in the law, that harassment on the grounds of racial or ethnic origin is less serious than harassment on the grounds of gender or sexual orientation.

D. Positive measures

The Race Directive leaves it up to Member States to decide whether 'to maintain or adopt specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to racial or ethnic origin'[75]. Law 62/2003 acknowledges the possibility of 'specific measures in favour of specific collectives designed to prevent or compensate for disadvantages that affect them by reason of their racial or ethnic origin' without imposing any *express* obligations in this regard[76].

Similarly, Law 15/2022 defines 'positive actions' as 'differences of treatment designed to prevent, eliminate or, where relevant, compensate any form of discrimination or collective social disadvantage'[77]. These measures can be applicable whilst the situations of discrimination or the disadvantages that justify them exist. The measures must be 'reasonable and proportionate in relation to the in relation to way they are developed and the objectives they pursue.' As noted previously, this legislation suggests that positive measures may be established through collective negotiation[78]. In such cases, Law 15/2022 suggests that, where appropriate, objectives and mechanisms for information and periodic evaluation may be established jointly by the companies and the legal representatives of the workers within the framework of collective bargaining. Law 15/2022, once again, therefore does not impose any *express* obligations to adopt *specific positive measures* to eliminate discrimination on the grounds of racial or ethnic origin.

It would be a 'milestone' in the fight against racism if the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance were to impose *express positive obligations* on employers with over 50 employees to adopt positive measures to address 'racial or ethnic gaps' in their organisations. For example, it appears that recruitment is an area in which there is currently a 'racial/ethnic gap' that urgently requires addressing. Whilst 20% of Spaniards work as employees in the public sector, only 2.5% of foreigners are employees in the public sector[79]. The majority of foreigners therefore work in the private sector. It has been reported that around 42% of foreigners work in jobs with the lowest qualification requirements, compared to around 20.2% of Spaniards[80]. Foreigners are more likely to have temporary jobs

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

75. Article 5 of Directive 2000/43/EC.
76. Article 30 of Law 62/2003.
77. Article 6.7 of Law 15/2022.
78. Article 10.2 of Law 15/2022.
79. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE), *Report on the Integration of Foreigners in the Spanish Labour Market* 2022, paragraph 4.19, available at: https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0141.htm consulted on 1 September 2023.
80. *Ibid.* paragraph 5.3.

(36%) compared to Spaniards (23.4%)[81]. Foreigners are more likely to have part-time contracts (17.6%) compared to Spaniards (13%)[82].

Furthermore, in an investigation carried out between March and August 2021, investigators demonstrated the difficulties faced in recruitment by young people of immigrant descent. Investigators responded to 1002 job offers covering 13 different sectors sending two identical applications to each offer, one purportedly from a young person of Spanish descent and one purportedly from a young person of immigrant descent (Chinese or Peruvian or Moroccan or Dominican)[83]. The results showed that young people of Spanish descent had, overall, a *36% greater possibility* than the young people of immigrant descent to be invited to the first stage of a selection process[84]. In comparison with young people of Spanish descent, young people of Moroccan descent had a 50% higher chance of being rejected, young people of Chinese descent had a 31.7% higher chance of being rejected and children of Peruvian descent had a 31.7% greater chance of being rejected[85].

This investigation proves that *equally qualified candidates* still do not have the same access to the same opportunities in the workplace, because of factors that are beyond the control of candidates, such as their racial or ethnic origin. The new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance should include positive measures to address the issue of inequality in recruitment. This could be done by expressly obliging employers with over 50 employees to adopt positive measures to identify and correct any 'racial/ethnicity gaps' in the context of recruitment. Perhaps organisations with over 50 employees in which the racial and ethnic diversity does not reflect the general racial and ethnic diversity in the working population (less than 10%), should be legally obliged to offer interviews to racial/ethnic minority candidates who meet the minimum requirements for a role/promotion. This would be a positive measure to facilitate integration in the workplace and to concentrate minds on whether invisible barriers amounting to indirect discrimination exist.

E. Measures to ensure equal pay

In theory, there should be no discrimination in relation to pay on the grounds of racial or ethnic origin[86]. Notwithstanding this, in 2022, the overall pay gap between Spaniards

81. *Ibid.* paragraph 4.24.
82. *Ibid.* paragraph 4.26.
83. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE), *Report on the Empirical Approach to Discrimination against Children of Immigrants in the Labor Market*, page 8, available at https://inclusion.segsocial.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0154.htm consulted 1 September 2023.
84. *Ibid.* page 9.
85. For certain, high qualified positions, young people of immigrant descent have a 4.6% *greater possibility* of being invited to the first stage of recruitment. The investigators thought this may be explained by potential additional language skills required by employers in the case of young people of Moroccan or Chinese descent.
86. Articles 4.2 and 17.1 of the Spanish Workers' Statute.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

and foreigners was reported as being around 34%[87]. However, once differences between occupation, activity, working hours and length of service are taken into account, it was reported that this difference between the pay between Spaniards and foreigners falls to 5,3%[88].

Law 15/2022 provides that the government can pass regulations to require employers with more than 250 employees to publish salary information necessary to analyse whether there are any salary differences when taking account differences in racial or ethnic origin[89]. It is not known when, or if, these regulations will be passed.

In the meantime, the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance could include transparency measures in relation to pay which could help to reduce the racial/ethnicity equality gap. Measures could include, for example, requiring employers to provide upfront information about pay or pay ranges in the job vacancy or at the job interview stage, or by prohibiting employers from asking applicants about their pay history during their current or previous employment relationships, or ensuring that workers are not prevented from disclosing their pay. These are all changes which employers will already be required to make, in any event, when Directive 2023/970 to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women is implemented[90].

F. Trade unions and workers' representatives

Spanish law places great importance on the informing and consulting of workers representatives generally[91]. Workers' representatives and trade union representatives therefore have an important role to play in ensuring equality of opportunity and no discrimination on the grounds of racial and ethnic origin. By way of illustration, the Spanish Workers' Statute provides workers' representatives with a unique right to 'be informed by the employer of the parameters, rules and instructions on which the algorithms or artificial intelligence systems are based that affect decision-making that may affect working conditions, access and maintenance of employment, including the preparation of profiles'[92]. Examining the information provided by employers to establish whether algorithms used in recruitment or promotion are potentially indirectly discriminatory on racial or ethnic grounds (or on any other grounds) is therefore arguably a duty of the workers' representatives.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

87. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE), *Report on the Integration of Foreigners in the Spanish Labour Market 2022*, paragraph 6.1, available at: https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0141.htm consulted on 1 September 2023

88. Ibid. Paragraph 6.3.

89. Article 9.6 of Law 15/2022.

90. Articles 5.1 and 5.2 and 7.5 of Directive 2023/970 of 10 May 2023 to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms. Member States have until 7 June 2026 to implement the Directive.

91. See, for example, Article 64 of the Spanish Workers' Statute.

92. Article 64.4(d) of the Spanish Workers' Statute.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

Law 15/2022 further provides that both the representatives of the workers and the business are obliged 'to ensure compliance with the law of equality of treatment and non-discrimination in the business, and in particular, compliance with any positive measures and the attainment of those objectives'[93]. Law 15/2022 expressly states that 'inaction, failure to discharge duties, or failure to comply with obligations' is a breach of the right to equality[94]. In addition, the most representative trade unions are under an annual obligation to produce a report on compliance with articles 9 (employment) 10 (collective negotiation) and 11 (self-employment)[95]. These combined obligations mean that trade union and workers' representatives have general obligations to ensure that the principles of equal treatment and non-discrimination are complied with, including on racial and ethnic grounds.

The current prevailing silence in many collective agreements and equality plans on the issue of racial and ethnic discrimination suggests that there is a training need for workers' representatives. It is suggested that new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance places express obligations on trade union/workers' representatives to attend specific training on racial and ethnic discrimination to enable them to adequately discharge their duties to ensure compliance with the principles of equality and non-discrimination. It is suggested that any training should cover not only the legal and ethical case for upholding the principles of equality of treatment and non-discrimination on ethnic/racial grounds but also the economic case. Fears can exist within dominant populations (and not only in Spain) about whether more opportunities for immigrants/people of immigrant descent will automatically mean less opportunities for locals thus discouraging initiatives relating to racial/ethnic diversity. However, studies undertaken by consulting firms such as McKinsey & Company, which have shown that businesses with greater ethnic diversity in corporate leadership are more likely to deliver greater profitability than businesses with less ethnic diversity in corporate leadership, can be helpful in this regard in making the economic case for diversity and showing that it is not necessarily a zero-sum game[96]. Diversity in any organisation can bring fresh ideas, open new doors, create new connections and broaden perspectives.

G. Social security and labour inspectors

Law 15/2022 provides that social security and work inspectors should ensure respect for equality of treatment and no discrimination in the access to employment and the

93. Article 10.3 of Law 15/2022.
94. Article 4.1 of Law 15/2022.
95. Fifteenth additional disposition of Law 15/2022.
96. *Diversity wins: How inclusion matters* published by McKinsey and Company dated 19 May 2020 available at: https://www.mckinsey.com/featured-insights/diversity-and-inclusion/diversity-wins-how-inclusion-matters consulted on 1 September 2023.

conditions of employment[97]. The inspectors are now obliged to include in their annual planning how they will monitor compliance with the equality and discrimination laws[98].

In the strategic plan for the work inspectors which covers the period 2021 to 2023 the work inspectors undertake to collaborate with the General Directorate of Equal Treatment and Racial Ethnic Diversity of the Ministry of Equality, to undertake to take 'actions' aimed mainly at people who suffer racial or ethnic discrimination more frequently in the workplace such as gypsy people, migrants, Africans and Afro-descendants, Arabs and Asians[99]. Unfortunately, it is not clear what these specific 'actions' will be.

It is suggested that new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance places a specific obligation on labour inspectors to inspect whether organisations appear to lack racial and ethnic diversity when carrying out an audit, and to give them powers to require organisations to implement racial/ethnic equality plans in circumstances where there appears to be a prima facie gap in racial/ethnic diversity. The law should also require inspectors to explain *how* they intend to try to achieve their stated objectives.

H. Assessment of potential race/ethnic discrimination claims

Law 15/2022 provides that people who are victims of discrimination have the right to receive 'complete and comprehensible information, as well as an assessment into their personal situation, adapted to their context, needs and capacities' through the services, organisations and offices that the public administrations can offer[100]. People are entitled to receive a free legal assessment prior to lodging a claim[101]. However, it can be difficult to provide a 'comprehensive' assessment of a potential employment law discrimination claim because of a lack of a right to transparency explaining the decisions of recruiters or employers. Recruiters and employers are not currently obliged to provide a written response in answer to any discrimination conciliation claim or discrimination judicial claim lodged by prospective candidates or employees.

Whilst Law 15/2022 states that 'it will be understood as discriminatory the criteria and job application processes, in the public and private sector' that produce situations of indirect race discrimination[102]. In practice, external candidates to an organisation do not necessarily have access to data which can prove that, for example, an organisation routinely excludes applications from candidates who are immigrants/of immigrant descent. Similarly, an internal candidate who is refused a promotion may not have the

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

97. Article 9.4 of Law 15/2022.
98. *Ibid*.
99. Secretary of State for Employment and the Social Economy, *Strategic Plan for the Inspectors of Work and Social Security 2021-2023*, action 6.4, at: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-20005 consulted on 1 September 2023.
100. Article 5.2 of Law 15/2022.
101. Article 5.4 of Law 15/2022.
102. Article 9.2 of Law 15/2022.

data to assess whether, as a matter of fact, across a large organisation, there is data that may support that there is a general policy of not promoting foreigners.

It is suggested that the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance should amend employment law procedural rules, such as Law 36/2011, of 10 of October, regulating the Social Jurisdiction, to enable candidates and workers to access data which they may need in order to receive a full assessment of their situation prior to the lodging any potential employment law claims, and certainly prior to the date of any court hearing itself. There are already steps in this direction in other areas of equality law. Directive 2023/970 on Pay Transparency, for example, requires Member States to ensure that in proceedings concerning gender equal pay claims, employers are expressly required to disclose any relevant evidence that lies within their control[103]. Employees also have the right to request and receive information in writing information that may be relevant to an equal pay claim[104]. In any assessment of discrimination claims, legal advisers need to be able to assess, at an early stage, not only the data which may support the claim of an employee or prospective employee, but also the explanation from an employer for the situation that has arisen, and whether, for example, the employer has a potential objective justification defence.

I. Compliance and sanctions

The Race Directive requires Member States to set out sanctions for breaches of the obligations contained in the Directive and to take 'all measures necessary' to ensure that they are applied[105]. The Directive requires the sanctions, which could compromise the payment of compensation to the victim, to be 'effective, *proportionate* and dissuasive.' There are two ways to enforce the principle of equal treatment in Spain, either through individuals bringing individual claims in the social courts, or labour inspectors inspecting workplaces and issuing sanctions for any breaches of employment law.

There are five breaches of employment law relating to discrimination on the grounds of race or ethnic origin and they are all classified as 'very serious' breaches of employment law. The financial penalties for 'very serious breaches' currently range between €7,501 to €225,018[106]. These breaches include 'unilateral decisions' by a business that involve 'unfavourable direct or indirect discrimination in terms of remuneration, hours, training, promotion and other working conditions due to circumstances of origin, including race or ethnic origin'[107]. The breaches also include

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

103. Article 20.1 of Directive 2023/970 of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency (hereinafter 'Directive 2023/970') and enforcement mechanisms.

104. Article 7.1 of Directive 2023/970.

105. Article 15 of Directive 2000/43/EC.

106. Article 40.1 (c) of Royal Legislative Decree 5/2000, of 4 of August, which approved the revised text of the Law of Breaches and Sanctions in the Social Order (hereinafter 'LISOS').

107. Article 8.12 of LISOS.

'harassment because of racial or ethnic origin when it takes place in the workplace and if it is known by the business and if the business has not taken the necessary measures to stop it'[108].

Factors taken into account when determining the level of the fine include 'the negligence and intentionality of the discriminator, fraud or collusion, non-compliance with prior warnings and inspection requirements, company turnover, number of workers or beneficiaries affected, where appropriate, damage caused and amount defrauded'[109]. In addition, those employers who are held responsible for having made 'unilateral decisions' amounting to direct or indirect discrimination due to race or ethnic origin, and those employers who are held responsible for harassment on the grounds of racial or ethnic origin in the workplace face additional potential 'accessory sanctions'[110]. These include losing certain economic employment incentives that the employers may have been receiving from the Spanish State for a period of between six months and two years.

It is submitted that the Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance should not necessarily follow the current system of breaches and sanctions. Firstly, it is worth questioning whether it is *proportionate* to *automatically* classify 'unilateral decisions that amount to indirect discrimination' as 'very serious' breaches of employment law and in the same category as directly discriminatory decisions? Direct discrimination usually involves intentionality because a person is not being hired because they are, for example, Roma. Indirect discrimination that arises because 'an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared *with other persons*' does not necessarily involve any intentional discrimination. Nobody is an expert on all the potential forms of unintentional indirect discrimination that may exist in an organisation. When other jurisdictions implemented the Race Directive, some, such as the United Kingdom, provided that financial compensation may not necessarily be awarded in indirect discrimination cases where there had been *no intention* to discriminate[111]. The most appropriate remedy may sometimes consist simply in ordering a change to workplace policies, training or the implementation of an equality plan.

Secondly, to encourage employers to invest in quality annual or bi-annual training on racial/ethnic discrimination in the workplace, perhaps the law should expressly state that there could be reduced financial sanctions for employers who have done this? Indeed, in other jurisdictions, such as the UK, employers who can prove that they took 'all reasonable steps' to prevent an employee from discriminating, can potentially escape liability for any financial compensation awarded (leaving the employee who has committed the discriminatory act fully financially responsible for any compensation

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

108. Article 8.13bis of LISOS.
109. Article 39.2 of LISOS.
110. Article 46.bis.1 of LISOS.
111. See, for example, section 124(4) of the Equality Act 2010 in the UK.

awarded to the victim)[112]. A clear possibility of personal liability and economic fines that they (rather than their employer), may have to pay, should encourage employees who receive harassment training yet may still be inclined to express bigoted views to think again or risk the financial consequences.

Thirdly, it is worth considering whether workers' representatives should be subject to express sanctions if they fail to discharge their joint responsibilities (with businesses) to ensure that there is no direct or indirect discrimination against employees/prospective employees on the grounds of their racial or ethnic origin[113]. Law 15/2022 expressly states that 'inaction, failure to discharge duties, or failure to comply with obligations' is a breach of the right to equality[114]. As an initial step, perhaps the most representative trade unions could be subject to such sanctions if they fail to consider racial and ethnic discrimination when negotiating collective agreements. The sanctions could consist of obligatory ethnic/racial focused discrimination training for their representatives.

J. Monitoring of racial/ethnic discrimination employment law claims

Of the 28,275 individual claims relating to a contract of employment presented in 2022 in the social courts in Spain, it is not possible to see how many of these claims relate to discrimination on the grounds of racial or ethnic origin. This information is not currently published in the data summarising these types of claims before the employment courts[115]. Law 15/2022 provides that statistics for the courts will collate data specifically about matters registered for breaches relating to discriminatory treatment[116]. It is not clear whether information relating specifically to racial or ethnic discrimination complaints in workplace will be collated (unless the complaints are criminal in nature in which case they will be)[117].

It is suggested that the new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance expressly requires statistics to be collated showing how many conciliation claims relating to discrimination on racial/ethnic grounds, and thereafter, employment law claims are lodged, together with their outcomes. This would enable legal advisers to understand how many employment law claims relating to discrimination on the grounds of ethnic or racial origin are settled, dismissed or upheld. It would also be interesting to see if there are any differences in how these types of claims are resolved in the different autonomous regions of Spain.

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

112. Section 109(4) of the Equality Act 2010.
113. Article 10.3 of Law 15/2022.
114. Article 4.1 of Law 15/2022.
115. Data from: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/ viewed on 1 September 2023.
116. Article 36.4 of Law 15/2022.
117. Article 36.4 of Law 15/2022.

IV. CONCLUSIONS

Whilst Law 15/2022 contains some welcome changes that should help in bringing claims on the grounds of ethnic or racial discrimination related to the workplace, it can hardly be described as a 'milestone' in the fight against racism in this context. This is because it does not clearly oblige employers to adopt any specific measures to tackle ethnic and racial discrimination in the workplace. It also confuses rather than clarifies existing definitions in discrimination law by, for example, departing from the key definitions of direct discrimination, indirect discrimination, and harassment in the Race Directive.

The new Organic Law Against Racism, Racial Discrimination and Connected Forms of Intolerance is an opportunity to ensure that discrimination and harassment on the grounds of racial and ethnic origin are expressly tackled in collective agreements, equality plans and in the training for both employees and their representatives. It also presents an opportunity to return to the original definitions of direct and indirect discrimination and harassment in the Race Directive, and to redraft the burden of proof provisions so they are consistent with this Directive. It would be a positive development if this law were to revise the system of sanctions and penalties so that unintentional breaches of indirect discrimination law by employers were not automatically classified as 'very serious breaches.'

In addition, it would be a helpful step forward if greater transparency from recruiters and employers explaining their decisions was required in writing, and ahead of any judicial claims being lodged. This would enable legal advisers to provide a more complete assessment of any potential discrimination claims after analysis of the relevant data, and any objective justification defences put forward by employers. Finally, it would be wise to provide a financial incentive for employers to invest in diversity training that covered discrimination on the grounds of racial and ethnic origin (with particular focus on discrimination against people of African descent including Moroccans, discrimination suffered by Roma people, by people of colour generally and by the Chinese community).

This could be done by offering a clear percentage reduction in fines for employers if regular, quality training has been provided to employees. It takes positive action and consistency to change a culture and training is a key component of this. Twenty years after the implementation of the Race Directive, there is still much to be done to achieve its original objective of 'the development of democratic and tolerant societies which allow the participation of all persons irrespective of racial or ethnic origin!'[118].

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

118. Recital 12 of Directive 2000/43/EC.

Bibliography

Council of Europe: *Fifth Report of the European Commission against Racism and Intolerance Report on Spain,* published on 27 February 2018 at: https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/spain

European Commission, *2019 Eurobarometer Discrimination in the European Union* at: https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2251

Federación SOS Racismo: *Informe Anual sobre el racismo en el Estado español (2022) at:* https://sos-racismo.eu/wp-content/uploads/2023/01/20221229-Informe-2022.-Resumen-ejecutivo-1.pdf

Gobierno de España: *Plan estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021, 2022 y 2023: hacia un nuevo modelo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social* at: https://cpage.mpr.gob.es/producto/plan-estrategico-de-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social-2021-2022-y-2023/

McKinsey and Company: *Diversity wins: How inclusion matters*, 19 May 2020, available at: https://www.mckinsey.com/featured-insights/diversity-and-inclusion/diversity-wins-how-inclusion-matters

Ministerio de Igualdad**:** *Consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en una Ley Orgánica contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de intolerancia, at:* https://www.igualdad.gob.es/index.php/servicios/participacion/consultapublica/consulta-previa-ley-organica-contra-el-racismo/

Ministerio de Igualdad*: Acuerdo por el que se aprueba la declaración institucional con motivo del Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial*, 21 de marzo de 2023 at: https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Acuerdo-Declaracion-institucional-21M.pdf_firmado.pdf

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión, contra el Racismo y la Xenofobia (2023-2027)*, at: https://inclusion.segsocial.es/oberaxe/ficheros/documentos/MARCO_ESTRATEGICO_VERSION_04_07_2023.pdf

Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE): *2022 Informe sobre Aproximación Empírica a la Discriminación de los Hijos de Inmigrantes en el Mercado Laboral, escrito por, Gómez Aparicio Rosa y Azcárate Rodríguez Diego*

investigadores de la Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón, at: https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/es/publicaciones/index.htm

Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (OBERAXE): *2022 Informe sobre la Integración de la población extranjera en el mercado laboral español, escrito por Mahía Ramón y Medina Eva at:* https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/es/publicaciones/index.htm

Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social: *Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023,* at: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-20005

Valdés, I. and Romero, M. J.: *Igualdad prevé multas de hasta medio millón y más cárcel por discriminar a colectivos*, el 25 de mayo de 2023 at: https://elpais.com/sociedad/2023-05-25/la-ley-contra-el-racismo-de-igualdad-preve-multas-de-hasta-medio-millon-y-mas-carcel-por-discriminar-a-colectivos.html

e-Revista Internacional de la Protección Social ▸ 2023
Núm. extraordinario ▸ pp. 320 - 343
ISSN2445-3269▸http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.18

