

*Revista del Ministerio de Trabajo,
Migraciones y Seguridad Social*

Seguridad Social



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

144

2019

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Seguridad Social

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **Julia López López**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Cristina Gortazar Rotaache, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mitramiss.es

Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 19-2.375

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 854-19-003-6

NIPO PDF: 854-19-065-8

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Impime: GRUPOZONA (Zona Limite Castellón S.L.). • Telf. 964 21 03 39

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Seguridad Social

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO PROTAGONISTA EN LA
DEFINICIÓN DE LOS PERFILES DEL TRABAJO AUTÓNOMO

SUMARIO

EDITORIAL, *Julia López López y Borja Suárez Corujo*, 9

I. ESTUDIOS

The “autonomous worker” and the personal scope of collective labour law. *Mark Freedland and Nicolas Kountouris*, 15

Legal responsibility in the gig economy: the employer perspective. *Jeremias Prassl and Martin Risak*, 31

Platform work in self-employment: new challenges for social protection? *Paul Schoukens and Alberto Barrio*, 45

Formalising vulnerable self-employment under Social Security law: a case-study of Continental Welfare States systems. *Alexandre de le Court*, 57

Eroding dualisation: the slow advancement of social protection for self-employed workers in Portugal. *Rui Branco and Daniel Cardoso*, 71

Autonomous workers and Social Security - a Swedish example. *Caroline Johansson*, 89

Balance y retos del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos. *Jesús Cruz Villalón*, 103

La adscripción de los autónomos societarios al régimen especial de los trabajadores autónomos. *Santiago González Ortega*, 123

Algunas manifestaciones del trabajo autónomo precario: Principales carencias en materia de Seguridad Social. *Susana Rodríguez-Escanciano y Henar Álvarez Cuesta*, 143

Maternidad y trabajo autónomo. *Belén Alonso-Olea García*, 179

Compatibilidad del pensionista de jubilación con actividades posteriores como trabajador autónomo. *Josep Fargas Fernández*, 197

La Seguridad Social de los trabajadores autónomos en la jurisprudencia. *Carolina Martínez Moreno*, 213

II. FORUM

Respuesta a tres preguntas sobre la protección social de los trabajadores autónomos. *Gian Guido Balandi y Luis Enrique de la Villa Gil*, 239

III. DOCUMENTOS

Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, 245

Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344, 271

Journal of the Ministry of Labour, Migration and Social Security

Social Security

SOCIAL SECURITY AS A PROTAGONIST IN THE DEFINITION
OF THE PROFILES OF SELF-EMPLOYMENT

CONTENTS

EDITORIAL, *Julia López López and Borja Suárez Corujo*, 9

I. STUDIES

The “autonomous worker” and the personal scope of collective labour law. *Mark Freedland and Nicolas Kountouris*, 15

Legal responsibility in the gig economy: the employer perspective. *Jeremias Prassl and Martin Risak*, 31

Platform work in self-employment: new challenges for social protection? *Paul Schoukens and Alberto Barrio*, 45

Formalising vulnerable self-employment under Social Security law: a case-study of Continental Welfare States systems. *Alexandre de le Court*, 57

Eroding dualisation: the slow advancement of social protection for self-employed workers in Portugal. *Rui Branco and Daniel Cardoso*, 71

Autonomous workers and Social Security - a Swedish example. *Caroline Johansson*, 89

Balance and challenges of the Social Security system of self-employed workers. *Jesús Cruz Villalón*, 103

Self-employed executives within the Social Security system of self-employed workers. *Santiago González Ortega*, 123

Some manifestations of precarious self-employers work: Main deficiencies in Social Security system. *Susana Rodríguez-Escanciano and Henar Álvarez Cuesta*, 143

Maternity and self-employment. *Belén Alonso-Olea García*, 179

Compatibility of retired pensioners with later labour activities as a self-employed worker.
Josep Fargas Fernández, 197

The Social Security of self-employed workers in jurisprudence. *Carolina Martínez Moreno, 213*

II. FORUM

Answer to three questions about the social protection of self-employed workers.
Gian Guido Balandi and Luis Enrique de la Villa Gil, 239

III. DOCUMENTS

Proposal for a Council Recommendation on access to social protection for workers and the self-employed, *245*

Regulation (EU) 2019/1149 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 establishing a European Labour Authority, amending Regulations (EC) No 883/2004, (EU) No 492/2011, and (EU) 2016/589 and repealing Decision (EU) 2016/344, *271*

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

JULIA LÓPEZ LÓPEZ*
BORJA SUAREZ CORUJO**

Como reflejo de la sociedad de su tiempo, la Seguridad Social se encuentra en permanente evolución. No es por eso una novedad que en la actualidad nuestro sistema se enfrente a importantes cambios económicos y sociológicos que exigen una adecuada respuesta para preservar la función esencial desempeñada por la Seguridad Social como garante de la cohesión social e instrumento eficaz en la lucha contra la pobreza en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, debemos ser conscientes de que las transformaciones que hoy se están produciendo son de una intensidad desconocida hasta el punto de que ponen en cuestión algunos de los presupuestos sobre los que los sistemas de Seguridad Social se han construido en la Europa occidental desde la Segunda Guerra Mundial –una treinta de años más tarde en España–.

La primera de estas transformaciones es de carácter demográfico. La población envejece por el alargamiento de la esperanza de vida, pero sobre todo porque en pocos años comenzará a jubilarse la macro generación del baby boom (1958-1977). Este fenómeno sería por sí mismo desequilibrante –al menos hasta que se agote el efecto de esa jubilación de los baby boomers–, pero lo excepcional es que se solapa temporalmente con una segunda transformación de extraordinario calado: el proceso de digitalización de la economía y la reconfiguración –siquiera potencial– de las relaciones productivas.

El número de la Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que aquí se presenta tiene como objeto de estudio el trabajo autónomo y su proyección e implicaciones en la Seguridad Social orientándose todo el volumen a resaltar el protagonismo que ésta ha tenido, no solo en la definición de perfiles del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, sino también en la consagración de derechos sociales para los trabajadores y empleados. En este sentido, la Seguridad Social ha tenido un papel protagonista desde un punto diacrónico en la formalización de derechos de los trabajadores autónomos y, como se verá en estas páginas, ha demostrado además una mayor agilidad a los cambios de los sistemas de producción en parte debido a su finalidad recaudatoria. Por ello, no puede abordarse la delimitación de las fronteras de laboralidad sin entrar en el estudio de las nociones de trabajador y beneficiario.

El volumen se estructura en tres grandes bloques en torno a los siguientes temas: la identificación de los sujetos, el contexto del caso español visto desde la experiencia comparada y la ordenación del trabajo autónomo y la Seguridad Social en las últimas modificaciones del ordenamiento jurídico en nuestro país. Por último, dentro de la nueva sección ‘Fórum’, se incluyen como complemento dos muy especiales contribuciones de los profesores Balandi y de la Villa.

* Universitat Pompeu Fabra.

** Universidad Autónoma de Madrid.

El primer bloque se ocupa de los sujetos, la definición de trabajador / sujeto protegido y empleador / sujeto responsable. Las excelentes contribuciones de M. Freedland - N. Kontouris y J. Prassl - M. Risak nos adentran en los debates actuales de este núcleo temático.

M. Freedland y N. Kontouris ayudan a definir los perfiles de laboralidad y del trabajo autónomo, como ya han venido haciendo en sus trabajos anteriores, pero además plantean lo que para la Seguridad Social es su núcleo duro: la dependencia o no de los derechos sociales del contrato de trabajo. Desde los derechos colectivos y su defensa para los trabajadores autónomos, su atención igualmente se centra en el papel de las normas internacionales y de los denominados órganos de supervisión de la OIT.

J. Prassl y M. Risak abordan dentro de los sujetos las nuevas formas empresariales resolviendo de forma brillante los retos que estas nuevas formas empresariales adquieren y que obligan a un esfuerzo adicional sobre quién es el empresario y quiénes tienen las responsabilidades en un mercado de trabajo con figuras cada vez más porosas. La sofisticación de la *gig economy* introduce una mayor complejidad a la hora de definir la organización empresarial y el sujeto responsable de las obligaciones. De nuevo hablamos de derechos y responsabilidades. La construcción de un concepto funcional de empresario de Prassl se recoge en el artículo después de ver cómo las definiciones de *enterprise - internal and external market* no se ajustan a los nuevos modelos empresariales implementados, entre otros, a través de plataformas digitales.

El segundo bloque se dedica al marco comparado con relevantes contribuciones de P. Schoukens y A. Barrio, A. de le Court, R. Branco - D. Cardoso y C. Johansson. El estudio comparativo ofrece una perspectiva que resulta ineludible para dimensionar el caso español en la actualidad, puesto que hoy la ordenación o formalización de los derechos de los trabajadores autónomos no obedece a una geografía de modelos nacionales sino de tendencias que agrupan familias de países. El impulso que la Unión Europea ha tratado de dar al fomento de políticas de incentivación del trabajo autónomo ha hecho que la elección de países se circunscriba al ámbito europeo.

El riguroso artículo de P. Schoukens y A. Barrio analiza los retos que suscita la protección social de los trabajadores de plataforma, por su difícil ubicación entre lo que los autores definen como "*barriers between work and non-work*", por su inestabilidad de ingresos y por las cuestiones derivadas de lo que define como "*geographic allocation*". En esta línea, identifican como principal reto la protección efectiva de este grupo de trabajadores que perciben muy bajos salarios y realizan modestas contribuciones al sistema de Seguridad Social, preguntándose cómo contrarrestar el impacto que una opción sobre la intensidad de protección de este colectivo implicaría en la sostenibilidad de los sistemas tanto en sus niveles contributivos como asistenciales.

La novedosa aportación de A. de le Court consiste en un estudio de casos por países (Austria, Alemania y Francia) en el que analiza la formalización de la protección de las diferentes categorías de trabajadores, los problemas que conlleva una simplificación binaria entre trabajadores dependientes y autónomos, la forma en la que los modelos han ido resolviendo las diferentes categorías de trabajadores autónomos.

Por su parte, el artículo de R. Branco y D. Cardoso se enfrenta al caso portugués con una profundidad metodológica y conceptual en el apoyo de lo que los autores denominan la convergencia entre regímenes de protección. Los autores hacen un análisis riguroso y exhaustivo que demuestra que, a pesar de las últimas reformas, existen 'gaps' relevantes de protección de los trabajadores en desempleo, periodos retribuidos en casos de enfermedad y en cuidados de larga duración. Y subrayan la mayor contribución en relación con sus ingresos realizada por los trabajadores autónomos frente a los empleados por cuenta ajena, y la mejor protección.

Por último, C. Johansson estudia el caso sueco y los niveles de protección por contingencia, tarea que le permite tener un punto de contraste con modelos de ‘welfare state’ de diferente familia respecto de los que se han valorado en los artículos anteriores.

El tercero de los bloques de este número se dedica al caso español y se analiza y valora la evolución y los últimos cambios en materia de Seguridad Social para los trabajadores autónomos. El conjunto, en nuestra opinión, es excelente, un panorama completo, exhaustivo y riguroso tanto de la definición de los sujetos beneficiarios como de la intensidad de la protección desde un panorama legislativo y jurisprudencial.

J. Cruz aporta una visión diacrónica de definición de los trabajadores autónomos como beneficiarios de protección social tomando como punto de partida el encuadramiento y la evolución de la convergencia de sistemas. Constatada la diversidad de situaciones dentro de la categoría de trabajadores autónomos, identifica como un tema capital pendiente, el ajuste de la contribución del autónomo a su capacidad económica. Las cooperativas de facturación –realidades existentes en Francia y Bélgica- son también tratadas como uno de los puntos a regular dentro de este campo. Al igual que las oportunidades que abre la digitalización para el control de las cotizaciones sociales.

S. González Ortega dedica su atención al encuadramiento de los autónomos societarios en el RETA. Para ello realiza un estudio minucioso de todos los subtipos de esta categoría con los diferentes niveles de control y particular mención a las sociedades laborales. El brillante estudio culmina con unas conclusiones relativas al encuadramiento de estos trabajadores con relación a la definición del beneficiario.

El trabajo de investigación de S. Rodríguez Escancio y H. Álvarez tiene por objeto la precariedad y el trabajo autónomo. En concreto, se interesan por las diversas formas de trabajo autónomo que generan una mayor vulnerabilidad en materia de Seguridad Social, atendiendo de forma especial a los fraudes que se están produciendo en el sector de las cooperativas. Igualmente ponen énfasis en los supuestos de precariedad que afectan a los cuidadores no profesionales y la cobertura por seguros privados de las tareas de voluntariado. El resultado es un estudio completo y cuidado de este tema con propuestas interesantes a considerar.

B. Alonso-Olea estudia en profundidad desde la transversalidad las últimas reformas que han afectado a los trabajadores autónomos y su impacto en una Seguridad Social que camina hacia la neutralidad con la nueva regulación de las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor. Cabe destacar que una parte importante de este excelente trabajo se refiere al impacto de los Tribunales, Tribunal de Justicia y Tribunal Supremo —Sala Contencioso-administrativa— en el alcance de la protección a los trabajadores autónomos por estas contingencias.

J. Fargas se ocupa de la compatibilidad de la pensión de jubilación con las actividades por cuenta propia. El sugestivo trabajo examina cómo desde el ordenamiento se fomenta la prolongación de una vida activa para los trabajadores autónomos después de la jubilación a través de la plena compatibilidad de la pensión con los trabajos que no superen el salario mínimo interprofesional, los que no conlleven encuadramiento en la Seguridad Social o el novedoso caso de las actividades que generan derechos de propiedad intelectual. Un llamamiento muy certero hace J. Fargas al legislador de corregir los efectos aluvión -como se define por el autor- de la normas de Seguridad Social y que ha traído como consecuencia que mientras algunas profesiones tienen plena compatibilidad, otras han de renunciar de manera muy gravosa a su nivel de pensión para realizar la misma actividad y que para quienes trabajen a partir de una determinada edad los requisitos de cotización difieran de tal manera que generan agravios comparativos.

C. Martínez hace un análisis de calado en la jurisprudencia aplicativa desvelando no solo las concretas sentencias y su impacto sino además cómo los jueces en esta materia tienen un papel

clave en la definición del modelo de protección de estos trabajadores. En su recorrido, la autora nos ofrece una síntesis del papel de construcción por los jueces de los temas surgidos de encuadramiento y campo de aplicación del RETA, de los requisitos de acceso, en especial el de obligación de estar al corriente, de los días cuota, de las cuestiones derivadas de la contingencia de incapacidad temporal, protección por maternidad, incapacidad permanente, jubilación, desempleo y accidente de trabajo.

Por último, en la sección “Fórum” la participación de los maestros G. Balandi y L. E. de la Villa nos aporta reflexiones y sugerencias como broche de oro para el cierre del número.

Queremos agradecer muy sinceramente a los autores sus excelentes contribuciones y esperamos que el número sea de utilidad para todos los lectores.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

The ‘autonomous worker’ and the personal scope of collective labour law*

El “trabajador autónomo” y el ámbito personal del derecho de trabajo colectivo

MARK FREEDLAND^a
NICOLA KOUNTOURIS^b

1. INTRODUCTION

This article has its origins in a paper originally contributed to a symposium on collective labour law. We welcomed the obligation which that imposed to concentrate on that collective dimension; we have found it interesting and, we hope, productive to try to do this by shifting the focus of our recurring gaze upon the ‘personal scope’¹ of labour/em-

ployment law from its individual aspects to its collective ones.

In this article, we use the idea of the ‘autonomous worker’ as a starting point for a renewed inquiry into this perpetually topical set of issues. We do not think of the notion of the autonomous worker as representing an established legal category. Rather, it represents a challenge to existing legal categories, since the legal concept of the worker, in virtually all the forms in which it is encountered in national and supra-national labour law systems, seems to embody some degree, however slight, of relational dependence upon an employer. This suggests that idea of the truly autonomous worker may be an oxymoron or a contradiction in terms with regard to the existing categories of labour law, in particular with respect to its traditional binary distinction between employee/ workers and self-employed independent contractors.

However, if we were led by this path of reasoning to reject the very idea of the autonomous worker as a kind of mythical unicorn and a legal oxymoron, we would of course be making a simplistic mistake. The articulation of the notion of the autonomous worker represents a recognition, albeit often a reluctant one, of a socio-legal phenomenon which is all too real. The social and economic aspect of this phenomenon consists of the growth of the so-called ‘gig economy’, that is to say a labour economy in which work arrangements are made on a casual and episodic or ‘one-off’

* This is an updated and adapted version of a paper originally presented on 11 October 2013, on the occasion of the academic symposium ‘The Changing Face of Collective Labour Law’, organised to celebrate the scholarship of Bob Simpson, at the time of his retirement from his long held position at the London School of Economics. In its original form, it was published as an article in the *Industrial Law Journal*:- ‘Some Reflections on the ‘Personal Scope’ of Collective Labour Law’, Mark Freedland and Nicola Kountouris, *Industrial Law Journal*, Volume 46, Issue 1, 1 March 2017, Pages 52–71, <https://doi.org/10.1093/indlaw/dww041>. We are grateful to the Editor of the *Industrial Law Journal* for permission to republish it in this adapted form.

^a Emeritus Professor of Employment Law. University of Oxford.

^b Professor of Labour Law and European Law. University College London.

¹ In presenting this topic, we begin by enclosing in quotation marks its identification in terms of ‘personal scope’; this is in order to make the point that our concern is not so much with the persons who come within the scope of collective labour law as with the kinds of work relations which fall within that scope. Having made that point, we accept that the terminology of ‘personal scope’ is the received and familiar one by which to identify this discussion, so that it is unnecessary to continue to distance ourselves from it by treating it as the words of others.

basis. We would regard these arrangements as characterised by their essential precarity, but they are often regarded as conferring autonomy upon the working people who find themselves expected to seek their living by means of such arrangements.

We find that labour law systems have been and are being forced in various ways to adapt themselves to this socio-economic reality: and in so doing they themselves have become part of this reality and even in a sense partly constitutive of this reality. In effect they have had to embrace the idea that there is such a thing as an autonomous worker, that is to say they have needed to extend themselves in varying degrees to include personal work arrangements under which the working people in question would according to traditional classifications have been regarded as independent of employers and hence outside the catchment area for the rights which labour/ employment law confers upon workers. These evolutions have tended to be regarded as occurring within the province of individual employment law; but in this paper we are making a point of transposing this set of questions into the domain of collective labour law -in which domain it has hitherto been rather neglected.

The effect of shifting one's focus in that way is immediately to realise to what an extent individual employment law has constituted not merely the prime location but actually the engine-room and driver of the 'personal scope of labour law' discussion, to the effective exclusion of collective labour law. We have a very well-rehearsed and well-developed analytical and normative debate about the personal work relations which are and should be within the scope of particular aspects of labour law's regulation; but that debate unthinkingly settles upon areas such as unfair dismissal law and employment equality law, regarding them, in a way which is itself very questionable, as the embodiments of 'individual employment law' rather than collective labour law. Our analytical and normative perceptions of the personal scope discussion have become very largely confined in that way, so that we found when we embarked on this topic that we had not really thought through the analytical or normative issues of

personal scope on the collective side. In the perception that we might not be alone in having suffered from this tunnel vision, we seek to make a few observations on the collective aspects of the personal scope of labour/employment law which we hope may be slightly unfamiliar ones.

Thus, when we started concentrating on the collective aspects of personal scope, we found ourselves coming up with one or two interesting curiosities. For example, in some aspects at least of UK collective labour law a significantly different definition of the 'worker' is used from that which is used in individual employment law. The definition of the 'worker' in section 296 of the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act ('TULRCA') is wider than the Employment Rights Act ('ERA') definition in that it equally begins by extending to all contracts for personal work, and equally contains the 'profession to client' exception but does not contain the further 'business to customer' exception which the ERA definition -the familiar one- does².

Then again, if we turn to EU collective labour law, we find that whereas EU individual employment law has tended, latterly at least, to distinguish reasonably carefully between the 'worker' concept and the 'employee' concept (admittedly treating them as somewhat convergent, but nevertheless recognising that they are not one and the same), 'EU collective labour law' (to the debatable extent that such a concept exists) seems, on occasion at least, to treat the two notions as completely synonymous and interchangeable, for example in Article 9 of the Recast European Works Councils Directive which speaks of 'cooperation between the central management and employees' representatives in the framework of an information and consultation procedure for workers'.

We could go further down this trail of excavation for *examples* of difference between

² See *R (British Broadcasting Corporation) v Central Arbitration Committee and another* [2003] EWHC 1375 (Admin) [2003] I.C.R. 1542. Also cf. the analysis in K. ARITA, 'Legal Concept of "Worker" under Trade Union Law in Britain and Japan' (2013) *The Seinan Law Review*, Vol.45, p.41.

collective and individual labour law in the matter of personal scope; but it seemed to us more profitable to try to suggest the normative framework within which these developments might be taking place. That normative framework might be interestingly different from the one upon which we explicitly or implicitly rely when we debate the personal scope of individual employment law, if only in the sense that in the case of collective labour law, two competing or opposing possible normative positions seem to present themselves even more strongly and clearly than in the case of individual employment law. One of those possible normative positions points towards a tight confinement of the personal scope of collective labour law to dependent employees, the other towards a radically more inclusive approach. It is in that contestation that we can see one of the locations in which the issue of the 'autonomy of labour law' is most crucially at stake.

We can perhaps pin down this contestation between two possible normative positions in the following way. The exclusive normative framework would be the one which envisages the very purpose and basis of collective labour law, even more definitively than for individual employment law, as consisting in the redressing, by means of collective representation and collective action, of the inequality of bargaining power inherent in the subordinate employment contract or relationship. That would point towards seeing dependent employees as exclusively the proper subjects of collective labour law.

The inclusive normative framework, by contrast, would be the one which envisages the claims which collective labour law vindicates, grouped around the core notions of freedom of association and democratic representation, as essentially part of or continuous with the embodiment of those claims in the general political constitution. From that normative perspective, one might be far less inclined, perhaps even actively disinclined, to confine the personal scope of collective labour law precisely to subordinate workers, and more inclined to understand collective labour law as the manifestation of those general rights and freedoms in a more loosely and inclusively denominated domain of work relations.

This inclusive normative approach, a purposive or instrumental one, might be pursued in various different ways. The most obvious way to do so is to take a specially inclusive approach to the personal scope definitions which are embodied in the provisions of collective labour law as compared with those which apply to the provisions of individual employment law. That is what seems to have shaped the examples of 'stand-out', or divergent, personal scope provisions which we cited earlier. Another less obvious way, for which admittedly one has to search hard for concrete examples, would be to treat the *special* need for effective protection of workers' collective rights as requiring a *generally* inclusive approach to the personal scope of labour/ employment law both individual and collective. If this approach were taken, it would not lead to differentiation between collective and individual labour law with regard to personal scope, but rather to a state of affairs in which the normativity of collective labour law formed a leading edge or cutting edge in the development of a broadly inclusive approach to personal scope in all the domains of labour law. In both these different modes, however, there would still be a tension between this approach and the contrastingly exclusive approach to personal scope which seems to find its main home or location in the individual employment legislation and its interpretation in the courts.

If we accept that there is this underlying normative tension with regard to personal scope in the collective sphere, how far and in what ways do we think that it manifests itself in the daily life of collective labour law? The answer has to be, we must admit, that it does not do so in very obvious ways. The examples we have given of deviations with regard to personal scope definitions between individual and collective labour law speak more to its not having been very carefully considered in the collective domain than to its having been forged in the heat of legislative or judicial debate. And yet this particular pot does boil, and from time to time bubbles of contention break through to the surface. We proceed to consider the development of this contention both in UK law and more widely in EU law; but before doing so we reflect upon whether support for a purposively inclusive approach

with regard to collectively based labour rights can be derived from the norms of international labour law, and in particular from the Conventions and Recommendations of the ILO.

We suggest that the basis for such an argument is to be found in ILO Recommendation No 198 of 2006 concerning the employment relationship. It will be recalled that this Recommendation aimed to set up a kind of 'open method of co-ordination' process for the continuing review and adjustment of national labour laws' definitions of the personal scope of their provisions for the protection of workers: paragraph 1 enjoined that 'Members should formulate and apply a national policy for reviewing at appropriate intervals and, if necessary, clarifying and adapting the scope of relevant laws and regulations, in order to guarantee effective protection for workers who perform work in the context of an employment relationship.' Paragraph 2 elaborates that 'The nature and extent of protection given to workers in an employment relationship should be defined by national law or practice, or both, taking into account relevant international labour standards. (...)', the Preamble having noted 'all relevant international labour standards, especially those addressing the particular situation of women, as well as those addressing the scope of the employment relationship' as part of the normative context in which the Recommendation was formulated.

The Annotated Guide to the Recommendation, which was issued by the ILO in 2007³ presented in Annex IV a compilation of the relevant international labour standards, giving first priority to the provision of Article 2 of Convention 87 of 1948 on Freedom of Association and the Protection of the Right to Organize that 'Workers and employers, *without distinction whatsoever*, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organization concerned, to join organizations of their own choosing without previous authorization' (emphasis added). We know that the

framers of Article 2 attached great importance to the emphasized words: the Committee of Experts on Freedom of Association noted in its Report of 1994 that 'In adopting the terms "without distinction whatsoever", which it considered a more suitable way in which to express the universal scope of the principle of freedom of association than a list of prohibited forms of distinction, the International Labour Conference emphasized that the right to organise should be guaranteed without distinction or discrimination of any kind as to occupation, sex, colour, race, creed, nationality or political opinion'.⁴ This specially firm insistence on the universal application of the principle of Freedom of Association and of the Right to Organize to all workers thus forms a significant part of the normative underpinnings of Recommendation 198, and should surely be an influence on the formation and interpretation of national definitions of the personal scope of labour laws, most especially whenever the protection of those fundamental rights is at stake.

2. THE INTERPRETATIVE APPROACH OF THE COURTS IN UK LAW

It must be said that those hoping to find that any such inclusive purposive approach has been taken by the courts of the United Kingdom are in for a disappointment. There are a couple of older decisions which are apt to be regarded as manifesting an exclusive approach to personal scope in the context of collective labour law, but which turn out on re-examination to be equivocal or neutral in that regard. However, there is a more recent leading case which, to an extent that has not been sufficiently remarked, turns out perfectly to represent the narrow approach, albeit in an almost unconscious way.

Thus, the case of *Boulting v Association of Cinematograph, Television and Allied Te-*

³ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@dialogue/documents/genericdocument/wcms_172417.pdf (Consulted on 28 October 2016).

⁴ Report (International Labour Conference), 81st Session, 1994 <3, 3 (pt. 4A, 5), 4 (1)-(2B), 6> at paragraph 45, citing the ILO Record of Proceedings of the 30th Session of International Labour Conference, 1947, at p.570.

*chnicians*⁵ is apt to be remembered for Lord Denning's denunciation of the proposition that the Boulting brothers as the two joint managing directors of a film production company could be regarded as 'employees' within the meaning of the membership rule of the defendant trade union. However, it is equally to be recalled that this was rather a special case because it concerned the legality of a trade union closed shop which the union sought to enforce upon the senior managers of the work-group in question. It was decided at a time when closed shop practices had not been generally proscribed but were regarded as very controversial; and moreover, it is specially to be noted that the appeal was decided in favour of the trade union, Lord Denning forming the dissenting minority in the Court of Appeal.

Somewhat more to the point, though still in its own way rather deceptive, was the decision of Plowman J in *Prudential Assurance Co v Lorenz*⁶ in 1971. The case concerned industrial action taken by insurance agents working for the Prudential who were members of the National Union of Insurance Workers; in the course of a dispute over a pay increase, the union sent all the agents a circular letter instructing them to withhold the submission of weekly accounts (while continuing to bank the premiums which they had collected). It was held that the trade dispute immunity conferred by section 3 of the Trade Disputes Act 1906 upon the inducing of breach of contracts of employment in the course or furtherance of a trade dispute was strictly confined to obligations arising under the contract of employment and did not extend to the fiduciary obligations of insurance agents. Here again, we find that the decision is apt to be remembered as manifesting a narrow approach to the personal scope of section 3 of the Trade Disputes Act: however, the exclusionary factor which operated here seems not to have been that the insurance agents were found not to be employees under contracts of employment, but rather that their fiduciary obligations to account for the monies they collected were not regarded as forming part of

the terms of their contracts of employment. This can certainly be regarded as a narrow interpretation of section 3, but hardly as concerning the personal scope of that provision.

On the other hand, when we turn to the decision of the Court of Appeal in in 1983 the case of *O'Kelly And Others v Trusthouse Forte Plc*⁷ we are quite undoubtedly concerned with the personal scope of one of the central worker-protective provisions of UK employment legislation, namely the provision conferring the right not to be unfairly dismissed upon employees with the requisite length of contractual employment, of which the then prevailing personal scope definition was contained in section 153 of the Employment Protection (Consolidation) Act 1978. It remains as one of the leading cases, arguably the foundational case, in the development of a narrowly restrictive approach to the application of that personal scope definition to the situation of those working under casual work arrangements - in this instance, catering staff working on a casual basis for the banqueting department of the defendant hotel company, who were known as "regulars" because they could be relied upon to offer their services regularly and in return were assured of preference in the allocation of available work, but were nevertheless held not to be employees working under continuing contracts of employment and perhaps not under contracts of employment at all. The very notable feature of the case for the purpose of the present discussion is that, although it is clear that the plaintiff workers were alleging dismissal by reason of their trade union membership or activity, this crucial collective dimension of the facts is mentioned only once in passing⁸: there seems to have been no suggestion whatsoever that the engagement of this fundamental collective right should have commanded a specially

⁷ [1983] ICR 728.

⁸ Ackner LJ giving the leading judgment and introducing the history of the appeal says at p 738 that '[the appellants] complained that the company unfairly dismissed them from their employment at the Grosvenor House Hotel, and that their dismissal was to be regarded as unfair by virtue of section 58 of the Act of 1978, that is to say, they were dismissed for an inadmissible reason, the alleged reason for the dismissal being that they were members of a trade union and had taken part in its activities.'

⁵ [1963] 2 QB 606.

⁶ (1971) 11 Knight's Industrial Reports 78.

inclusive approach to the construction of the personal scope provision. The negative tradition which was thus instituted seems to have persisted in the jurisprudence of the United Kingdom throughout the intervening thirty years. In the next section of this paper, our attention turns to the question of whether any different dynamic is to be found in EU law.

3. LABOUR LAW AND THE REGULATION OF COMPETITIVE MARKETS -THE EMERGENCE OF A NEW BINARY DIVIDE IN EU EMPLOYMENT LAW

Probably the best starting point for our inquiry into how, within the framework of EU employment law, the 'binary divide' between employment and self-employment intersects with the normative dilemma outlined in the opening section of this paper is to be found in the analysis of three leading decisions of the ECJ or CJEU, the *Albany* judgment⁹, the *Pavlov* judgment¹⁰, and the more recent decision in *FNV Kunsten*¹¹. We venture to suggest that, *prima facie*, *Albany* and *Pavlov* provide the two antithetical approaches that the CJEU reserves to the exercise of collective rights by employees and the self-employed, respectively, with *FNV Kunsten* seemingly offering an attempt to reconcile these approaches in respect of working persons with employment statuses that struggle to fit the crude binary divide adopted by the Court's jurisprudence.

Albany introduced an arguably narrow, if adequate, exclusion zone for pension funds set up through collective agreements between management and labour, from the strictures of EC/EU competition law. While the Court noted that it was 'beyond question that certain restrictions of competition are inherent in collective agreements between organisations representing employers and workers' it was

also willing to concede that 'the social policy objectives pursued by such agreements would be seriously undermined if management and labour were subject to [EU competition rules] when seeking jointly to adopt measures to improve conditions of work and employment' (para 59). This concession was premised on various treaty based textual justifications but also on the understanding that the 'nature and purpose' of the agreement was that of 'improving... working conditions, namely... remuneration' in the form of pension benefits (63). The *Albany* exclusion zone, or '*Albany* exception' (as AG Wahl describes it in *FNV Kunsten*) was thus created. It is worth noting that, as state in the judgment, the exclusion applied to what Dutch legislation referred to as 'second pillar' schemes, comprising 'supplementary pensions provided in the context of employment or self-employed activity'¹². But it is also worth noting that the exclusion was, ultimately, precisely that, a carve-out for collective agreements and an implicit restatement that EU competition law was to be regarded as the general rule.

A few years later, with *Pavlov*, the Court was eventually confronted with the question of whether a compulsory pension scheme set up by the representative organisation for the (mainly self-employed) Dutch medical profession, could benefit from the '*Albany* exception'. The Court decided that 'such exclusion... cannot be applied to an agreement which, whilst being intended, like the agreement at issue in the main proceedings, to guarantee a certain level of pension to all the members of a profession and thus to improve one aspect of their working conditions, namely their remuneration, is not concluded in the context of collective bargaining between employers and employees'¹³. While the pension scheme eventually survived the day, this was not in recognition of its nature or the social objectives pursued, but rather in consideration of the fact that it was not perceived as abusing of its dominant position¹⁴. In the view of the Court, the scheme could not rely on the *Albany* exclusion as the Treaty did not contain

⁹ Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, [1999] ECR I-5751.

¹⁰ Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, [2000] ECR I-6451.

¹¹ Case C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, [2014] EUJECJ C-413/13.

¹² Paragraph 5 of the judgment.

¹³ *Pavlov*, para 68.

¹⁴ *Pavlov*, paras 120-130.

any provisions ‘encouraging the members of the liberal professions to conclude collective agreements with a view to improving their terms of employment and working conditions and providing that, at the request of members of the professions, such agreements be made compulsory by the public authorities, for all the members of the profession in question’¹⁵.

The third piece in this jigsaw is the judgment in the case of *FNV Kunsten*, another Dutch reference. The crux of the reference was the extent to which a collective agreement setting terms of employment, including minimum fees, for orchestra players offering their services as ‘self-employed substitutes’¹⁶, was compatible with Article 101(1) TFEU, or could benefit instead from the *Albany* exclusion zone. In this case, the Court was adamant that ‘in so far as an organisation representing workers carries out negotiations acting in the name, and on behalf, of those self-employed persons who are its members, it does not act as a trade union association and therefore as a social partner, but, in reality, acts as an association of undertakings’¹⁷. As such, and with the Treaties being silent in respect of the collective bargaining rights of ‘self-employed service providers’¹⁸, a collective agreement concluded for the benefit of such workers ‘cannot be excluded, by reason of its nature, from the scope of Article 101(1) TFEU’¹⁹. However, the Court was open to the possibility of applying the *Albany* exclusion if ‘if the service providers, in the name and on behalf of whom the trade union negotiated, are in fact ‘false self-employed’, that is to say, service providers in a situation comparable to that of employees’²⁰. Having laid out the main principles and circumstances under which a person may be classified as a ‘worker’ under EU law²¹, the Court went on to suggest that it was for the referring court to ascertain whether the self-employed service provider musicians were in fact ‘false-self employed’ ‘in

other words, service providers in a situation comparable to that of those workers, that a provision of a collective labour agreement’²², in which case they could benefit from the *Albany* exception.

Contrasting *Albany*, *Pavlov*, and *FNV Kunsten*, it is possible to identify three key principles in the Court’s analysis and approach. Firstly, it is clear that collective agreements are subject to EU competition law and can only be exempted from it or - to use the evocative expression used by AG Jacobs in *Albany*²³ - receive a ‘limited antitrust immunity’, in specific circumstances. There is not, in other words, a positive ‘right’ for workers and employers’ associations to enter into collective agreements, the way for instance it would be understood in some continental legal systems, such as the German one, where such a right stems from the ‘supremacy of a fundamental right to bargain collectively’²⁴. The Court judgment in *Albany* is admittedly less explicit about this approach than AG Jacobs Opinion is. But there is no denying that the Court will not apply standard competition law rules only when the ‘nature and purpose of the agreement... justify its exclusion from the scope of Article [101(1)] of the Treaty’²⁵, by reason of its nature and purpose. The purpose has to be that they seek ‘to improve conditions of work and employment’²⁶.

Secondly, it is equally clear that the *Albany* ‘exclusion... cannot be applied to an agreement which... is not concluded in the context of collective bargaining between employers and employees’²⁷ as the Treaties do not contain any provisions ‘encouraging the members of the liberal professions to conclude collective agreements with a view to improving their terms of employment and working conditions’²⁸. This qualification essentially goes to narrow down the ‘nature’ of collective

¹⁵ *Pavlov*, para 69.

¹⁶ *FNV Kunsten*, para. 8.

¹⁷ *FNV Kunsten*, para 28

¹⁸ *FNV Kunsten*, para 29.

¹⁹ *FNV Kunsten*, para 30.

²⁰ *FNV Kunsten*, para 31.

²¹ *FNV Kunsten*, paras 33-36.

²² *FNV Kunsten*, para 40.

²³ *Albany* Opinion, para 183.

²⁴ *Albany* Opinion, para 110.

²⁵ *Albany*, para 61.

²⁶ *Albany*, 59. Presumably, collective agreements that have a different purpose would not be covered by the exemption.

²⁷ *Pavlov*, para 68.

²⁸ *Pavlov*, 69.

bargaining to agreements concluded between employers and employees, since if the members represented by the union are self-employed, then the union will be seen as acting as an ‘association of undertakings’²⁹ and, therefore, the collective agreement concluded for the benefit of such ‘undertakings’ ‘cannot be excluded, by reason of its nature, from the scope of Article 101(1) TFEU’³⁰. So, the ‘binary divide’ presiding over the fault lines between collective bargaining and EU competition law is not so much, and certainly not only, that between employment and self-employment, as that between dependent work and ‘undertakings’, displaying a far more polarised structuring of the labour market than the one labour lawyers are accustomed to.

Thirdly, and perhaps equally crucially, the Court is prepared to apply the Albany exclusion when the self-employed workers or, shall we say, ‘the undertakings’ covered by the collective agreement are, in its view and in the view of the referring court, ‘false self-employed’. The Court is open to this prospect on the basis that its established jurisprudence accepts that ‘a service provider can lose his status of an independent trader, and hence of an undertaking, if he does not determine independently his own conduct on the market, but is entirely dependent on his principal’³¹, and that in the case of *Allonby* the it had already held that the formal classification of a ‘self-employed person’ under national law ‘does not exclude the possibility that a person must be classified as a worker... if his independence is merely notional, thereby disguising an employment relationship’³². What is equally clear, however, is that unions concluding collective agreements on behalf of members that are self-employed are not excluded from the whim of EU Competition Law, as these workers are not recognised any bargaining rights by the Treaties and, according to the Court, are better understood and conceptualised as ‘undertakings’.

²⁹ *FNV Kunsten*, para 28.

³⁰ *FNV Kunsten*, para 30.

³¹ *FNV Kunsten*, para 33, with an explicit reference to its judgment in Case C-217/05.

³² Case C256/01, *Allonby*, para 71, recalled in para 35 of *FNV Kunsten*.

To sum up, according to the CJEU, the ability of self-employed workers to receive union representation for the purposes of collective bargaining processes aiming at improving their terms and conditions of employment flounders on three main obstacles: the absence of a rights based approach in respect of protecting collective bargaining either as a constitutional or as a fundamental right; the alleged absence from the Treaties of a right to bargain collectively for workers that are not employees; the very strict binary divide between dependent workers on the one hand and self-employed service providers, on the other, with the latter category being invariably classified as ‘undertakings’. The only apparent concession the Court is willing to make is for some false self-employed to be reclassified as workers under its *Allonby* doctrine, and in this sense it may well be arguable, as we did in the introductory paragraph of this section, that *FNV Kunsten* seemingly offers a compromise, or a synthesis between the *Albany* and *Pavlov* approaches. However, as we are about to contend in the following section, it also reinforces that antithesis, and the crude dichotomy between subordination and business related economic activity.

4. COLLECTIVE REPRESENTATION AND COLLECTIVE BARGAINING RIGHTS OF SELF-EMPLOYED WORKERS - A SUPRANATIONAL PERSPECTIVE

The two authors of this article, both jointly and individually, have devoted a considerable amount of their research to the critical understanding of the binary divide between employment and self-employment. The regression of this divide to one between subordinate work on the one hand and business activity on the other is, unsurprisingly, of considerable concern to us. This new divide would inevitably have the effect of depriving a large segment of working people of their rights to collective representation and collective bargaining in a way that is inconsistent with the normative development -let alone the normative foundations - of labour law.

In terms of labour law’s normative development, it may be interesting to reflect upon the

outcome of the dispute between the Irish CTU (ICTU) and the Irish Government (and in particular the Competition Authority of Ireland) in respect of the attempts by various unions (Equity and the NUJ) representing self-employed/freelance professionals to set collectively agreed terms and conditions of pay with a number of national and regional employers in the media industry. In 2004, the Competition Authority went as far as declaring unlawful and collective agreement between Equity/SITP and the Institute of Advertising Practitioners³³, on the ground ‘that self-employed actors are undertakings and that Equity is an association of undertakings when it acts on behalf of self-employed actors’ and as such subject to national competition law, rather than covered by the scope of the Industrial Relations Act. The Irish Government, having initially agreed to amend the Irish Competition Act to exclude freelance journalists, session musicians and voice-over actors from its coverage, has hitherto systematically refused to introduce an exclusion and motivated its stance by reference to EU competition law (and EU/IMF Bailout) requirements. These disputes reached the ILO’s CEACR, that, since 2009, had systematically requested the Irish Government to comply with its obligations under Convention C-98³⁴. In its observations of 2015, as published in the 2016 ILC Session, it went as far as stating explicitly that:

- ‘Article 4 of the Convention establishes the principle of free and voluntary collective bargaining and the autonomy of the bargaining parties with respect to all workers and employers covered by the Convention. As regards the self-employed, the Committee recalls, in its 2012 General Survey on the fundamental Conventions, paragraph 209, that the right to collective bargaining should also cover organizations representing the self-employed’³⁵.

The dispute eventually culminated in a Complaint being lodged before the European Committee for Social Rights (ECSR) by the ICTU³⁶. The complaint persuasively argued that ‘self-employed workers who are not sole-traders in business on their own account should not be regarded as business undertakings but as workers engaged under a different form of contract’³⁷. However, it also added that ‘Such an analysis would not preclude the application of Article 101 to sole-traders who are genuinely carrying on a business of their own without subordination to the individual customer or client’³⁸. It is worth noting that the ILO Committee on Freedom of Association, expressly requires Members states to:

- ‘hold consultations to this end with all the parties involved with the aim of finding a mutually acceptable solution so as to ensure that *workers who are self-employed* could fully enjoy trade union rights under Conventions Nos 87 and 98 for the purpose of furthering and defending their interest, including by *the means of collective bargaining* [and] in consultation with the social partners concerned, to identify the particularities of *self-employed workers that have a bearing on collective bargaining so as to develop specific collective bargaining mechanisms relevant to self-employed workers*, if appropriate’³⁹.

And that;

‘workers who are self-employed [should] fully enjoy trade union rights under Conventions Nos 87 and 98 for the purpose of furthering and defending their interest, including by the means of collective bargaining’⁴⁰.

Eventually, in 2017, the Ireland adopted the Competition Amendment Act 2017 and

³³ http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/e_04_002%20Actors%20Fees.pdf

³⁴ http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX-PUB:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:3082151 and http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3082151

³⁵ http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPU-B:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:3082151

³⁶ Irish Congress of Trade Unions v. Ireland, Complaint No 123/2016, 10 October 2016, submitted by John Hendy QC acting on behalf of the ICTU.

³⁷ Para 133, page 55.

³⁸ Para 133, pp 55-56.

³⁹ ILO Committee on Freedom of Association (2012) Report No. 363, Case 2602, para 461. See further in the same report the recommendations in paras 508 and 1085-1087. Emphasis added.

⁴⁰ Ibid.

modified the blanket ban on all collective bargaining amongst self-employed workers by expressly exempting voice-over actors, session musicians and freelance journalists from Section 4 of the Competition Act 2002. The Act also allowed the Irish government authorities to exempt from competition law agreements concluded by workers deemed to be 'false self-employed' or 'fully dependent' (i.e. whose income is derived from not more than 2 persons).

With a decision date 12 December 2018, the ECSR agreed that while the new amendments brought Irish law in line with the Charter, in principle "self-employed workers should enjoy the right to bargain collectively through organisations that represent them, including in respect of remuneration for services provided, subject only to restrictions provided by law, pursuing a legitimate aim and being necessary in a democratic society"⁴¹. In doing so the Committee considered it 'evident that [such workers] cannot predominantly be characterized as genuine independent self-employed meeting all or most of criteria such as having several clients, having the authority to hire staff, and having the authority to make important strategic decisions about how to run the business' as they were 'not in a position to influence their conditions of pay once they have been denied the right to bargain collectively'⁴².

It is worth noting that, in earlier decisions, the ECSR had already notably already extended the scope of application of some of the Charter's provision beyond the traditional binary divide between employment and self-employment. For instance, according to the Committee, 'for the purposes of Article 3§1 of the Charter, all workers, including non-employees, must be covered by health and safety at work regulations... [The European Committee on Social Rights] has consistently maintained this interpretation, on the grounds that employed and non-employed workers are normally exposed to the same ris-

ks in this area'⁴³. This is a fertile line of reasoning that ought to be deployed to other risks inherent to all work relations and to various other areas of employment protection legislation that seek to eliminate or redistribute such risks in a more equitable way.

5. COLLECTIVE BARGAINING RIGHTS AND THE LABOUR V CAPITAL DIVIDE IN 21ST CENTURY PERSONAL WORK RELATIONS

In the previous section it was argued that collective bargaining rights ought to be extended across the binary divide and so that they would be enjoyed by employed and self-employed workers alike. This suggestion was developed on the basis of a critique of the rather crude and, in our view, unprincipled distinction between worker and undertaking developed by the CJEU, and of the certainly more universalistic aspirations of other international interpretative bodies that clearly seek to expand the scope of application of at least some labour rights, including collective bargaining, beyond employment. We noted, for instance, that the ILO CFA is willing to recognise such rights even to self-employed persons such as self-employed heavy goods vehicle drivers that, according to national authorities, 'have the ownership of the vehicles, work independently without specific supervision and oversight by the company and bear overall costs incurred on the job'⁴⁴, and many would therefore perceive as entrepreneurs, endowed with their own capital, and often providing their services to multiple clients or customers. Can an extension of labour rights, even fundamental labour rights such as freedom of association and collective bargaining, really be argued and justified in respect of these subjects?

In other, jointly written work, we have argued that labour rights ought to be guaranteed across a broader spectrum of 'personal

⁴¹ Irish Congress of Trade Unions v. Ireland, Complaint No.123/2016, Merits, 12 December 2018, para. 95.

⁴² Ibid. para 99.

⁴³ European Committee of Social Rights, Conclusions XVI-2 (Austria), (Strasbourg, 2005), 11.

⁴⁴ ILO Committee on Freedom of Association (2012) Report No. 363, Case 2602, para 449.

work relations⁴⁵. In an attempt to redraw the scope of application of labour law in a more principled and just way, we sought to trace its limits by reference to the idea of personality. In this context we noted that our concept of personality (and of personal work relations broadly) 'goes to the exclusion of those service providers who are not operating mainly and *predominantly* on the basis of their personal work, but rather *primarily* through their ability to organize other factors of production (and often the factors of production of others), labour and capital in particular. The ability to do so, we believe, makes the person akin to an employer or a commercial entrepreneur, or both, even where some degree of personal work may be present in the actual activity performed⁴⁶.

We remain of the view, expressed already in 2011, that labour law should remain committed to protecting workers whose 'personal work overwhelmingly shapes the service provided, over and above the amount of capital that he or she may be availing herself of to assist him or her, which ought to be marginal and ancillary⁴⁷. But we feel we ought to clarify the extent to which, in modern day work arrangements, capital can often remain marginal or ancillary to the provision of labour even when it is of essence to the personal work or service provided. We endeavour to do so by reference to the case of the many workers making a living in the so-called collaborative or gig-economy⁴⁸, often relying on assets and other forms of capital that are hardly negligible and many could see as not exactly marginal.

The Court of Appeal judgment in the *Uber BV (UBV) v Aslam* case⁴⁹, -confirming the essence of the earlier Employment Tribunal decision in *Aslam and Farrar v Uber*⁵⁰ - hel-

fully reminds us of the capital investment required by drivers seeking to provide their services through the company Uber. '[T]he driver supplies the vehicle [and] is responsible for all costs incidental to owning and running the vehicle, including fuel, repairs, maintenance, MOT inspections, road tax and insurance⁵¹. Drivers who own smartphones have free access to the App. Those who do not 'may hire one from [Uber]⁵². Such levels of capital investment on the part of a driver have been typically understood as, in and of themselves, pointing away from employment and towards a contract of carriage performed by an independent contractor⁵³. Typically, the 'ownership of the assets' is a key factor that will frustrate the successful deployment of a number of key 'employment status' tests and indicators, for instance the business integration test often in conjunction with the economic reality test, and often result in an assumption that a the driver-owner is subject to little or no control on the part of the putative employer⁵⁴.

It is our view that it is possible and useful to offer a different perspective on this type of, seemingly capital intensive, personal work relations by reference to two important points. The first point is that an analysis of the nature of a work or other economic relation *in abstracto* and when the parties of the relationship are not engaging in the actual activity being assessed is, to say the least, an artificial and unproductive exercise. So, for instance, it is artificial and unproductive to pass judgment on the status of a 'driver owner' unless that driver is actually performing the service on behalf or for a particular party and in furtherance to a particular arrangement. *In abstracto*, the owner of a taxi, or goods vehicle, or other similar substantial asset is almost by definition bound to be perceived as a small entrepreneur, or

⁴⁵ FREEDLAND KOUNTOURIS 2011.

⁴⁶ FREEDLAND KOUNTOURIS 2011, p 376.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ V. DE STREFANO, "The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdfwork, and Labor Protection in the "Gig Economy"" (2016) CLLPJ; J. PRASSL and M. RISAK, "Uber, Task-rabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdfwork" (2016) CLLPJ, 619.

⁴⁹ [2018] EWCA Civ 2748.

⁵⁰ *Aslam and Farrar v Uber B.V.*, Case No 2202550/2015 of

28 October 2016.

⁵¹ Court of Appeal judgement in *Uber v Aslam*, para 19.

⁵² Para 46 of the ET judgement in *Aslam v Uber*.

⁵³ The classic example of this approach being that taken in *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. v. Minister of Pensions and National Insurance* [1968] 2 QB 497 at 525-526.

⁵⁴ *Ibid.* See also the cases cited in the ET decision in *Aslam v Uber* esp at paras 81-82.

an undertaking, and not a personal work or service provider, relying on considerable assets, or on assets of considerable value. But when the various parties to an arrangement *actually* engage through that complex set of contractual and non-contractual nexuses and relations that underpin the functioning of the Uber model, in other words ‘when the App is switched on, the legal analysis is, we think, different’⁵⁵.

When the App is switched on -and this is our second point- when the owner-driver is *actually* performing her or his service by being available for the transport company then, in our view, the personal nature of the work relationship comes through very neatly indeed. Each particular ride, each particular ‘driving service’ or series of services, is manifestly predominantly characterised by the provision of personal work rather than by the availability of capital assets and their being supplied to third parties. Capital assets are of course not irrelevant, but they are ancillary to the provision of the service and, overall, quite marginal, even considering additional capital costs such as fuel, asset depreciation, insurance, and servicing. At the end of the working day, the driver will have received payments that, if broken down, overwhelmingly derive from the units of personal work and labour provided rather than from the fraction of capital deployed or consumed for and in the course of the performance of the service in that particular day. The driver’s contribution to the service reveals itself as being, mainly, one of personal work, rather than capital. The driver is thus performing his work or services under a personal work relation, and not as a business undertaking.

In concluding this section, it is worth elaborating on another recent UK court decision, that would seem to run against the grain of the *Uber* judgement discussed above, the December 2018 judgement in *IWGB v Deliveroo*⁵⁶. In this case, the central question was whether Deliveroo riders could be seen as

‘workers’ under the definition provided in s. 296(1)(b) TULRCA 1992, that, in combination with the provisions contained in Schedule A1 of the 1992 Act, would have allowed the union IWGB to trigger the UK statutory recognition to force a statutory backed recognition of the union by the company. In November 2017, the Central Arbitration Committee, the adjudicative body tasked with discharging the statutory procedure under Sch.1 of the Act, had reached the conclusion that, under the terms of a new contract issued by Deliveroo in May 2017 - just as various Employment Tribunals in the UK were recognising more and more drivers and riders employed through apps as limb-b workers⁵⁷ along the lines of the *Uber* judgement- Deliveroo riders were self-employed, and not workers.

This was mainly because of a new substitution clause in the new contract, clause 8, providing that riders were free to ‘engage others to provide the Services... without the need to obtain Deliveroo’s prior approval’ (clause 8.1). Unfortunately for the union involved in this case, even though the High Court agreed with the findings by CAC that ‘most riders do not use substitutes’, the fact that ‘a few riders’ did so, with one providing evidence on behalf of Deliveroo to that effect (paragraphs 79-81), was sufficient to deny ‘personality’, and worker status, to all riders. It was clear that while, on occasion, a very small number of Deliveroo riders may have delegated to other riders, for a share of their fee, some delivery services assigned to them, the practice was far from widespread.

This set of findings, in effect, also fatally affected the attempt by IWGB counsel to claim that the riders ought to be accorded the right to bargain collectively under Article 11 ECHR as, in the words of Supperstone J, that provision did not ‘extend the right collectively to bargain beyond an employment relationship’⁵⁸ and the occasional and limited use of the substitution clause meant that there was none.

⁵⁵ *Aslam v Uber*, para 86. See also the CA judgement confirming this point at paragraphs 99-104.

⁵⁶ [2018] EWHC 3342 (Admin). See J. ATKINSON and H. DHORAJIWALA, ‘*IWGB v RooFoods: Status, Rights and Substitution*’ (2019) ILJ (forthcoming).

⁵⁷ *Dewhurst v Citysprint UK Ltd* ET/220512/2016 (05 January 2017); *Boxer v Excel Group Services Ltd* ET 3200365/2016 (22 March 2017); and more recently, *Leyland v Hermes* ET/1800575/2017 (22 June 2018).

⁵⁸ Para 36 Deliveroo.

This would seem to us to be an unduly narrow construction of the personal or relational scope of Article 11, let alone of the personal scope of Article 6 of the European Social Charter, which at the time of writing is subject to challenge in the higher appellate courts.

6. CONCLUSIONS

The present article has largely concentrated on the extent to which self-employed workers may be entitled to ‘collective labour rights’, and in particular to the right to bargain collectively. We began our enquiry by arguing for a more inclusive normative understanding of collective labour law as essentially part of or continuous with the embodiment of fundamental claims to freedom of association and democratic representation claims in the general political constitution.

Traditionally, there has been a generalised understanding, with regard to collective labour law in the UK that the ‘worker’ definition contained in TULRCA s. 296 does sustain quite an inclusive concept of the worker which embraces a broad range of individuals, including some self-employed workers, who contract to provide personal services, except for those who do so as a professional to a client. Unlike the ‘worker’ definition in the individual rights context of the National Minimum Wage Act, it does not go on to exclude those who provide their services as a business to a customer, and this would also suggest a broader construction. We noted that this slightly broader scope is sustained by a careful reading of a number of international instruments, including Recommendation R-198 and Conventions C-87 and C-98; but this approach is clearly rejected by EU competition law, which tends to regard non-subordinate workers engaging in collective relations as undertakings potentially acting in restraint of trade, without regard to the question of whether they may be acting as professionals or businesses. By contrast, the ILO supervisory bodies seem to us to suggest that self-employed workers ought to be entitled to collective bargaining rights, without regard to whether they are acting as professionals to clients or businesses to customers. Most notably, this

broad construction is consistent with the interpretation to Article 6 of the European Social Charter emerging from the ESC 2018 decision in *Irish Congress of Trade Unions v. Ireland*. We submit that this more expansive approach accords better with the inclusive normative framework for which we have argued. This approach is clearly hard to reconcile with the more restrictive approaches which we have encountered, in the course of this article in various areas of UK domestic⁵⁹ and European law.

Our more inclusive normative framework has its roots in our earlier work which has been developed around the concept of personal work relations and their legal regulation. From that starting point, section 5 explored the extent to which it may be justifiable to leave outside the scope of application of collective labour law such personal work relations as are accompanied by a seemingly substantive asset and capital contribution, as is often the case in many of the work relations prevailing in the so-called collaborative economy. We concluded that for most of these relations, the ‘slices’ of capital necessary for the actual provision of each service are such as to appear marginal and ancillary to the element of personal work that overwhelmingly shapes the provision itself.

It is fair to say that with the High Court judgement in the *Deliveroo* case, the concept of ‘personality’ in the provision of work has attracted considerable attention and, at times, concern⁶⁰. One could question the extent to which those clauses were genuine, or genuinely ‘unconditional’, or whether in that case the personality requirement was applied in too stringent a manner⁶¹. In earlier jointly published work, we argued that ‘Personality, in our view, warrants dignity only to the extent that the services provided are truly and *predominantly* (though crucially not neces-

⁵⁹ Most notably in the High Court judgement in *IWGB v Deliveroo*. A further instance is to be found in *Smith v Carillion (JM) Ltd* [2015] EWCA Civ 209.

⁶⁰ A. BOGG, ‘Taken for a Ride: Workers in the Gig Economy’ (2019) LQR, 219.

⁶¹ See J. ATKINSON and H. DHORAJIWALA, ‘IWGB v RoofFoods: Status, Rights and Substitution’ (2019) ILJ (forthcoming).

sarily 'exclusively') a manifestation of one's *personal work*⁶². Our view was always that it was both necessary and desirable to include within the protection of labour law those who earn their living from their own labour, even though in certain settings they may be occasionally relying on the ancillary assistance of fellow workers (as realistically most of us do) by delegating to them certain tasks. In UK law there is a shared understanding that, for instance, home-workers ought to be in receipt of certain labour rights, including for instance the national minimum and living wage⁶³, even though they do not do so personally, and as long as they are not acting in an employer capacity. As noted by the EAT in *James v Redcats*⁶⁴ 'It is the provision of services that is enough, irrespective of who provides them, as long as they are not provided in the course of running a business or profession'⁶⁵. This is undoubtedly an approach worth being considered and explored further, as more and more work relations are performed in ways that depart from the model presumed by the traditional and strictly bilateral contract of employment, especially those currently developed in the context of the so called-gig economy.

Other articles in the symposium of which this one was originally part pursued in various ways a special interest in collective labour law. This one has sought to follow that pre-occupation into an aspect of labour/employment law which is all too readily perceived as a purely individual one, namely the question of its 'personal' or relational scope.

This represents a leap into rather unfamiliar territory, in which the explorer might easily feel rather lonely and misunderstood. Arguments for an approach to personal scope which is specially inclusive by reference to collective labour rights are apt to seem out of place or even counter-intuitive in a jurisprudence of personal scope which has primarily been developed outside the zone of collective labour law and moreover with a considerable insouciance with regard to collective labour law. It is unlikely that our arguments will have succeeded in countering that insouciance, but we hope that they may have placed the questions of freedom of association, freedom to take industrial action, and rights to collective bargaining, very firmly on the table of the personal scope discussion. This would seem to be a minimal and we hope compelling normative claim in a period when labour/employment law faces an intense struggle to adapt itself to the great turn towards 'flexible', precarious, and often deceptively autonomous patterns of personal work contract or personal work relation.

The EAT added 'This is because frequently the work will involve, for example, making shoes or clothes, and that work is typically carried out by members of a family or a group of friends. (The growth of computer technology has also spawned many workers operating from home (so called "teleworkers") although they are more likely to do the work personally)'.

⁶² M. FREEDLAND and N. KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (OUP, 2011), p. 375-376. Emphasis original.

⁶³ S. 35 of the NMWA 1998 provides that "(1) In determining for the purposes of this Act whether a home worker is or is not a 'worker', section 54(3)(b) shall have effect as if for the word 'personally' there were substituted "whether personal or otherwise'.

⁶⁴ [2007] UKEAT 0475_06_2102, para. 7.

⁶⁵ The EAT added 'This is because frequently the work will involve, for example, making shoes or clothes, and that work is typically carried out by members of a family or a group of friends. (The growth of computer technology has also spawned many workers operating from home (so called "teleworkers") although they are more likely to do the work personally)'.

ABSTRACT

The purpose of this article is to use the idea of the ‘autonomous worker’ as the starting point for an inquiry into an aspect of collective labour law which is usually regarded as an individual one, namely that of its personal or relational scope. A first introductory section proposes a normative framework for this inquiry, arguing for a more inclusive approach to relational scope where collective labour rights are engaged and finding a basis for this approach in ILO Recommendation No 198. A second section demonstrates the way in which the relevant jurisprudence of UK labour/employment law has seemed to be out of accord with that normative approach. A third section demonstrates how the case-law of the ECJ and CJEU has also in its own way been unsympathetic to claims that self-employed workers should be brought within the fold of collective labour law, particularly with regard to collective bargaining. A fourth section further develops a supranational perspective upon these arguments, concentrating on arguments and pronouncements emanating from the European Committee for Social Rights. A fifth section considers ways in which novel scenarios of differentiation between ‘labour’ and ‘capital’ are presenting themselves in the context of the so-called ‘gig economy’, focusing on some recent UK case-law, and especially upon the decisions in the *Uber* and the *Deliveroo* cases. A sixth concluding section expresses the hope that the article has opened up a largely untrodden path towards an authentically collective view of the debate about the personal scope of labour/ employment law.

Keywords: Autonomous worker; personal scope; labour/employment law; collective labour law; contract of employment; self-employment.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es tomar el concepto de «trabajador autónomo» como punto de partida para investigar un aspecto del derecho de trabajo colectivo que normalmente se contempla como individual, en concreto, en su ámbito personal o relacional. En la primera parte, a modo de introducción, se propone un marco normativo para dicha investigación, donde se debate un punto de vista más inclusivo sobre el ámbito relacional en el cual los derechos laborales colectivos están comprometidos y se toma la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo como base para este enfoque. En la segunda parte, se demuestra la forma en la que la jurisprudencia pertinente del Reino Unido sobre el derecho del trabajo / empleo está en desacuerdo con ese enfoque normativo. En la tercera parte, se expone cómo la jurisprudencia del TJE y el TJUE ha sido, en cierta manera, desfavorable ante la demanda de que los trabajadores autónomos deberían estar incluidos dentro del derecho laboral colectivo, especialmente en lo que respecta a los convenios colectivos. La cuarta parte desarrolla más ampliamente la perspectiva supranacional de estos argumentos, concentrándose en los pronunciamientos que emanan del Comité Europeo de Derechos Sociales. En la quinta parte, se tiene en cuenta la forma en la que los nuevos escenarios que distinguen el «trabajo» y el «capital» se presentan en el contexto denominado *gig economy* [economía por pequeños encargos], prestando atención a la reciente jurisprudencia del Reino Unido y, especialmente, tras las decisiones en los casos *Uber* y *Deliveroo*. Por último, en la sexta parte y a modo de conclusión, se espera que el artículo haya abierto una nueva vía no transitada antes sobre el auténtico punto de vista colectivo en el debate del ámbito personal del derecho del trabajo / empleo.

Palabras clave: Trabajador autónomo; ámbito personal; derecho de trabajo / empleo; derecho de trabajo colectivo; contrato de empleo; autoempleo.

Legal responsibility in the gig economy: the employer perspective*

Responsabilidad legal en la *gig economy*: Punto de vista del empresario

JEREMIAS PRASSL^a
MARTIN RISAK^b

1. INTRODUCTION

The rise of the gig economy has by now become a well-established and intensively discussed phenomenon – presenting opportunities and challenges for workers, businesses, and regulators alike, as the wide range contributions to this special issue demonstrate. From an employment law perspective, the phenomenon of work supplied through digital platforms opens a new chapter in the age-old problem of determining the scope of employee-protective norms: are crowdworkers employees or workers in a technical sense, and thus deserving of legal protection, ranging from minimum wage and working time regulation to unfair dismissal and collective rights, depending on their jurisdiction? Are they independent contractors, operating as small businesses on their own account, and thus rightly exposed to the rough and tumble of the market? Or do they represent a genuinely novel form of work, deserving of its own legal status and regulatory apparatus?¹

The answer suggested by the platforms themselves is straightforward: *Uber*, *Mechanical Turk*, *TaskRabbit* and others merely see themselves as digital agents, connecting customers and independent contractors. Individual platforms' terms and conditions vary from country to country according to local conditions, whilst always pursuing identical aims: the denial of worker status.

At the same time, however, the level of control exercised by a platform can be significant, from setting wage levels to specifying – and supervising – how work is to be done. It is unsurprising, therefore, that courts and administrative bodies have begun to find themselves tasked with determining crowdworkers' legal status: early litigation in the United States was soon followed by similar lawsuits in Europe². The questions raised are both novel, given the constantly evolving technology and business models of various platforms, and eerily familiar after decades of judicial and academic argument over how the contractual models used to structure 'atypical' work in 'fissured' workplaces³ might fit into our received regulatory categories⁴. As an

* This contribution is based on our joint piece in a special edition, edited by Valerio de Stefano, of the *Comparative Labour Law and Policy Journal* (2016) on work in the on-demand economy. We are grateful to the organisers and participants at the Wharton workshop for discussion and feedback of earlier stages of this work. The usual disclaimers apply.

^a Associate Professor at Magdalen College, University of Oxford.

^b Associate Professor at the Department of Labour Law and Law of Social Security at the University of Vienna, Austria.

¹ See e.g. the recent call by for the introduction of a new

'independent worker' status in the United States: S. HARRIS and A. KRUEGER, "A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The "Independent Worker" (Hamilton Project, 2015).

² H. J. PARKINSON, "Uber faces legal action in UK over drivers' rights" (*The Guardian*, 29 July 2015).

³ D. WEIL, *The Fissured Workplace* (Harvard University Press 2014).

⁴ See further, E. ALBIN and J. PRASSL, 'Fragmenting Work,

exasperated District Judge noted in the course of on-going US litigation, the task of determining worker status is akin to being 'handed a square peg and asked to choose between two round holes'⁵.

The received analytical approach of employment law, attempting to define the notion of the employee, was developed in the historical context of binary employment relationships. This is at the core of its shortcomings when faced with multiple parties: there is little analysis of contractual relationships as an interdependent net of contracts that only make sense as a whole.

This fragmented analysis makes employment law coverage fragile, given the wide variety of multi-entity employment scenarios: it becomes unclear, incoherent, and open to easy manipulation. Crowdwork thus serves as a clear illustration of the 'profound difficulties' posed by complex triangular or multilateral employment relationships⁶: it challenges the very existence of a contract of employment, thus leaving individual workers without recourse to the majority of domestic employment protective legislation. The complete breakdown of employment law coverage e.g. in case of agency work in the UK is a consequence of 'contractual arrangements that split, on the one hand, day-to-day control of work processes and, on the other hand, day-to-day securing and paying of people to work, [thus] *prima facie* prevent[ing] those working from being legally classified as anyone's "employees"⁷'; neither the relationship with the crowdsourcer nor with the crowdwork platform is characterized as one of employment.

Fragmented Regulation: The Contract of Employment as a Driver of Social Exclusion' in M. FREEDLAND *et al* (eds), *The Contract of Employment* (OUP 2016).

⁵ *Cotter et al. v. Lyft Inc.*, United States District Court, Northern District of California, Order of March 11, 2015 Denying Cross-Motion for Summary Judgment (Case No. 13-cv-04065-VC) 19.

⁶ M. FREEDLAND, *The Personal Employment Contract* (OUP 2003) 36 ff.

⁷ L. BARMES, 'Learning from Case Law Accounts of Marginalised Working' in J Fudge, S McCrystal and K Sankaran (eds), *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation* (Oñati International Series in Law and Society, Hart 2012) 308.

In this paper, we return to our suggestion of a different way of approaching the legal problems arising from crowdwork. Instead of dwelling on the well-rehearsed debates as to employee or independent contractor status, we analyse the multilateral contractual relationships in the operation of online platforms from a different angle, *viz* that of questioning which party, if any, could be identified as a responsible employer: by adopting a functional concept of the employer, we suggest, the courts might be able to sidestep the current impasse, and allocate rights and responsibilities in a flexible, yet coherent manner.

Before turning to that discussion, three important caveats remain to be noted: first, as with all forms of 'atypical' work, it is important not to underestimate the sheer heterogeneity and complexity of underlying fact patterns: crowdwork should not be understood as a single, unified phenomenon, let alone a novel category of work relationships calling for *sui generis* regulatory responses⁸. Any proposed solution must be able flexibly to respond to changing economic and organisational models, offering conceptual coherence in the face of factual complexity. Second, whilst the functional concept of the employer was originally developed by one of the present authors in the context of English and European law⁹, the overarching framework in the present piece is deliberately not focused on a single jurisdiction – we hope instead briefly to introduce that model, and then to illustrate its application in the context of two different online platforms. Finally, given present space limitations we will not be able to address the difficult jurisdictional and conflict of laws issues which may arise, particularly in the context of primarily digital crowdwork, when platforms, customers, and workers operate in different countries¹⁰. A brief concluding sec-

⁸ As was once thought to be the case with agency work in the United Kingdom: *Construction Industry Training Board v Labour Force Ltd* <r> [1970] 3 All ER 220.

⁹ J. PRASSL, *The Concept of the Employer* (OUP 2015).

¹⁰ See e.g. L. MERRET, *Employment Contracts in International Law* (OUP 2011). Even purely digital platforms, however, are increasingly limiting their workers to single jurisdictions, such as the US in the case of Amazon's M Turk: <<http://turkrequesters.blogspot.com/2013/01/the-reasons-why-amazon-mechanical-turk.html>>.

tion will illustrate the difficulties (and promise) of judicial decisions molded along the lines suggested in this article, with particular reference to Uber's on-going employment classification lawsuits in the United Kingdom.

2. A SINGLE PLATFORM AS THE EMPLOYER

How, then, could we find ways to side-step this 'constant and increasing counter-factuality'¹¹ of the received approach? In suggesting that a focus on rethinking the concept of the employer could provide a starting point for a more fruitful analysis of crowdwork, this paper takes up the suggestion, first raised by Paul Davies and Mark Freedland (albeit in a different context), that the problems at stake might;

best be understood from an unfamiliar perspective, indeed initially a counterintuitive one, [where the] problem lies not in the binary analysis of the worker, but in the unitary analysis of the employer¹².

In developing this line of thought, we suggest that the problems resulting from a unitary analysis of the employer, where the employing entity is defined as a single counterparty to the contract of employment or service¹³, can best be overcome through a more openly functional concept of the employer.

Subsequent discussion draws on recent work by one of us to set out the idea of functional concept of the employer, in order to pave the way for an illustration of its operation in the crowdwork context. As *The Concept of the Employer* suggests, in order to restore congruence to the application of employment law norms, the very definition of the employer must carefully be reconceptualised as a more openly functional one.

¹¹ P. DAVIES and M. FREEDLAND, 'The Complexities of the Employing Enterprise' in G Davidov and B Langile (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Hart Publishing 2006) 274.

¹² *ibid* 273.

¹³ J. PRASSL, 'The Notion of the Employer' (2013) *Law Quarterly Review* 380.

2.1. The Functions of the Employer

For purposes of this analysis, a 'function' of being an employer is one of the various actions employers are entitled or obliged to take as part of the bundle of rights and duties falling within the scope of the open-ended contract of service¹⁴. In trawling the established tests of employment status such as control, economic dependence, or mutuality of obligation for these employer functions, there are endless possible mutations of different fact scenarios, rendering categorisation purely on the basis of past decisions of limited assistance¹⁵. The result of this analysis of concepts underlying different fact patterns, rather than the actual results on a case-by-case basis, is the following set of functions, with the presence or absence of individual factors becoming less relevant than the specific role they play in any given context¹⁶.

The *five main functions* and their functional underpinning of the employer are¹⁷:

- Inception and termination of the employment relationship
- Receiving labour and its fruits
- Providing work and pay
- Managing the enterprise-internal market
- Managing the enterprise-external market

Key to this concept of the employer being a *multi-functional* one is the fact that no one function mentioned above is relevant in and of itself. Rather, it is the *ensemble* of the five functions that matters: each of them covers one of the facets necessary to create, maintain, and commercially exploit employment relationships,

¹⁴ *The Concept of the Employer* (n 8) 24–25.

¹⁵ Whilst subsequent examples are drawn primarily from Common Law jurisdictions, we suggest that the approach is capable of being similarly developed in Civilian jurisdictions.

¹⁶ The 'equipollency principle' (*Äquivalenzprinzip*): L Noggler, 'Die Typologisch-Funktionale Methode am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs' (2009) 10 *ZESAR* 459, 463.

¹⁷ For earlier attempts at such lists see eg M Freedland, *The Personal Employment Contract* (n 58) 40.

thus, coming together to make up the received legal concept of employing workers or acting as an employer – and being subjected to the appropriate range of employee-protective norms.

A functional conceptualisation of the employer, then, is one where the contractual identification of the employer is replaced by an emphasis on the exercise of each function – whether by a single entity, as demonstrated immediately below, or in situations where different functions may be exercised from more than one *locus* of control¹⁸, a discussion to which we turn in section IV.

2.2. Uber: the platform as a sole employer

The operation of transportation platforms causes significant problems when analysed through the traditional (contractual) lens of employment law – not least because the platforms will often go to great lengths to (mis-)characterise its relationships with workers and consumers alike. In the UK, for example, *Uber* stipulates that it ‘accepts Bookings acting as disclosed agent for the Transportation Provider (as principal)¹⁹. Its U.S. version of the terms and conditions a customer must accept in order to download the required software (‘app’) is even more explicit, informing customers in capital letters that they ‘ACKNOWLEDGE THAT UBER DOES NOT PROVIDE TRANSPORTATION OR LOGISTICS SERVICES OR FUNCTION AS A TRANSPORTATION CARRIER²⁰.

The moment we shift our analytical focus to *Uber*’s exercise of employer functions,

¹⁸ The term locus of control is designed to avoid additional complexities arising out of the fact, noted *inter al* by M Freedland (n 68) 45-47, that even in traditional companies without external influence management control is often exercised by more than one person amongst a group of relatively senior executives.

¹⁹ <www.uber.com/legal/gbr/terms>.

²⁰ *ibid*, clause 2. cf the German version: ‘Die Dienstleistung von Uber besteht lediglich in der Vermittlung der Beförderungsdienstleistung und in der Abrechnung der Beförderungsdienstleistung im Namen des Beförderungsdienstleisters. Uber selbst bietet keine Beförderungsdienstleistungen an und führt auch keine Beförderungen durch.’ <www.uber.com/legal/deu/terms>.

on the other hand, it becomes clear that the platform does in fact exercise all relevant employer functions usually involved in the provision of transportation or logistics services. The following paragraphs look at each function in turn, drawing on a range of qualitative accounts of drivers’ experiences to demonstrate how *Uber* exercises full employer control, reaping the benefits of its drivers’ work – and suggesting that it should therefore equally be responsible for related risks and costs.

At first glance, *Uber*’s business model is very simple: customers download a small programme (the app) to their mobile phone, enabled with internet access and a GPS locator. In order to create an account, a potential client must provide their credit card details; once these have been verified, the customer can begin to request rides²¹. They are then connected to the closest driver (similarly equipped with a smartphone running an *Uber* app); billing, rating, and nearly all other interaction to be discussed take place exclusively through that online channel – indeed, the *Uber* app is designed specifically to hide passengers’ and drivers’ mobile numbers even when they speak to one another.

2.2.1. Inception and Termination of the Employment Relationship

This employer function includes control over the very existence of an employment relationship, from the power of selection to the choice of dismissing a worker. At first glance, it might appear that the platform has little control over individual ‘rides’, their inception and termination: *Uber* customers use the app on their smartphones to request rides from a specific location, information that is instantly broadcast to drivers in the area²². Drivers may accept a ride request, and are then directed to the relevant customer. The relationship ends at the customer’s destination, or -occasionally- if either party cancels the ride within a short timeframe after offer and acceptance.

²¹ For details, see: <https://help.uber.com/h/15b0d4d8-2763-40d4-80c0-ff83a9a37cc4>.

²² <www.uber.com/features>.

In reality, on the other hand, the relationship between platform and workers is a much more long-term and durable one, irrespective of short individual engagements: the platform is fully in control of the existence of the relationship. Drivers have to sign up with *Uber* to use its app²³; but the process is significantly more intensive than mere registration: the company will vet drivers' cars, check their licences and demand proof of relevant insurance for the jurisdiction in question.²⁴ *Uber* is similarly in charge of terminating its driver's access to the platform. As a leading industry blog notes.

It's every *Uber* driver's worst nightmare: To receive an email from *Uber* letting you know that you've been deactivated as an *Uber* partner, or a message in the app that says you can't drive. It's a huge disappointment to be fired from your ride sharing job, and to make things worse, you're given little to no warning or explanation about your deactivation. Instead, when you try to log on to drive, you're greeted with an error message²⁵.

Reasons (where given) range from passenger complaints to average ratings dropping below 4.6 out of a possible 5. Reactivation is usually subject to an *Uber*-sanctioned re-training course, the low practical value of which has become a common cause for complaint²⁶. The platform thus exercises full control over the existence of driver's work relationship.

Indeed, even at the short-term level of individual rides, it cannot be suggested that clients or drivers exercise the relevant functions: clients, for example, do not know who individual drivers are, or indeed which one of the cars shown on a schematic map will accept their transportation request. Drivers have slightly more leeway, insofar as they can – on some versions of the app – see different passengers' average ratings, thus for example

avoiding low-rated passengers who might be more problematic customers²⁷.

On the other hand, drivers' actual choice is severely limited, by at least two factors: first, the need to maintain an average acceptance rate of around 80 % of offers received while the driver's app is activated, and strict limitations on how many rides can be cancelled²⁸. Second, drivers will usually not know what an individual passenger's destination is, unless they have contacted the customer immediately upon acceptance to determine where they are headed.

2.2.2. *Receiving Labour and its Fruits*

Uber similarly exercises the second employer function, as it is the direct recipient of the fruits of a driver's labour: payment is taken automatically from the customer by the platform. *Uber* also handles all aspects of invoicing, claim reconciliation, and complaints²⁹; the entire system is designed to avoid any direct financial interaction between passengers and drivers – up to and including a prohibition on tipping³⁰.

2.2.3. *Providing Work and Pay*

As regards the provision of work, first, the key tool here is an *Uber*-provided smartphone which allows drivers access to its network of customers. Drivers are never paid directly: out of the sums charged to customers, *Uber* takes a commission between 20 and 30 per cent³¹, before depositing the money in drivers' accounts – usually with at least a week's delay. The platform continues to experiment with varying the amount of commission payable, which is particularly harmful to part-time workers, as the percentage retained falls

²⁷ <www.npr.org/sections/alltechconsidered/2015/07/18/423549092/what-does-your-uber-driver-think-of-you>.

²⁸ <www.ridesharingdriver.com/fired-uber-drivers-get-deactivated-and-reactivated/>.

²⁹ <<https://help.uber.com/h/3eb4e4a1-94ed-42d2-9cb6-d13d03166234>>.

³⁰ <<https://help.uber.com/h/1be144ab-609a-43c5-82b5-b9c7de5ec073>>.

³¹ <www.cnet.com/news/uber-tests-30-commission-for-new-drivers-in-san-francisco/>.

²³ <<https://get.uber.com/drive/>>.

²⁴ <<https://newsroom.uber.com/australia/ubersafeau/>>.

²⁵ <www.ridesharingdriver.com/fired-uber-drivers-get-deactivated-and-reactivated/>.

²⁶ <<http://observer.com/2015/02/uber-drivers-the-punishment-for-bad-ratings-is-costly-training-courses/>>.

with the number of trips offered³². Another common tactic is for *Uber* to offer reasonably generous rates when it first enters a new city or territory; a rate which is subsequently lowered both through a reduction in fares, and an increase in *Uber*'s commission. As a Dallas driver notes, "They started to tighten the rope. Gradually, we can't breathe any more"³³.

2.2.4. Managing the Enterprise-Internal Market

Under the fourth function, the employer enjoys coordination through control over all factors of production, up to and including the power to require both how and what is to be done. Through a combination of technology and human factors, *Uber* enjoys extremely tight control over all aspects of how a ride is provided: once the request has been accepted by a driver, for example, she will be directed to the passenger and onwards to the required destination, through her version of the *Uber* app; customers can complain if a different route was chosen and they feel disadvantaged in consequence³⁴.

As has already been discussed, *Uber* also has tight control over the car types drivers may use³⁵, occasionally inspecting them for everything from cleanliness to scratches. Control over the enterprise-internal market extends as far as the music to be played during the ride: through corporate partnerships, drivers must enable passengers to use music apps to set their own background music³⁶.

In addition to technology-based control, notably GPS locators, *Uber* relies on star-based ratings to exert close control over its workforce. Customers and drivers rate each other anonymously following each journey; the

resulting scores are displayed to passengers and operators respectively before the next trip commences. As Ben Sachs has noted,

the firms are (1) soliciting customer feedback, (2) setting relevant performance levels, and then (3) making termination decisions when the customer feedback reveals that drivers are not meeting the performance levels set by the firms. This is what *employers* do³⁷.

2.2.5. Managing the Enterprise-External Market

Uber is equally exercising the final employer function: it is the entity undertaking economic activity in return for potential profit, whilst also being exposed to any losses that may result from the enterprise. At first glance, that assertion is once more counterintuitive, as the risks and income levels appear to depend on each individual driver's actions: if she drives more, her income will be higher. As recent Department of Labor guidance recalls, however, that

... the worker's ability to work more hours and the amount of work available from the employer have nothing to do with the worker's managerial skill³⁸...

The most important indicator of driver's earning ability, on the other hand, is *Uber*'s dynamic pricing algorithm, which determines remuneration for distance and time on the basis of factors such as individual city pricing levels, or even demand specific to a particular location and time though so-called surge pricing³⁹. The platform is, finally, also in full control of branding, thus providing a global service under a unified mantle⁴⁰.

As even a brief overview of *Uber*'s business model has thus shown, the platform very clear-

³² <<https://help.uber.com/h/8ba64dc9-a85b-4923-8277-c0e813395d79>>.

³³ www.nytimes.com/2016/02/03/business/uber-drivers-and-others-in-the-gig-economy-take-a-stand.html>.

³⁴ <<https://help.uber.com/h/0487f360-dc56-4904-b5c9-9d3f04810fa9>>.

³⁵ <www.uber.com/driver-jobs>.

³⁶ <<https://newsroom.uber.com/uber-spotify-music-for-your-ride/>>.

³⁷ <<http://onlabor.org/2015/05/20/uber-and-lyft-customer-reviews-and-the-right-to-control/>>.

³⁸ <www.dol.gov/whd/workers/misclassification/Al-2015_1.htm>, section II.B.

³⁹ <<http://abovethecrowd.com/2014/03/11/a-deeper-look-at-ubers-dynamic-pricing-model/>>.

⁴⁰ <www.wired.com/2016/02/the-inside-story-behind-ubers-colorful-redesign/>.

ly exercises the full range of employer functions: analysed thus, despite its heavy reliance on modern technology, it is little different from a traditional, unitary employer – with its drivers to be classified as employees. Given the range of functions exercised, the platform should therefore be responsible for the full suite of employment rights in each jurisdiction it operates: from minimum wage and working time laws to collective bargaining.

3. A MULTIPLICITY OF EMPLOYERS

As the previous section has demonstrated, *Uber's* business model is surprisingly close to the traditional assumption that all employer functions will be exercised by a single entity (the platform), which should therefore be characterized as the employer counterparty to a worker's contract of service⁴¹. Our brief overview of the operation of crowdwork platforms in section I has highlighted, however, that a multiplicity of parties might often be involved in the organisation and execution of crowdwork. It is thus not possible to focus on a single entity exercising all employer functions as the only case regulatory models need to be capable of addressing.

Instead, functions may sometimes be jointly exercised by platforms, customers, and potentially even the crowdworker herself. The shared exercise between two or more entities, or one where functions are parcelled out between different parties arise where platform work arrangements lead to a fragmented exercise of employer functions – it is in those scenarios that the functional model of the employer will now be put to the test: there may be elements of genuine self-employment, platforms performing employer roles, and even customers could potentially become subject to regulatory obligations.

3.1. Shared Exercise of Functions

The platform under scrutiny for this purpose is *TaskRabbit*, 'a web and mobile marketplace that safely and reliably connects peo-

ple and businesses with fully vetted people in their community to get everyday and skilled tasks done'⁴². As the service's Terms & Conditions explain,

Clients are individuals and/or businesses seeking to obtain task services ("Tasks") from Taskers and are therefore clients of Taskers, and Taskers are individuals and/or businesses seeking to perform Tasks ("Taskers") for Clients. Clients and Taskers together are hereinafter referred to as "Users." The Service is a platform for enabling connections between Users for the fulfillment of Tasks⁴³.

TaskRabbit consequently denies any employer role, whilst at the same time leaving the question as to employer status between clients and taskers an open question⁴⁴. Returning once more to the list of established employer functions, however, it becomes clear that *TaskRabbit's* self-classification as a 'platform for enabling connections' might not be the full extent of the story.

3.1.1. Inception and Termination of the Contract of Employment

The existence of an overarching relationship is primarily in the hands of the platform: *TaskRabbit* vets individual workers' credentials before activating their accounts⁴⁵, and will terminate taskers for violations of its usage terms – including on occasion complaints about specific clients⁴⁶. In contrast to other crowdwork providers, however, taskers' accounts are not terminated when their rating falls below a pre-set level. Instead, they find themselves subject to a series of 'performance standard probations'⁴⁷, and may be

⁴² TaskRabbit, *The TaskRabbit Handbook* ('Handbook', electronic copy on file with the editors) 12.

⁴³ <www.taskrabbit.com/terms> (excerpts from clauses 1 and 2).

⁴⁴ *ibid*, clause 12.

⁴⁵ <<http://loneplacebo.com/adventures-of-a-first-time-taskrabbit/>>.

⁴⁶ <www.businessinsider.com/confessions-of-a-task-rabbit-2011-12?IR=T&page=1>.

⁴⁷ <<https://support.taskrabbit.com/hc/en-us/articles/204409440-TaskRabbit-Community-Guidelines>>.

⁴¹ *The Concept of the Employer* (n 8), 16–23.

confined to low-value tasks⁴⁸, with well-paid or otherwise attractive requests reserved for taskers with higher ratings⁴⁹.

3.1.2. Receiving Labour and its Fruits

Similarly, to the analysis of *Uber* in the previous section, it appears that in most scenarios the platform will be the primary recipient of the fruits of taskers' labour: it organises the invoicing, and no money (save for tips) may change hands directly between clients and taskers. The crucial role taskers play for the platform is explicitly acknowledged by *TaskRabbit*. As a blog-post on the company's website notes, the taskers 'are the face of TaskRabbit and frankly, do all the work. (We [the headquarters staff] just sit in our fancy office and watch while they do all the heavy lifting... literally.)⁵⁰'.

Under certain circumstances, finally, taskers may also 'apply for the longer-term business tasks under the "Jobs" filter' – a scenario which appears to be strongly reminiscent of traditional agency work⁵¹.

3.1.3. Provision of Work and Pay

The division of this third employer function is amongst the more difficult to analyse, as it varies drastically across different tasks. Looking first at the provision of day-to-day work, clients will post their tasks – from cleaning and shopping to repair services – on *TaskRabbit*. The platform then plays an important role in matching clients and taskers: on occasion this process is automated through its algorithms; other tasks are offered and accepted through direct client-tasker interaction.

The provision of pay is organised similarly: taskers are paid by the platform on a weekly basis, either by cheque or via paypal. If the former method is chosen, *TaskRabbit* will

⁴⁸ <www.theverge.com/2015/10/28/9625968/rating-says-tem-on-demand-economy-uber-olive-garden>.

⁴⁹ On *TaskRabbit* 'points and levels', see Handbook (n 94) 9.

⁵⁰ <<https://blog.taskrabbit.com/2011/04/29/aprils-runner-of-the-month-is/>>.

⁵¹ <<https://blog.taskrabbit.com/2013/05/22/takin-care-of-business-tips-for-business-tasks/>>.

also comply with certain tax-related formalities⁵². The levels of remuneration vary dramatically, as the platform continues to experiment with different remuneration models: a notable shift in 2014 saw a move away from the original auction-style mechanisms, where taskers could specify their offers for any given task, to an algorithm matching clients with a selection of workers for a job, displaying their relevant hourly rates⁵³. The platform is thus not directly involved in the setting of wage levels: indeed, there is evidence that at least some taskers are becoming increasingly savvy at developing appropriate pricing mechanisms⁵⁴.

3.1.4. Managing the Enterprise-Internal Market

TaskRabbit carefully couches work in terms of 'micro-entrepreneurship', 'neighbourhood heroes', and 'entrepreneurs like you who can help [busy people] get things done'⁵⁵. In reality, the fourth employer function will usually be exercised by a combination of the platform, the tasker, and the client⁵⁶. As regards actual control over individual tasks, the already-cited terms and conditions note that the 'Company is not responsible for the performance of Users, nor does it have control'⁵⁷.

This does not mean that the platform does not exercise the fourth employer function at all: tasks deemed inappropriate (such as dangerous tasks, or those of an illegal / sexual nature), for example, will be deleted by the platform, and can also be reported by individual taskers⁵⁸. *TaskRabbit* also operates a comprehensive insurance scheme for clients and taskers alike, covering property damage, theft,

⁵² Handbook (n 94) 8.

⁵³ <www.theverge.com/2014/6/17/5816254/taskrabbit-blows-up-its-auction-house-to-offer-services-on-demand>.

⁵⁴ <[//www.priceintelligently.com/blog/bid/192053/Lessons-Learned-from-Creating-My-TaskRabbit-Pricing-Strategy](http://www.priceintelligently.com/blog/bid/192053/Lessons-Learned-from-Creating-My-TaskRabbit-Pricing-Strategy)>.

⁵⁵ Handbook (n 94) 2.

⁵⁶ <www.businessinsider.com/confessions-of-a-task-rabbit-2011-12?IR=T&page=1>.

⁵⁷ <www.taskrabbit.com/terms (excerpts from clauses 1 and 2).

⁵⁸ <<https://blog.taskrabbit.com/2011/12/08/taskrabit-guiding-principles/>>.

and bodily injury (of clients, taskers, or third parties) during the performance of a task⁵⁹.

Even more important is the fact that *TaskRabbit* operates a strict obligation on taskers personally to provide services – the Tasker manual explicitly notes that ‘TaskPosters want to see your smiling face, not anyone else’s ... so please don’t send someone that hasn’t gone through our vetting process’⁶⁰.

3.1.5. Managing the Enterprise-External Market

Undertaking economic activity in return for potential profit, whilst also being exposed to any losses that may result from the enterprise is the final function to be surveyed. Traditionally, one of the key elements of this function was the provision of relevant tools and investment for the economic activity to take place. As with other function, work *TaskRabbit* is highly heterogeneous: Some clients provide tools and closely supervise the work, whereas others will expect taskers to bring their own cleaning products or use their vehicles for transport-related tasks⁶¹. The same is true for remuneration levels. Over the course of the platform’s development, numerous models appear to have been tested⁶²: from customers setting their ‘optimum price’, to taskers offering their rates (with the platform then charging an additional service fee), or even pre-set ‘Quick Assign’ tasks, where *TaskRabbit*’s algorithm determines the wages received. As a result, some taskers may find themselves earning in excess of US \$ 1,000 per week – whereas others barely manage to earn a minimum wage⁶³.

Another important element in exercising this function is the acquisition and reten-

tion of clients. On the one hand, the platform strongly encourages – and financially incentivises – taskers to advertise its services, both through physical coupons and online⁶⁴. It also provides detailed social guidelines, encouraging workers to ‘Tweet or post about your great @TaskRabbit experiences’ – whilst at the same time prohibiting from including an affiliation with the platform in their Twitter user name⁶⁵. On the other, it has more recently introduced features to ‘encourage loyalty’ between individual clients and Taskers: if a TaskPoster shows you some love, let them know they can use the Direct Hire feature to request bids and accept your bids easily in the future. They can also opt to hire you for Recurring Tasks like weekly grocery shopping⁶⁶.

TaskRabbit’s operation is thus a prime example of how different employer functions are exercised by more than one entity – whether platforms, clients, or even individual workers themselves. In order to accommodate these different work arrangements, the second sub-section suggests, employment law needs to build on the identification of different employer functions, and embrace an openly functional concept of the employer, where the exercise of one or more employer functions triggers the concomitant regulatory responsibilities – regardless of the underlying contractual arrangement(s).

3.2. A Functional Concept of the Employer

In order to reconcile these contradictions, and ensure a consistent application of employment law in the face of factual complexity, our conceptualisation of the concept of the employer needs to move from the current rigidly formalistic approach to a flexible, *functional* concept. In more concrete terms, the following working definition has been offered by Prassl: our concept of the employer should come to mean

the entity, or combination of entities, playing a decisive role in the exercise of rela-

⁵⁹ <<https://support.taskrabbit.com/hc/en-us/articles/204411640-Does-my-Tasker-have-insurance>> .

⁶⁰ Handbook (n 94)15.

⁶¹ <www.bloomberg.com/bw/articles/2012-09-13/my-life-as-a-taskrabbit#p1>.

⁶² <<http://venturebeat.com/2014/07/10/taskrabbit-users-revolt-as-the-company-shuts-down-its-bidding-system/>>.

⁶³ Compare, e.g. the reports at <<http://time.com/money/3714829/working-for-taskrabbit/>> with those at www.bloomberg.com/bw/articles/2012-09-13/my-life-as-a-taskrabbit>.

⁶⁴ Handbook (n 94) 11.

⁶⁵ *ibid* 12.

⁶⁶ *ibid* 11.

tional employing functions, and regulated or controlled as such in each particular domain of employment law.

Calling for a functional definition of the employer is not a completely novel approach to the problems arising from multilateral employment arrangements⁶⁷.

In order to embrace a functional approach, however, the law's underlying methods of reasoning need to evolve in part. The present sub-section thus sets out to consider the meaning of 'functional' in the proposed functional concept on a more abstract level, in the hope that this will allow for a clearer account of that approach. It further aims to develop functional typology as a richer concept than simply a contrast to the perceived formalism of the current bilateral-contractual approach⁶⁸, thus avoiding at least some of the dangers of the 'transcendental nonsense' which can result from the indiscriminate use of the 'functional approach' as a panacea to various analytical problems, 'often [...] with as little meaning as any of the magical legal concepts against which it is directed'⁶⁹.

The account of functionalism proposed for purposes of identifying and defining the employer builds on the sociological concept of functional typologies, relying on the exercise of particular functions to determine the status of potential counterparties⁷⁰.

The key idea of this *functional approach* is to focus on the specific role different elements play in the relevant context, instead of looking at the mere absence or presence of prede-

termined factors⁷¹. The presence of a contract of employment (or other contract) can thus be an important indicator in particular fields (for example the obligation to pay wages), but it is by no means the only one. To adopt Nogler's language to the present proposal, a functional concept of the employer is one where the employing entity or entities are defined not via the absence or presence of a particular factor, but via the exercise of specific functions⁷².

Under a functional approach, the composition of the employer acquires a degree of context- or domain-specificity: depending on the regulatory context, different subsets of the five employing functions will be of particular significance in identifying the responsible counterparty or counterparties. Whilst differences (potential or actual) in the concept of the employer across areas such as tax, tort, vicarious liability and 'employment law proper' have long been the subject of academic and judicial discussion⁷³, the proposed definition goes further: adopting a functional method allows for even more detailed differentiation within what may all too easily have become perceived as a single regulatory domain⁷⁴.

In concluding this section, the implications of a functional concept of the employer in the crowdwork context can briefly be illustrated by reference to two (hypothetical) workers. A first possible scenario in the context of platform work arrangements such as *TaskRabbit*, is a cleaner, who is new to the platform and relies on its price matching mechanism to find work as quickly as possible. This means that the platform effectively sets his hourly rate, billing it (in addition to a commission) directly to the client. The first flat to which the cleaner is dispatched to, however, is rather large, and it is physically impossible to complete the task in the planned time. As a result, his earnings fall considerably below minimum wage levels. In this scenario, the platform has clearly exer-

⁶⁷ J. FUDGE, 'Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: the Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation' (2006) 44 Osgoode Hall Law Journal 609, 636; See also S Deakin, 'The Changing Concept of the "Employer" in Labour Law' (2001) 30 ILJ 72, 79.

⁶⁸ J. FUDGE, 'The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection' in G Davidov and B Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Hart 2006) 310–13.

⁶⁹ F. COHEN, 'Transcendental Nonsense and the Functional Approach' (1935) 35 Columbia Law Review 809, 822.

⁷⁰ Nogler (n 67). The following paragraphs draw extensively on this article and related work.

⁷¹ *ibid* pt 3.

⁷² *ibid* 463.

⁷³ See e.g. E. MCKENDRICK, 'Vicarious Liability and Independent Contractors: A Re-Examination' (1990) 53 MLR 770.

⁷⁴ Though cf. a notable countermove: M. FREEDLAND and N. KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (OUP 2011) 17, 25ff.

cised the relevant employer function by determining the cleaner's remuneration, and should be held responsible for minimum wage law compliance accordingly. This, however, does not mean that it should be the employer for all purposes: if a customer specifies dangerous working conditions, such as the use of particularly harsh cleaning chemicals, Health and Safety liability will be imposed on her, as she was in charge of exercising control over how the work should be done.

A second illustration is the case of an IT specialist, offering help with the development of online shops for fashion start-ups. She has a long track record of successful freelance work and is a sought-after designer and programmer, who has recently begun to channel her work through platforms a single online market place. Her work commands a significant premium, which she reflects by setting her own wage rates at a higher rate per task. In this scenario, even if a task were to overrun and thus result in a too-low hourly wage, neither platform nor customers would be responsible for minimum wage levels under a functional concept of the employer, as the relevant employer function was exercised by the worker who genuinely set her own rate of remuneration. Over time, however, she finds that her ratings never rise to the top, and that there are fewer and fewer good offers available to her in consequence. This is due to the rating mechanism used by the platform systematically discounting female programmers' work, as users' biases become aggregated without correction⁷⁵. Even though control over the inception and termination of employment relationships is shared between the worker and the platform, responsibility under anti-discrimination norms here would fall on the platform, as the operation of the ratings mechanism is solely under its control.

4. CONCLUSION

The need for coherent underlying norms in employment law cannot be understated. 'It

is no exaggeration to think of the classification of work relationships as the central, defining operation of any labour law system'⁷⁶. In this paper, we have shown that crowdwork is the most recent threat to emerge to this need for underlying coherence from dramatic changes in the labour market: online platforms or 'apps' acts as intermediaries in a spot-market for labour, providing clients with workers for a wide range of jobs referred to as 'gigs', 'rides', or 'tasks'.

A detailed discussion of potential avenues to operationalize each of the options discussed is beyond the scope of the present contribution. We hope that the brief examples nonetheless demonstrate how the proposed reconceptualisation would allow for a more subtle approach to effective employment law enforcement. By looking at the full range of functions exercised across various relationships to determine actual responsibility, obligations are placed on the most relevant party, but not beyond it. Whilst under the traditional approach, privity (or at most a specific statutory extension) would select the employer from this array of entities potentially able to exercise employer functions, in the reconceptualised concept of the employer this role is replaced by the exercise of various functions. As a result, different employers may bear (or share) a range of obligations, depending always on their specific roles.

Whilst the advantages of a functional approach have been discussed more extensively elsewhere⁷⁷, suffice it to say at present that this conceptualisation allows for flexibility across different regulatory domains, and can thus deal with the complexities arising from the fact that there are multiple entities, and multiple modes in which these entities can share the exercise of employer functions. The successful identification of the relevant employer for each function would restore coherence to the scope of employment law, resolving questions as to employee (and indeed customer) status in its wake.

⁷⁵ This example is sadly less hypothetical than one might expect: <www.bostonglobe.com/news/science/2013/08/08/the-pitfalls-crowdsourcing-online-ratings-vulnerable-bias/>.

⁷⁶ S. DEAKIN and F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market* (OUP 2005) 4.

⁷⁷ *The Concept of the Employer* (n 8), ch 5.

A first move in this direction can be seen in a recent (UK) Employment Tribunal ruling that Uber drivers were workers employed by the company and thus entitled to minimum wage and other basic labour rights. Two themes emerge from the tribunal's reasoning in *Aslam v Uber BV*. First, the 'practical reality' of the relationship between Uber and its drivers showed that the drivers are workers, despite contractual statements to the contrary. Looking to the practical realities, the tribunal decided that (a) Uber provides transportation services, not merely technology, and relies on its drivers to deliver those services; (b) it is 'ridiculous' to suggest that the relationship between drivers and Uber involves independent businesses contracting with a client or customer; and (c) drivers are tightly controlled by Uber through, for example, its determination of the route and fare for each ride, deactivation of drivers who decline or cancel too many rides, and operation of a sophisticated performance management and disciplinary procedure through its rating system⁷⁸. Secondly, the extravagant contractual mechanisms designed by Uber to insist that its drivers are self-employed merited a high degree of 'scepticism': 'Armies of lawyers' may not help a business avoid employment liabilities, despite contractual 'fictions, twisted language and even brand new terminology':

"Reflecting on [Uber's] case ... we cannot help being reminded of Queen Gertrude's most celebrated line: The lady doth protest too much, methinks"⁷⁹.

In November 2017, Her Honour Judge Eady QC, sitting in the London Employment Appeal Tribunal, upheld the first instance decision, confirming the drivers' worker status. Whilst more measured in terms of language, her legal finding was unequivocal: the company's appeal centered on the argument that in the absence of direct contractual relationship, its business model could be explained in entirety as the result of regulatory requirements, including in particular Transport for

London's Private Hire Licensing regime⁸⁰. In rejecting these arguments, HHJ Eady returned to the key question as developed in this article:

The issue at the heart of the appeal can be simply put: when the drivers are working, who are they working for? The ET's answer to this question was that there was a contract between ULL and the drivers whereby the drivers personally undertook work for ULL as part of its business of providing transportation services to passengers in the London area⁸¹.

The next stage in the saga came in December 2018, when the Court of Appeal handed down its decision following Uber's further appeal, which was rejected by the majority. The Master of the Rolls, Sir Terence Etherton, and Bean LJ found that the Employment Tribunal 'not only entitled, but correct, to find that each of the Claimant drivers was working for [Uber] as a "limb (b) worker"⁸². Adopting a nuanced position to determining the contractual position, and carefully highlighting relevant factors in support of both sides' arguments, the majority adopted a broad reading of the '*Autoclenz*' to sham contracting:

We consider that the extended meaning of "sham" endorsed in *Autoclenz* provides the common law with ample flexibility to address the convoluted, complex and artificial contractual arrangements, no doubt formulated by a battery of lawyers, unilaterally drawn up and dictated by Uber to tens of thousands of drivers and passengers, not one of whom is in a position to correct or otherwise resist the contractual language. As to the reality, not only do we see no reason to disagree with the factual conclusions of the ET as to the working relationship between Uber and the drivers, but we consider that the ET was plainly correct⁸³.

⁷⁸ *Aslam v Uber BV* (not yet reported), at [89] to [92]. For comment, see R Hunter and J Prassl at <<http://ohrh.law.ox.ac.uk/worker-status-for-app-drivers-uber-rated/>>.

⁷⁹ *Ibid*, at [87] and [96].

⁸⁰ *Uber BV v Aslam and Others* UKEAT 0056/17, at [32]ff.

⁸¹ *Ibid*, at [103].

⁸² *Uber BV and others v Aslams and others* [2018] EWCA Civ 2748 [71].

⁸³ *Ibid* [105].

Underhill LJ disagreed with his Brethren, given precedence to the written agreements put in place by the company: ‘standing back so as to be able to see the wood as well as the trees, it still seems to me that the relationship argued for by Uber is neither unrealistic nor artificial. On the contrary, it is in accordance with a well-recognised model for relationships in the private hire car business’⁸⁴. A further appeal to the Supreme Court is likely to be heard within the year, though no date has been set at the time of writing.

For the time being, the courts’ rulings have been widely welcomed by commentators. The tribunal’s focus on the reality of the relationship between the parties and its clear and accessible analysis of the law as well as

Uber’s business are a role model for similar cases pending in jurisdictions world wide. The basic protection now afforded to drivers will overcome some of the worst problems— not least, because the tribunal (rightly) ruled that a driver is ‘working’ for the entire time that his (the vast majority being male, as noted in the decision) Uber drivers’ app is switched on, and he is able and willing to accept rides. In the longer run, however, Uber drivers – even when classified as workers – will still face many of the problems encountered by zero-hours workers across the United Kingdom: from low income to struggling with unpredictable shifts due to a lack of guaranteed work. Restoring the scope of employment protection is but the first step on the road to decent work in the on-demand economy.

⁸⁴ *Ibid* [146].

ABSTRACT

The gig economy – where individual consumers can rely on platforms to ‘crowd-source’ work, whether in the real work or through the internet, continues to puzzle legal commentators and the courts. One of the key assumptions underpinning the rise of these platforms –from transport apps including Uber to online platforms such as Amazon’s Mechanical Turk– is the assertion put forward by most operators that crowdworkers are self-employed, independent contractors. As a result, individuals might find themselves without recourse to worker-protective norms, from minimum wage and working time law to health and safety regulations and unfair dismissal protection. But is this account accurate? In this paper, we hope to challenge prevailing assumptions, arguing that in certain scenarios crowdworkers can, and should, be classified as workers within the scope of domestic employment law. The approach proposed, however, is an initially counterintuitive one: we advocate the adoption of a functional concept of the employer as a regulatory solution to crowdwork employment, with platforms, crowdworkers, and service users each shouldering their appropriate share of employer responsibilities. Discussion concludes with a brief discussion of recent litigation.

Keywords: Gig economy; employment status; gig workers; platform economy; functional concept of the employer; Uber; Amazon’s Mechanical Turk; TaskRabbit.

RESUMEN

La *gig economy* - en la que los consumidores individuales cuentan con las plataformas de trabajo externalizado (*crowdsourcing work*), bien a través del mundo real o a través de internet, sigue desconcertando a los expertos legales y los tribunales. Uno de los supuestos clave que apuntalan el crecimiento de estas plataformas -desde las aplicaciones de transporte como Uber hasta las plataformas en línea como Amazon Mechanical Turk- es la afirmación presentada por la mayoría de los operadores de que los trabajadores externos (*crowdworkers*) son trabajadores autónomos, contratistas independientes. Como resultado, dichos trabajadores pueden encontrarse ante situaciones en las que no puedan recurrir a las leyes de protección de los trabajadores y que abarcan desde los salarios mínimos y la normativa sobre horarios de trabajo hasta las leyes sobre seguridad y protección frente al despido improcedente. Sin embargo, ¿podemos afirmar que este razonamiento es fiel a la realidad? Este artículo tiene como objetivo cuestionar los supuestos preestablecidos, planteando que en ciertos escenarios los trabajadores externos pueden, y deben, ser clasificados como empleados dentro del ámbito del derecho de trabajo doméstico. No obstante, este enfoque propuesto es más bien contrario a lo que podría pensarse en primera instancia: Recomendamos que se adopte un concepto funcional del empresario como una solución regulatoria al trabajo externo, con plataformas, trabajadores externos y usuarios del servicio que apoyen, cada uno por su parte, su correspondiente implicación en las responsabilidades del empresario. El debate concluye con un breve análisis sobre los pleitos recientes.

Palabras clave: *Gig economy*; situación del empleo; trabajadores por tareas; economía de plataforma; concepto funcional del empresario; Uber; Amazon Mechanical Turk; TaskRabbit.

Platform work in self-employment: new challenges for social protection?

Plataforma digital en el trabajo por cuenta propia: ¿nuevos retos ante la protección social?

PAUL SCHOUKENS*
ALBERTO BARRIO**

1. INTRODUCTION

The discussion on how to organise social protection for the self-employed is again a central topic in national and European social policy debates. This is not so much because the number of self-employed persons has grown recently in the European Union (EU), but much more because new forms of work have started to arise amid the self-employed population, challenging (again) the feasibility of organizing social security for this group.

According to recent figures, the overall number of self-employed persons in the EU has remained rather stable in the last two decades (at around 14-15 % of the working population)¹. Yet, below the surface of this relatively stable trend, some interesting tendencies are to be discerned: whereas the number remained the same overall, there are significant differences of increase and decline across the individual countries. Countries with an important growth of self-emplo-

yment are, for example, the Netherlands and the United Kingdom, both of them known for having implemented a strong policy of labour flexibilisation during the last two decades. Moreover, self-employment without employees is growing in most EU member states², whereas the groups of self-employed persons heading companies with personnel are declining overall³. Finally, there seems to be more variation in the different forms of self-employment, partially due to the recent rise of platform work and thereto-related forms of work such as crowdwork and work on-demand via app⁴.

In this article, we would like to address the challenges that the new varieties of self-employment are creating for the design of social protection systems. In order to do so, we will first refer to the conclusions we made some 20 years ago when we compared the social security systems of the self-employed persons in the (then 15) EU member states⁵.

* Professor, Tilburg University (The Netherlands) and KU Leuven (Belgium).

** PhD candidate, Tilburg University (The Netherlands).

¹ S. SPASOVA and M. WILKENS, *The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection*, in CEPS (ed.), *Social policy in the European Union: State of the Play*, Brussels: ETUI, 2018, 98; OECD, 'Labour Force Statistics: Summary tables', *OECD Employment and Labour Market Statistics (database)*, 2019; Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, p. 7.

² OECD, *Self-employed without employees (indicator)*. doi: 10.1787/5d5d0d63-en, 2019.

³ OECD, *Self-employed with employees (indicator)*. doi: 10.1787/b7bf59b6-en, 2019

⁴ V. DE STEFANO, 'The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy', *Comparative Labor Law Journal*, vol. 37, issue 3, 2015, pp. 472.

⁵ P. SCHOUKENS, 'Comparison of the Social Security Law for Self-Employed Persons in the Member-States of the European Union', in D. PIETERS (ed.), *Changing Work Patterns and Social Security*, Den Haag/London/Boston: Kluwer Law International, 2000, pp. 63-98. The article summarized the comparative conclusions of the PhD entitled P. SCHOUKENS, *De sociale zekerheid van de zelfstandige in de EU*, Leuven: Acco, 2000.

We noticed a strong diversity of social security protection levels for self-employed persons in the then member states of the EU. This was also shown by a recent study for CEPS by Spasova and Wilkens⁶. Yet, what was as interesting was the fact that, in some of the member states of the EU, the social protection of the self-employed was of the same level (or at least of a level of equal value) as the one in place for the employees. Overall, one of the policy suggestions developed from the comparison was that, while the basic (legal) principles underlying social protection are the same for all professionally active persons, the application rules should take into account the specific situation of each professional group. In other words, the protection can be of an equal value, but the design of that protection may need to be adapted to the specific features of each professional group. The European Pillar of Social Rights and, especially, the proposal for a Council Recommendation on access to social protection for workers and the self-employed, seems to be based on this idea, thus highlighting its relevance in the current times. Nevertheless, we wonder if this approach is still valid when social security systems face the emergence of new forms of self-employment that were not present yet 20 years ago.

Thus, in a second part, we will give attention to these new varieties of self-employment and, especially, to the situation of platform workers (i.e. persons who perform on-demand work through the mediation of online platforms). Many platform workers provide their services through these platforms as self-employed workers. And, while strong legal debates on their legal status are being held in most countries, the outcome is still unclear, with several key national cases contradicting each other (as it has been the case in Spain⁷, France⁸ and the

Netherlands⁹). It is thus possible that some platform workers will remain to be considered as self-employed workers, even though they may exercise self-employment in a manner quite different from the way it was traditionally done. We will thus present some of the unique features of platform work, and analyse how they may challenge (traditional) social security systems.

In order to do so, we will use the first results of a comparative research (involving Spain, the Netherlands, France, Germany and the United Kingdom), in which we focus on the question of how these countries adapt (or not) their social security systems to accommodate these new groups of self-employed workers¹⁰. As will become clear, this research topic deals as well, to a large extent, with the more general question of how to accommodate marginal work (i.e. work generating low income and/or done on the basis of an irregular pattern) into existing social security systems.

In a final part, we will approach the question of whether the abovementioned idea that the basic social security principles (neutral to all forms of work) need to be adapted to the specific features of each form of work is still valid concerning self-employed platform workers.

2. DESIGNING SOCIAL SECURITY FOR SELF-EMPLOYED PERSONS

A recent comparative social protection overview¹¹ showed that the social security position

⁶ S. SPASOVA and M. WILKENS, *The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection*, in CEPS (ed.), *Social policy in the European Union: State of the Play*, Brussels: ETUI, 2018.

⁷ See, for example, Juzgado de lo Social de Madrid No. 39, 3 septiembre 2018, ECLI: ES:JSO:2018:3042; Juzgado de lo Social de Madrid No. 33, 11 febrero 2019, ECLI: ES:JSO:2019:279.

⁸ See Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Ch. 2, 16 novembre 2017, S 16/09647; Cour d'appel de Paris, pôle 6, ch. 2, 10 janvier 2019.

⁹ Rechtbank Amsterdam, 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183; Rechtbank Amsterdam, 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198; Rechtbank Amsterdam, 1 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4546.

¹⁰ This research is part of the project 'Grenzen aan atypische arbeid, flexwerk en zelfstandige arbeid getoetst aan Europese beginselen van het socialezekerheidsrecht', supported by Instituut Gak, addressing atypical work and social security, with a specific focus on social security for platform workers.

¹¹ S. SPASOVA and M. WILKENS, 'The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection', in CEPS (ed.), *Social policy in the European Union: state of the play*, Brussels: ETUI, 2018, pp. 97-116. See also OECD, *The Future of Social Protection: What Works for Non-standard Workers?*, Paris: OECD Publishing, 2018; B. DE MICHEL,

of self-employed persons in the EU varies enormously across its member states, and revolves around four clusters, going from all-inclusive access to protection to a patchwork of optional access and partially exclusive systems¹². It is interesting to note that these clusters do not follow the traditional typologies of social security built around the scope of protection (more inclusive or of the universal/Beveridge type on the one hand, more professionally oriented/Bismarck type on the other). Moreover, the study notes that the main social security gaps concerning the self-employed still affect statutory access related to sickness, unemployment and occupational injuries, as well as accident-at-work benefits (mainly thus concerning income replacement schemes)¹³. Nevertheless, the study also noted that, when dealing with cost compensation schemes (i.e. concerning health care, family burden and care), normally a similar protection as the one for other professional groups is in place. This is mainly because these contingencies are, traditionally, universally organized (as the whole population is at risk). Pensions (addressing both old age and survivorship) do not generally create serious challenges for self-employed persons and, normally, we find rather similar schemes in place for both the self-employed and employees¹⁴.

In our comparative research on the social protection of the self-employed 20 years ago, we noticed a similar picture, with significant differences between member states of the EU regarding the social protection of the self-employed, varying from a full protection (similar to the one in place for traditional employees) to a protection that was kept basic¹⁵. We found three types of protection in place¹⁶: First, universal systems, where a basic social protection was organised in the same system for the

whole population (or for all working groups). Second, general systems for the self-employed, covering all professional categories of self-employed people into one social security system with its own administrative and managing structure (often with representatives of the associations of the self-employed and of the government). And, third, categorical systems, where specific systems for different professional categories of self-employed persons existed, with one of them covering all self-employed persons who did not fall under any of these professions (acting as a 'residual category').

At that time, ensuring access to insurance against short-term work incapacity, unemployment and labour accidents were the biggest challenges concerning self-employed persons. Yet, difficult as it may seem, the fact that some systems managed to come up with a protection for these risks proved that it was possible to do so.

In our analysis, we stated that the main source of the problem of ensuring social protection for the self-employed boiled down to the lack of a hierarchical relationship between employer and worker, as well as fixed salaries, elements on which most social security schemes were based (both concerning financing and benefit assessment). Our research concluded that the point of departure concerning social security is the same no matter the professional activity: to compensate for either the loss of income or the costs generated due to the materialisation of a risk. This point of departure is neutral, as are the basic principles of social security. Nevertheless, in order to apply these principles successfully, «it is even advisable to take into account as much as possible the specific characteristics of the professional group»¹⁷. In other words, while the protection may be of an equal value, the way this protection is implemented may vary depending on the features of each professional status. In the case

et al., *Access to social protection for all forms of employment. Assessing the options for a possible EU initiative*, Brussels: European Commission, 2018, p. 29.

¹² S. SPASOVA and M. WILKENS, 'The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection', in CEPS (ed.), *Social policy in the European Union: state of the play*, Brussels: ETUI, 2018, p. 103.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 102-104.

¹⁵ P. SCHOUKENS, *De sociale zekerheid van de zelfstandige in de EU*, Leuven: Acco, 2000.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ P. SCHOUKENS, 'Comparison of the Social Security Law for Self-Employed Persons in the Member-States of the European Union' in PIETERS, D. (ed.), *Changing Work Patterns and Social Security. EISS Yearbook 1999*, Den Haag-London-Boston: Kluwer Law International, 2000, pp. 63-98.

of employees, the implementation rules will revolve around the relationship between the employee and his employer while, in the case of the self-employed, their autonomy and independence must be considered.

This division between basic neutral principles and applied rules specific to the work forms is, to some extent, taken over in the European Union by the Social Pillar. The European Pillar of Social Rights jointly proclaimed by the European Parliament, the Council and the Commission in November 2017, set out 20 principles and rights to support fair and well-functioning labour markets and welfare systems. One of its objectives is to give some more social counterweight to the financial-economic building of the European Union. Although the EU proclaims to be specific in its kind due to the social model underlying its constituent states, the EU never expressed clearly (e.g. through legislation) what it understood by its own social model¹⁸. With the Social Pillar, it wants to fill up this 'social deficit' by chalking out some concrete social rights that member states have to respect. One of these rights refers to the principle of access to social security.

Principle 12 of the Pillar states 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». In order to have this principle further developed, the European Commission launched a proposal for a Council Recommendation on access to social protection for workers and the self-employed¹⁹. Interestingly, the proposal for a Recommendation addresses all atypical forms of work and calls for proper social protection for the different types of work, even though they may be organised in a deviant manner compared to the traditional standard work that stood model for many of our (work related) social security schemes. An essential

principle in the proposal is the neutral character of the labour status of the worker: the basic principles shaping social security are equal to all workers, whatever the kind of work or the eventual status of the work performed under; yet, in the application of these neutral principles, social security schemes should respect as much as possible the specific working circumstances under which the work is carried out.

It remains a question, however, whether this principle of equal access to social security regardless the concrete form of work is sufficient in addressing the recent challenges the new varieties of self-employment are generating within the context of the platform economy.

3. NEW VARIETIES OF SELF-EMPLOYMENT DUE TO PLATFORM WORK, NEW CHALLENGES FOR SOCIAL PROTECTION?

Overall, a platform worker may be defined as «a person selected online from a pool of workers through the intermediation of a platform to perform personally on-demand short-term tasks for different persons or companies in exchange for income»²⁰. Following this definition, the basic features of platform work that are relevant for social security systems are, first, the role of the platforms as online intermediators and, second, the on-demand, short term and personal nature of the work offered through them.

The first distinctive feature of platform work is the existence of an online platform that acts as an intermediary between those who wish to access a service, and those who want to provide it²¹. The online character of platforms facilitates access to work²², inde-

¹⁸ P. SCHOUKENS, *EU social security law: the hidden 'social' model*, Tilburg: Tilburg University, 2016, p. 56.

¹⁹ European Commission, *Proposal for a Council Recommendation on Access to Social Protection for Workers and the Self-Employed*, COM(2018) 132 final, Brussels: European Commission, 2018.

²⁰ A. BARRIO, S. MONTEBOVI and P. SCHOUKENS, 'The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?', *European Journal of Social Security*, vol. 20, issue 3, 2018, p. 223.

²¹ J. PRASSL, *Humans as a Service*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 5.

²² G. VALENDUC and P. VENDRAMIN, *Work in the Digital Economy: Sorting the Old from the New*, Brussels: ETUI, 2016,

pendently of where the company operating the platform is based (and, in the case of crowd-work, allowing the platform worker to choose where he wishes to perform it). The mediatory role of the platform may be divided into two aspects: information control²³ and standardization²⁴. Hence, in one hand, online platforms typically control the data leading to the provision of the service, such as the clients' name, address and payment information, the orders' composition, etc. In the other, the platforms set (and often control the compliance with) standards on many of the aspects concerning the services provided through them, such as quality, safety and (in some cases) price. The degree of intervention of the platform on these two functions varies significantly. Greater degrees of intervention by the platforms result on a correlative reduction on the costs of making transactions through them (and, by doing so, they sometimes create markets that did not exist before), but also in a correlated increase in the platforms' power and capacity of control²⁵.

The second distinctive feature of platform work is that it is on-demand, short-term and personal. By 'on-demand' we refer to the fact that platform workers have a certain freedom to determine when they will work and that, within the time that platform workers commit themselves to be available, the company operating the online platform is free to decide whether it will offer remunerated work to them. In other words, there is a certain lack of reciprocal commitments²⁶. Nevertheless, it is important to note that this on-demand character is not symmetrical, with the

platform typically not obliged to grant a minimum number of hours or pay a minimum hourly remuneration, while platform workers are often required to commit to a certain availability in advance. Moreover, as platform work often consists of short-term tasks that are performed personally, being assigned a task only guarantees work for a short period of time (which may be some minutes), followed by an unknown amount of time without work.

Below we will analyse the challenges that are associated with these features²⁷ and how different EU countries and the EU rules on social security coordination are dealing with them. It is important to note that, by highlighting these challenges, it is not our intention to criticize policy options (which may in many cases be based on solid justifications), but only to point out a clash that might be solved by either restricting the nature of platform work to better accommodate it to these rules, or by adapting these rules to the nature of platform work (or, more probably, a combination of both).

3.1. The blurring of the barriers between work and non-work

As mentioned above, online platforms greatly reduce the costs traditionally linked with making transactions by, inter alia, ensuring quality and safety standards²⁸. By doing so, they «encourage casual participants to join the market»²⁹ (generally as self-employed workers), a market that in previous times would have most probably been inaccessible to them. While this means that potentially more people can join the market, it might also be argued that, as a result, actors that were not expected to join the market as self-employed workers (because, for example, lacked the economic infrastructure, contacts and knowledge that were almost a requisite in previous times) now may do so at the click

pp. 20-21.

²³ I. DAUGAREILH *et al.*, *The platform economy and social law: Key issues in comparative perspective*, Working Paper 2019.10, Brussels: ETUI, 2019, pp. 125-126.

²⁴ I. CONSTANTIOU *et al.*, 'Four Models of Sharing Economy Platforms', *MIS Quarterly Executive*, vol. 16, issue 4, 2017, p. 245.

²⁵ I. CONSTANTIOU *et al.*, 'Four Models of Sharing Economy Platforms', *MIS Quarterly Executive*, vol. 16, issue 4, 2017, p. 237.

²⁶ This lack of commitments may be also present in other forms of work, such as zero-hours contracts, see A. Adams *et al.*, 'The 'Zero-Hours Contract': Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?', *Oxford Legal Studies Research Paper No. 11/2015*, 2015, pp. 10-11.

²⁷ See, for a more general overview, P. SCHOUKENS and A. BARRIO, 'The changing concept of work: When does typical work become atypical?', *European Labour Law Journal*, vol. 8, issue 4, 2017, pp. 306-332.

²⁸ V. KATZ, 'Regulating the Sharing Economy', *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 30, Issue 4, 2015, p. 1075.

²⁹ *Ibidem*.

of a bottom. By doing so, platforms blur the borders between categories such as private individuals and economic actors (or professional and non-professional activities³⁰), in a process which has been referred to as 'boundary fluidity'³¹.

Social security schemes, in turn, are often dependent on the division between self-employment and non-professional activities, with only the former being allowed to join the work-related social security schemes. This is a difficult differentiation, and it is usually not clear in many countries. Examples of this are the case of Spain³² or France³³, where only regular activities are considered as amounting to self-employment. The concept of 'regular activity', which has been clarified at EU level concerning the trade of products online³⁴, may not be as clear when it concerns the provision of services³⁵. It can be expected that, as work becomes more flexible, the level of income will progressively replace work regularity as a key element for determining the scope of social security rights and obligations. In this regard, many countries already exclude from compulsory social security contributions those self-employed activities that produce income under a certain threshold. That is the case concerning one or more social security schemes in the cases of Estonia, Finland, France, Italy, Hungary, Luxemburg and Slovakia, as noted in a recent study by the European Social Insurance Platform³⁶. In Germany, self-employed artists with monthly income under €325 are excluded from

compulsory insurance (*Künstlersozialkasse*)³⁷. In other cases, persons generating low income from self-employment are exempted from joining compulsory social insurance schemes but may opt to do so voluntarily. For example, in the United Kingdom, persons with earnings under approximately £6,000 per year are exempted from compulsory social insurance, but they may voluntarily join the system by paying about £150 a year³⁸.

We already noted in our initial study how «self-employed people with a low income are also often neglected», with Member states often imposing «barriers of minimal incomes for their social security. [...] Consequently, many self-employed people fall outside the social security protection. In that case, one can still join the system on a voluntary basis, but the reality shows that self-employed people do this very rarely». The use of thresholds based on a minimum level of earnings or of the duration of employment has been also criticised by the ILO and the OECD for excluding non-standard forms of work from coverage, as well as for promoting unfair competition and undeclared work³⁹.

Two EU countries, Belgium and France, have created specific norms regulating online platforms based on the idea of minimum thresholds, although with very different mechanics behind. In this regard, individuals in Belgium generating income of less than around €6,000 per year as a result of their work through an online platform recognised by the Government are not considered as self-employed workers (and thus are excluded from the related social security schemes)⁴⁰. In France, in turn, online platforms that

³⁰ N. AMAR and L.C. VIOSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, Paris: Inspection générale des affaires sociales, 2016, p. 6.

³¹ I. CONSTANTIOU, et al., 'Four Models of Sharing Economy Platforms', MIS Quarterly Executive, vol. 16, issue 4, 2017, p. 235.

³² B. SUÁREZ CORUJO, 'La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social', *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 141, 2018, pp. 46-47, 58.

³³ Code de Commerce, L121-1.

³⁴ CJEU, Case Kamenova, C-105/17.

³⁵ N. AMAR and L.C., VIOSAT, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, Paris: Inspection générale des affaires sociales, 2016, p. 89.

³⁶ ESIP, *Are social security systems adapted to new forms of work created by digital platforms?*, Brussels: ESIP, 2019, pp. 13-14.

³⁷ Sozialgesetzbuch (SGB V), artikel 234(1).

³⁸ The Social Security (Contributions) (Rates, Limits and Thresholds Amendments and National Insurance Funds Payments) Regulations 2018.

³⁹ ILO and OECD, *Promoting adequate social protection and social security coverage for all workers, including those in non-standard forms of employment*, Buenos Aires: G20 Employment Working Group, 2018, p. 3.

⁴⁰ Programmawet 1 Juli 2016, artikels 22-26; See further A. BARRIO, S. MONTEBOVI and P. SCHOUKENS, 'The EU social pillar: An answer to the challenge of the social protection of platform workers?', *European Journal of Social Security*, vol. 20, issue 3, 2018.

«determine the characteristics of the service provided or of the product sold, as well as its price»⁴¹ must cover the cost of accidents at work insurance, but only concerning those self-employed platform workers with annual income from their work through the platform exceeding about €5,000⁴².

3.2. Lack of income stability

Platform workers do not have much control on the amount of income they will earn in a certain period, even when they remain available for long periods of time, as it is up to the online platform to determine if a platform worker may be offered tasks. In contrast, many social security systems demand self-employed workers to pay a minimum amount of social security contribution just for being self-employed workers, unrelated to their income. That is the case in Spain, where self-employed workers are obliged to pay a minimum contribution⁴³. There is however a support program for new self-employed workers that reduces their contribution significantly during the first two years of activity⁴⁴. Another example may be the case of France, which has traditionally required all its self-employed workers to pay a minimum social security contribution. This has changed with the introduction of the form of auto-entrepreneur, which allows self-employed workers to pay contributions based on their real income⁴⁵, although those paying a low amount of contributions are excluded from coverage by certain social security schemes.

Another indicator of how dependent on stable income from work social security systems are is how often they allow for changes on the basis for calculating social security contributions. In this regard, in countries like Spain, it is the self-employed person himself who decides the amount based on which he would pay contributions

(within certain limits), with a limited amount of times that this basis for contribution may be changed per year. Other countries, like the United Kingdom or France, set their social security contributions as a percentage of the self-employed person's income (even if with a certain minimum contribution, as noted above). This may be more adapted to the flexible income typically linked to platform work. Nevertheless, if lower contributions are not reflected in lower benefits, it may also mean a greater financial burden for social security systems. If, nonetheless, low contributions would result in low or no benefits, these individuals may need to resort to social assistance (something that, if systematic, may pose a significant financial burden to the system in the future). A different approach might be a means-tested, conditional social assistance scheme consisting of the (full or partial) payment of social security contributions for those self-employed persons with low income. This way, they may remain insured, while at the same time the financial burden to the system is limited.

3.3. Hindered classification in the binary model 'employee or self-employed'

Almost all social security systems in the EU provide different social security rights and obligations depending, to some degree, on whether a person is an employee or a self-employed. Nevertheless, one of the challenges brought by the emergence of platform work has been a blurring of the categories around which social security systems are designed. This is not only the case concerning the differentiation between work and non-work (as noted above) but also, and quite notably, whether a person performs work as an employee or a self-employed worker. Thus, while online platforms have almost unanimously opted to only allow persons performing work through them as self-employed workers (at least in a more recent stage, as many platforms originally started with a mixture of employees and self-employed platform workers), this classification of platform workers as self-employed persons has been contested in the courts of many countries. The courts' answers have been, at least for the moment, quite diverse, with some considering platform workers to be employees, while others found them to be

⁴¹ Code du travail, article L7342-1 (own translation).

⁴² Code du travail, articles L7342-2, D7342-1.

⁴³ See Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, artículo 6.

⁴⁴ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, artículo 31.

⁴⁵ Code général des impôts, articles 50-0 and 102 ter.

self-employed workers. Besides the obvious differences in outcome, there are other key issues that differentiate these decisions. First, some decisions merely apply the long-established test for determining the existence of an employment relationship, without addressing whether platform work is different from the traditional forms of work; others, in contrast, highlight these differences⁴⁶ and even note that current legal frameworks may not be properly adapted to the reality of platform work⁴⁷. Second, judges disagree on what constitutes the main means of production, with some considering them to be the tools provided by the platform workers (e.g. bicycle and telephone)⁴⁸, while others believe that these are the online platform, without which the platform workers could not provide their services⁴⁹. And, third, there are discrepancies on the amount of flexibility enjoyed by platform workers and, particularly, whether they may be (indirectly) sanctioned if they reject orders during a pre-scheduled time slot⁵⁰. In any case, the current uncertainty on the employment status of platform workers results in ambiguity concerning the social security rights and obligations to which these platform workers may be entitled.

One approach took in some countries (even before the appearance of platform work) is the establishment of a 'third employment category'⁵¹ that allows certain groups of self-employed persons to access to some or all social security schemes available to employees. Another way

⁴⁶ Juzgado de lo Social de Madrid No. 33, 11 febrero 2019, ECLI: ES:JSO:2019:279, Fundamentos de Derecho, Décimo.

⁴⁷ Rechtbank Amsterdam, 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, para. 28.

⁴⁸ Juzgado de lo Social de Madrid No. 39, 3 septiembre 2018, ECLI: ES:JSO:2018:3042, Fundamentos de Derecho, Segundo; Juzgado de lo Social de Madrid No. 17, 11 noviembre 2018, ECLI: ES:JSO:2019:269, Hechos Probados, Octavo.

⁴⁹ CJEU, *Elite Taxi v Uber*, 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:981, para. 39; Juzgado de lo Social de Valencia No. 6, 1 junio 2018, ECLI: ES:JSO:2018:1482, Fundamentos de Derecho, Segundo.

⁵⁰ Juzgado de lo Social de Barcelona No. 31, sentencia de 11 de Junio de 2019, ECLI: ES:JSO:2019:2253, Fundamentos de Derecho, Tercero, p. 36.

⁵¹ M.A. CERRY and A. ALOISI, 'A Critical Examination of a Third Employment Category for On-Demand Work', in N.M. DAVIDSON et al. (ed.) *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, 2018, pp. 316-327.

of addressing this challenge may be to reduce the importance of the differentiation altogether by bringing closer the protection offered to self-employed and employees, as for example it is being attempted in France by extending unemployment insurance to the self-employed⁵².

3.4. Unremunerated work

In platform work, potentially unremunerated activities linked to the creation of value, such as unremunerated waiting time, are often necessary in order to perform the main remunerated activity (such as the tasks of keeping and repairing the vehicle needed to perform work) and, even, the performance of work with no expectation of income in return (such as *Google reCaptcha*⁵³). As a result, the relationship between work activity and income, one of the pillars on which many social security schemes are built, is called into question. In this regard, there seems to be a reduction in the weight of income security, and even salary, as a key purpose of economic activities. It becomes more difficult to determine whether the activity performed has the underlying objective of generating income sufficient to ensure livelihood or if, instead, it focuses rather on a different (non-mercantile) objective. The question then is to what extent these forms of work can (still) be included in work-related social security schemes, an issue that we already addressed when referring to the blurring barrier between work and non-work above. Opting to include into social insurance schemes these unremunerated (and sometimes non-economic) activities (through, for example, social security contributions' exemptions, subsidies or in-work benefits) may, in turn, challenge the long-term financial sustainability of social security systems.

⁵² Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, article 51.

⁵³ reCaptcha is a service provided by Google to ensure that the person accessing a website is a human being (and not an algorithm), by requesting the user to do small tasks (e.g. recognise an image) that only humans are able to do. See further Google, *What is reCaptcha*, retrieved at www.google.com/recaptcha/intro/v3.html

3.5. Lack of a (stable) geographical location

Because of its online character, platform work is often independent of a fixed location. Some varieties of platform work (i.e. crowd work) allow for the performance of work at any location, while all of them, by enabling a relatively easy registration and access to work, allow platform workers a relative freedom on accessing work no matter the location (albeit depending, of course, on whether a platform is active in a certain area). This poses challenges, particularly for EU regulations governing the transnational coordination of social security laws, as it is primarily based on the idea that the physical place where the person is working determines, in the end, the member state competent for social security (the so-called 'lex loci laboris' principle)⁵⁴. Virtual work, in turn, makes long-distance work relations possible, where commissioner and workers are well connected online but remain geographically very distant from each other. It may thus be asked whether, for this kind of situations, the 'lex loci laboris' principle is still the best method for determining the applicable legislation to the person performing work. Taking into account the growing situations where virtual mobile workers will carry out at least part of their work away from home, it is very likely that there will be a growing number of cases where the geographical relation between self-employed persons, on the one hand, and the member states, on the other, will become more virtual and hence will further complicate the rules determining the territorial scope of application. Moreover, the issue is not only restricted to virtual work, as information technology (IT) tools enabling the performance work from almost any location with increasing ease are starting to be implemented in many different professions. As a result, the reality in which the EU rules were based, with an individual having a stable (and predictable) location from where he performs work, may no longer be the case.

⁵⁴ Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, article 11(3)(a).

3.6. Easier access to information

The sheer amount of information that online platforms have access to put them in a unique position. This is, of course, as much a challenge as an opportunity. For example, online platforms may act as facilitators for avoiding informal work. This potential has not gone unnoticed in France, where operators of online platforms are obliged to provide information to the tax authorities on the identity of its users, the income they generate through the platform and, even, the bank accounts they use to do so⁵⁵. Nevertheless, the role of the platform may be of use to social security systems in other ways than to avoid undeclared work. In this regard, they may overcome the traditional challenge of social security systems depending on the existence of fixed salaries and a hierarchical employee-employer relationship, features that are lacking in the case of self-employment. First, they may monitor platform workers' earnings when needed by social security schemes, for example by observing whether there has been a reduction on the level of earnings as a result of temporary incapacity. And, second, they may use collected data on the typical volume of orders to ensure a certain degree of foreseeability on the amount of income that platform workers may expect.

4. CONCLUSIONS

The discussion on the social protection of the self-employed seems to be as relevant now as it was 20 years ago, if not more. While self-employed workers are still unable to join some social security schemes in many countries, particularly those concerning unemployment, countries such as France have taken steps to expand such coverage. Moreover, there has been an impulse from the European Commission during the last years towards expanding social security protection to all persons performing work, no matter their employment status. There is thus hope that, in the near future, such disparity on social security coverage depending on legal status may continue to decrease.

⁵⁵ Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

Ensuring adequate protection to self-employed persons with low income, nevertheless, remains a challenge. It may be, in fact, the new main challenge for social protection for the self-employed, and one that is particularly relevant concerning platform work, due to its capacity to blur the barriers between what is considered work and what is not.

One approach taken by some countries is to exclude or exempt from compulsory social insurance those persons earning income from self-employment under a certain threshold. Nevertheless, minimum thresholds may not fit well with a reality of work in which income is no longer a reliable indicator of work performed, and in which earnings vary widely across time (something that is often beyond the platform worker's control, as he depends on the platform to offer him orders). Thus, it might be necessary to switch to more equivalence, with every euro earned from an activity creating an entitlement to social security benefits. The challenge is, however, how to treat

from a benefits' perspective those individuals who, due to their low earnings, contributed very little to the financing of the system. Providing them with high benefits may jeopardize the long-term financial sustainability of social security schemes. Providing them with low benefits, in turn, may result in the individuals having to resort to social assistance in the future, thus postponing the cost to the next generation.

We still stand behind the idea that it is possible to ensure the respect of social security principles concerning the social protection of self-employed workers, as long as there is an adaptation of the rules to the specific needs of this group. If anything, we believe that this idea is even more relevant concerning platform work: not only platform work may present some new challenges to social security schemes, but it may also allow for a better adaptation of social security schemes than traditional self-employment in some cases.

ABSTRACT In the last years, the question of how to organise the social protection of self-employed persons is back at the center of European and national social policy debates. One of the reasons for this is the appearance of new forms of work that diverge from traditional self-employment. This article addresses the challenges that these new varieties of self-employment are creating for the design of social protection systems. It first provides a general overview of the diversity of approaches towards social protection of self-employed persons across the European Union. The article then focuses on the situation of self-employed persons performing platform work, as a prime example of new forms of self-employment (arguably the most disruptive one). We analyse how the distinctive features of platform work challenge the traditional elements of social security systems, and how these challenges are being faced by several EU Member States. By doing so, we seek to highlight that, in some cases, the adaptation of social security schemes to the specific features of platform work may be necessary in order to ensure protection of an equal value to the one provided for all other professionally active persons.

Keywords: Platform work; self-employment; Social Security; challenges; flexibility.

RESUMEN En los últimos años, la cuestión de cómo organizar la protección social de los trabajadores por cuenta propia vuelve a estar en el punto de mira de las políticas sociales europeas y nacionales. Uno de los motivos es la aparición de nuevas formas de trabajo que difieren del empleo autónomo tradicional. En este artículo se analizan los retos que estas nuevas variedades de empleo por cuenta propia están generando en cuanto al diseño de los sistemas de protección social. En primer lugar, se presenta el panorama general de la diversidad de enfoques sobre protección social de los trabajadores autónomos en toda la Unión Europea. A continuación, se debate la situación de los trabajadores por cuenta propia en el trabajo de plataformas, como ejemplo principal de las nuevas formas de autoempleo (probablemente la más disruptiva). También analizamos cómo las características peculiares de las plataformas de trabajo representan un reto frente a los elementos tradicionales de los sistemas de seguridad social y cómo este reto ha sido abordado por varios Estados miembro de la UE. Nuestro objetivo es poner de relieve que en algunos casos puede ser necesario adaptar los regímenes de la seguridad social a las características propias de las plataformas de trabajo para asegurar el mismo tipo de protección que el que se ofrece a todos los demás profesionales en activo.

Palabras clave: Plataforma digital; trabajo por cuenta propia; Seguridad Social; retos; flexibilidad.

Formalising vulnerable self-employment under Social Security law: a case-study of Continental Welfare States systems

Formalización del trabajo autónomo vulnerable en el derecho de la Seguridad Social: Un estudio de sistemas de Estado de Bienestar continentales

ALEXANDRE DE LE COURT*

1. INTRODUCTION: VULNERABLE SELF-EMPLOYED PERSONS AND SOCIAL SECURITY

Two problems related to the definition or the classification of self-employed which are often cited are the rise of bogus self-employment and of the amount of economically dependent self-employed persons¹. The question of bogus self-employment is highly linked with the definition of the contract of employment and the problematic of its enforcement. The rise of economically dependent workers challenges more directly the systems of classification. Economic dependency has traditionally been considered as a consequence of personal or legal dependency, around which the notion of employee is constructed. However, changes in the structure of the economy and the world of work have shown that ever more genuinely self-employed persons are vulnerable, and working in a relationship which is different from an employment relationship, but in a situation of eco-

nomonic dependency from one or a few clients is an important factor of those vulnerabilities.

Some studies on the problems facing self-employed workers also refer to a more general category of “dependent self-employment”, including not only economically dependent persons, but also those self-employed who “receive instructions in terms of work time, place and content of the work”². However, this is not the position adopted in this article. This second criteria of definition comes close to the content of personal or legal dependence or subordination which is characteristic of the contract of employment³. This would bring the question within the realm of bogus self-employment, with the possible requalification of those dependent self-employed as employees. From that point of view, advocating the creation of a separate legal category on those grounds would tone down the possi-

* Profesor indefinido no fijo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Pompeu Fabra.

¹ Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2017; ILO, *Non-standard employment around the world, Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, 2016.

² BEHRENDT, C. and ANH NGUYEN, Q., “Innovative approaches for ensuring universal social protection for the future of work” ILO Future of Work Research Paper Series, nr. 1, International Labour Office, 2018, 21 and cited works.

³ On the frontiers between self-employment and subordinated employment, see PERULLI, A., “Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries”, in Giuseppe Casale (ed.) *The Employment relationship: a comparative overview*, ILO, 2011, 137-167.

bilities of that requalification, because of the centrifugal effect that the creation of intermediary categories can have⁴. Moreover, the main source of the vulnerability, and thus the need of specific protection, would be economic dependency, in those cases where the self-employed person is not able to distribute the risk of her activity between various clients, or, in other terms, on the market as a whole.

According to a 2017 European-wide study by EUROFOUND, 17 % of self-employed workers belonged to the 'vulnerable' cluster. This cluster includes economically dependent workers (55 % of them only work for one client and 48 % have difficulties to find new clients) and is characterised by high levels of precariousness (lowest earning quintiles) and an important level of involuntariness. Most of those self-employed have no employees of their own (76 %). The first two sectors in which vulnerable self-employed work are agriculture and domestic work⁵.

These vulnerabilities have also to be seen in the context of the applicable systems of social protection. And here, as the Eurofound study shows, the problems which economically dependent self-employed are facing are in some cases common to the problems of other groups of self-employed (above all those with limited or modest incomes), and find themselves in most cases enhanced by the peculiarities of the Social Security systems applicable to self-employed workers. There are challenges in terms of access to social protection, linked with the possible absence of statutory and compulsory insurance schemes or the costs of contributions, which are generally for the account of the self-employed person alone. There are also challenges related to the extent of the coverage, linked with the specificities of the schemes for self-employed, ge-

nerally not as encompassing as the schemes for employees or with lower benefits⁶, or with difficulties to build up rights throughout the whole career, above all in a context of restrictions to the access to retirement pensions⁷.

This article aims to explore those questions from the point of view of the adaptation of Social Security systems to those "new" forms of vulnerable self-employment. Comparing four country-cases, representing the Conservative Welfare-State and its Mediterranean derivative (following the classification by Esping-Andersen⁸ and Ferrera⁹) it analyses how self-employed are classified, not only in opposition to employees but also in different categories among themselves. It also explores the main features of social protection for those different groups and how they are structured around the different legal categories.

2. THE AUSTRIAN CASE: EXTENSION OF SOCIAL SECURITY FOR EMPLOYEES IN A COMPLEX LANDSCAPE

The Austrian case is interesting in that the formalisation of a "third category" between employed and self-employed is mainly done under the General Act on Social Insurance (ASVG). This category, called "free employees" (*freie Dienstnehmern*) is partially defined in section 4 of the Act and finds its origin in doctrine and jurisprudence as a contractual

⁶ An important feature to be noted is the problematic of paid maternity leave. Despite Directive 2010/14/EU extending that right to self-employed mothers, in a series of countries, duration or level of pay is lower than for employees, or is only voluntary. The impact on gender of the questions analysed here should not be discarded and is highly problematic, as shown by the fact that women are overrepresented in the category of "vulnerable self-employed"; see Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2017, 22.

⁷ Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2017, 47-51.

⁸ ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, 1990.

⁹ FERRERA, M., "The "Southern" Model of Welfare in Social Europe", *Journal of European Social Policy*, Vol. 6, nº 1, 1996, 17-37.

⁴ On the centrifugal dynamic of the creation of intermediary employment statuses, see J. LÓPEZ "Formalizing the Segmentation of Workers' Rights: Tensions among Regulatory Levels", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 36, nº 2, 2015, 281-292, or, in the Spanish context, J. López López (ed.), *Los Estatutos de los Trabajadores. Papel de la Norma y la Jurisprudencia en su Formulación*, Lex Nova, 2014.

⁵ Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2017, 24.

category distinct from the contract binding employees and employers (*Dienstnehmern*). However, from a Labour Law perspective, the binary divide between employees and self-employed persists: no statutory employment protection applies (with only a few exceptions) and the “free employees” are considered as self-employed. However, the formalisation of that category is done from the perspective of their inclusion in the Social Security regime for employees and through the recognition of the same Social Security rights. Even the definition of the contractual relation between service provider and the “employer-client” is not to be found in the Civil Code, which refers explicitly to the Social Security Act¹⁰.

According to § 4 ASVG, are included in the Social Security systems for employees those who provide services under a *freie Dienstvertrag* (a service contract) for an “employer” in the context of the employers’ activity, if they receive remuneration for that activity, provide the services essentially in person and do not have any own substantial means of production. Even if it gives the main elements of the category, the definition is not complete. The *freie Dienstvertrag* has been created by doctrine and jurisprudence as a contractual category between the two contractual forms provided in § 1151 of the General Civil Code (ABGB), the *Dienstvertrag* (employment contract, as “services” are provided without specification of their result) and *Werkvertrag* (service contract where it is the result or the product which is the object of the agreement)¹¹. As an intermediary category, the *freie Dienstvertrag* involves that the work or the services are provided to a principal without personal dependence from the latter¹². The main characteristics of that independence is the absence of directions from the employer in terms of working time, place and methods, the absence of control, the absence of integra-

tion within the business organisation of the principal¹³. On the other hand, even if the main feature of distinction from the “pure” self-employed is the continuous character of the obligation and the lack of characterisation of the obligation from the point of view of its result, it seems that the reference to the absence of own substantial means in the development of the activity contained in § 4 (4) ASVG (as well as the lack of ownership of the product of the work)¹⁴ shows that the rationale of the legal recognition of the category is the protection of situations of economic dependence, and allows to classify those persons as economically dependent workers.

It seems that the category was created at its origin with an exclusionary effect (waiving employment protection because of lack of personal dependency). However, since 1998, it has had an inclusionary effect with the extension of the Social Insurance of employees. As such, the “employer-client” pays the same amount of contributions as in the case of employees, and the “free employee” has access to health insurance and pension, accident, illness and unemployment benefits in the same conditions.

But this does not exhaust the categorisation of the different types of self-employed, at least from the perspective of social insurance. For example, the Act on Social Security for the Trade and Industry (*Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz*, GSVG) applies mainly to those self-employed who, because of their activity, are members (or partners of companies which are members) of the *Wirtschaftskammern* (Chambers of Commerce). Those self-employed are also said to be bound with their clients with a *Werkvertrag mit Gewerberichtung* (“work contract with business or trade licence”¹⁵)¹⁶. It also applies to the “free

¹⁰ See § 1164a ABGB on the written document to be drawn between the parties.

¹¹ The *Dienstvertrag* and the *freie Dienstvertrag* involve a “continuous obligation” (*Dauerschuldverhältnis*) while the *Werkvertrag* is based on a “obligation to a result” (*Zielschuldverhältnis*), which ends with the attainment of the agreed aim.

¹² WATZINGER, S., *Der freie Dienstvertrag im Arbeits- und Sozialrecht*, Linde, 2016, 2.

¹³ STRASSER, R., “Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag. Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit”, *Recht der Arbeit*, vol. 42, n° 2, 93-104, 95.

¹⁴ STELZIG, N., *Flexicurity of self-employed persons? A comparison between Austria and the Netherlands*, Tilburg University, 2009, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=121780>

¹⁵ The “work” contract in Austrian law refers to the more general acceptance of “service contract”, see footnote 11.

¹⁶ KIRISITS, M., “Atypische Beschäftigung. Auf der Suche nach den Grenzen zwischen Missbrauch und gewünschter

employees” who carry out those activities, involving their exclusion from the Social Insurance regime of employees¹⁷. The GSVG provides for obligatory social insurance covering pensions and health insurance, subject to minimum income thresholds¹⁸.

But there is also the Act on Social Insurance for Liberal Professions¹⁹ (*Freiberufliches Sozialversicherungsgesetz*, FSVG), which applies to some specific professional categories of self-employed, mainly doctors, pharmacists, civil engineers and patent lawyers. The Act provides for the application of the same regulation on pensions as “self-employed with business license”. However, health insurance is generally not included, as the corresponding professional organisations have opted out of the compulsory scheme, and provide own insurance or several insurance options for their members. Also, self-employed persons working in the agricultural sector have their own regime of compulsory insurance (accidents, sickness and pensions), regulated by the *Bauern-Sozialversicherungsgesetz* (BSVG).

The perspective of social insurance also shows another category of self-employed, which are referred to as the “new self-employed” (*neue Selbständigen*). Even if the law does not explicitly use that term, it applies to a residual category of self-employed under the GSVG. The two positive elements of the definition of the category are: (i) autonomous (self-employed) workers (an element which does not appear in the definition of the other persons included in the GSVG, which is only based on the membership of a *Wirtschaftskammer*); (ii) who earn, through a business activity, income from autonomous (self-employed) work as defined by tax law (§ 22 and 23 EStG 1988). The negative element of the definition is that their activity does not already involve inclusion in compulsory social

insurance under the GSVG (they are thus self-employed workers without business license) or another social insurance law. Even if they are defined as a different category, since 1998 they are insured under the same conditions as the self-employed covered by the GSVG, from the moment they earn an income equal to a minimum threshold (*Versicherungsgrenze*)²⁰.

In summary, it could thus be said that the different categories of self-employed are defined under the perspective of Social Security regulation rather than under Labour Law, which would define self-employment only negatively under the criteria of non-dependent, non-subordinated work. However, even then, one could not state without doubt that “free employees” are to be considered as self-employed. Even if Labour Law protection (employment protection and collective bargaining rights) does not apply, the vocabulary used (*Dienstvertrag, Dienstgeber, Entgelt*) is common to both categories, and they could be said to be considered as employees from the point of view of social insurance. This is an indication of the absence of the clear-cut distinction between self-employed and employees which is sometimes taken as granted, and which should not only be analysed from the point of view of Labour Law in the strict sense. Also, even if Labour Law could be said to contain only a negative definition of the self-employed through the category of employee, the positive definition of those non-employees and their different categories are mainly to be found in Social Security Law, with some references to Tax Law. “Classic” self-employed are defined on the basis of their administrative or trade law obligation to have a business license and be registered with a *Wirtschaftskammer*. Some “liberal professionals” are defined under a different law from their inclusion in a professional category (under administrative law). The exercise of the professions belonging to those two former categories even thwarts the consideration of “free employees” as employees for Social Security purposes. Thus, only free employees belonging to the “neue selbständige” could be considered as included in the Social Insurance system of emplo-

sowie sozialpolitisch vertretbarer Flexibilität”, *Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 29, n° 1, 2003.

¹⁷ § 4 Abs. 4 Z 2 a) ASVG.

¹⁸ For 2019, a yearly turnover of 30.000 € and a yearly income of 5.361 €; not applicable to partners of a company with business license.

¹⁹ Sometimes also referred to as “freelancers”.

²⁰ § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG.

yees. Finally, new self-employed are defined from their exclusion from the employee, free employee, liberal professional and “classic” self-employed status, as a residual category, with specific thresholds for their inclusion in social insurance, excluding thus low-earners.

3. THE GERMAN CASE: FRAGMENTATION, VOLUNTARINESS AND PARTIAL OBLIGATORY INCLUSION FOR SOME AS A RESPONSE

The German legal system also provides for an intermediary category between employees and self-employed, the employee-like person (*Arbeitnehmerähnliche person*), combining personal independence with economic dependence. The criteria of economic dependence is defined more clearly than in the Austrian case, through the reference to the fact that they have to predominantly work for one person and receive a decisive part of their remuneration from that person²¹. Interestingly, § 12a (1) of the Act on Collective Agreements (*Tarifvertragsgesetz*, TVG), which legally defines the category, also adds as criteria a “need for social protection (*soziale Schutzbedürftigkeit*) comparable to employees”. This need for social protection is also an indicator of personal dependence for the categorisation of a work relationship as employment²². This might introduce some confusion, as the same criterion is used to distinguish between employees and self-employed, to which “employee-like persons” belong. In application of § 12a (1) TVG (and thus, in principle, only in the context of the application of that Act)²³, the jurispru-

dence has provided that there is a need for social protection when according to general standards, the degree of dependency is such as generally found only in an employment relationship, and the services rendered are similar in their social aspects to those of an employee²⁴. For this, the central point of analysis seems to be whether an employee-like person, when taking into account all her income, has the comparable need typical to an employee to use his labour force to safeguard his economic well-being²⁵. Those definitions point towards the fact that the “need for social protection” is to be seen above all as a concept translating economic dependence.

Even if the status of “employee-like person” is based (among other criteria) on their need for social protection, its recognition only involves their inclusion in collective bargaining agreements, safety-at-work regulations, anti-discrimination laws and the Act on annual paid leave²⁶, as well as access to labour courts²⁷. There is no special social security protection linked to that category, even if some economically dependent self-employed can enjoy better social security protection under another status, described hereunder.

In Germany, social insurance is not generally compulsory for self-employed, with the exception of health insurance (which does however not include income substitution benefits in case of invalidity or even maternity leave). Given that private pension funds are costly, an important part of self-employed persons are unwilling or unable to insure themselves²⁸. This leads to problems of old-age

²¹ WAAS, B., “The position of workers in the collaborative economy – A view on EU law”, in Tania Bazzani and Reinhard Singer (eds.) *European Employment Policies: Current Challenges*, Humboldt-Universität zu Berlin, 2017, 97–117, 113.

²² PERULLI, A., “Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries”, in Giuseppe Casale (ed.) *The Employment relationship: a comparative overview*, ILO, 2011, 137–167, 158.

²³ WANK, R. “Abschied von Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sie ihm Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?”, RdA, 2010, 193–208, 204.

²⁴ *Bundesarbeitsgericht*, judgment of 2.10.1990 (4 AZR 106/90) where the Court refused to recognise the need for social protection to a worker who decided himself about the scope and the course of his work assignment, earned 280.000 DEM (143.000 €) a year and was the beneficiary of a civil servant’s and occupational disability pension.

²⁵ *Bundesarbeitsgericht*, judgment of 21 June 2011 (9 AZR 820/09), point 34.

²⁶ WAAS, B., “The position of workers in the collaborative economy – A view on EU law”, in Tania Bazzani and Reinhard Singer (eds.) *European Employment Policies: Current Challenges*, Humboldt-Universität zu Berlin, 2017, 97–117, 115.

²⁷ § 5 *Arbeitsgerichtsgesetz*.

²⁸ BORGHI, P., MORI, A. and SEMENZA, R., “Self-employed professionals in the European labour market. A comparison

poverty or segmentation in old-age income. For example, in 2016, 3,7 % of retired self-employed were social assistance recipients, double the figure among retired employees. Also, more than half of the retired self-employed had an income of less than 1000 € per month, while it was only the case of a third of retired employees²⁹.

However, § 2 *Sozialgestezbuch VI* (Statutory Pension Insurance) includes within its scope, and thus compulsory pensions insurance (old-age and disability) certain categories of self-employed (*Selbständig Tätige*), defined by professions³⁰. Some liberal professions with compulsory registration with a professional association (lawyers, doctors, architects,...) are insured for old age and disability through specific professional funds regulated by the *Länder*. Also, artists and publicists have their own, more exhaustive and generous social insurance system regulated by the *Künstlersozialversicherungsgesetz*. From the 4,1 million self-employed of 2016 (of which around 2,3 million are self-employed without employees), around 800.000 were included in social insurance for liberal professions, 300.000 included in the compulsory pension insurance (of which 177.000 under the *Künstlersozialversicherungsgesetz*), and 232.000 persons were voluntarily insured under the statutory system (not all being self-employed)³¹. Finally, self-employed persons active in the agricultural sector have their own sys-

tem of social insurance (*Landwirtschaftliche Sozialversicherung*) which includes compulsory pension insurance and health insurance (no income-substituting benefits).

In application of § 2 *Sozialgestezbuch VI* compulsory pension insurance also applies to “persons who in relation with their independent activity do not regularly employ workers included in compulsory social insurance and who provide their services essentially for one client”. This category of self-employed does not correspond to the category of employee-like person, as the definitions are not the same (it seems to be generally considered that around 5/6th of the income has to come from the same client)³², even if there can be important overlap. Those included in that category are generally referred to as “employee-like self-employed” rather than “employee-like persons”, and were included in compulsory pension insurance through the 1998 “*Korrekturgesetz*”. The latter Act also introduced a presumption of bogus self-employment (with consequent inclusion in the pension insurance regime of employees) when two of the four following criteria were fulfilled: absence of own employees, provision of services essentially for one client (both criteria for “employee-like self-employed” as well), provision of services which are typically provided by employees, absence of participation in the market through one’s own business. Following strong opposition, that part of the act was amended one year later, the two last criteria were substituted by three others, and a presumption could still be formed by the fulfilment of three criteria. This new act “for the development of self-employment” seems to have had as consequence that the legal arsenal to combat bogus self-employment became inconsistent and difficult to implement by the administration³³.

Contrary to Austria, the concept of new self-employed (*neue Selbständigen*) has no legal significance and is used mainly in so-

between Italy, Germany and the UK”, *Transfer*, vol. 24, n° 4, 2018, 405-419, 412.

²⁹ Bundesministerium für Arbeit, Ergänzender Bericht der Bundesregierung zum Rentenversicherungsbericht 2016 gemäß § 154 Abs. 2 SGB VI (Alterssicherungsbericht 2016), 8, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Pressmitteilungen/2016/alterssicherungsbericht-2016.pdf?jsessionid=735E133E9C50AE0F2BD58FOA1CF30B1E?__blob=publicationFile&v=3 [consulted on 24/07/2019].

³⁰ Teachers, educators, nurses, childcare workers, midwives, marine pilots, artists and publicists, coastal skippers, fishermen, craftsmen registered with a *Wirtschaftskammer* and thus fulfil the register’s requirement; also, there is an exemption from compulsory insurance in case of an income lower than 450 € per month.

³¹ Statistik der Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zahlen 2018, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistiken-und-Berichte/statistikpublikationen/rv_in_zahlen_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [consulted on 24/07/2019].

³² *Landessozialgericht Sachsen*, Judgment of 21 January 2014 (L 5 R 712/11).

³³ SCHULZE BUSCHOF, K. “Selbstständige Erwerbsarbeit und soziales Risikomanagement – ein deutsch-britischer Vergleich”, *Zeitschrift für Sozialreform*, Vol. 52, nr. 4, 2006, 521-546, 535.

cial sciences³⁴. However it also refers above all to those self-employed (generally without employees) who do not belong to the classic trading, crafting and liberal professions integrated in professional corporatist structures, like the *Wirtschaftskammern*³⁵.

4. THE FRENCH CASE: PERSISTENCE OF THE “BINARY DIVIDE”

From a comparative Labour Law perspective, the French case might surprise because article L8221-6-1 of the Labour Code institutes a presumption of status of self-employed if the working conditions are defined exclusively by the worker or in the contract with the client, while article L8221-6 of the same Code provides for a presumption of absence of contract of employment for persons included in professional registers (trade register, company register, register of [independent] professions, register of sales representatives,...). However, it does not seem that those presumptions have altered or limited the powers of the judge to requalify the work relationship into a contract of employment³⁶. Also, despite the absence of a “third category” between self-employed and employee status, according to EUROFOUND, France has a lower percentage of “concealed” self-employment (i.e. self-employed persons whose working conditions most strongly resembles those of employees) than Germany or Austria³⁷. This could be seen as suggesting a lower share of bogus self-employment than in those other cases.

From the point of view of Social Security, the perspective might seem different at a first glance. There, for self-employed workers, the

membership of a group of professions is the basis of the inclusion in the Social Security regime for self-employed³⁸. The inclusion in the group is formalised through inscription in an administrative register for each group (or membership of a professional association). The four recognised groups of professions are industrials (manufacturers), tradesmen (businesses), craftsmen (artisans) and liberal professions as a residual category, itself divided in different professional categories (doctors, veterinaries, lawyers, etc.).

As in the German and Austrian cases, the membership of a profession through inclusion in a register is one of the elements of application of one of the Social Security regimes of self-employed. Besides that, the application of a positive definition of self-employment is requested for the Social Security administration as well or the Courts to recognise inclusion. In this, the *Cour de Cassation* uses the method of the *faiseaux d'indices* (bundle of evidence) which it uses as well to distinguish an employment contract from other work relationships (mainly the relationship between a self-employed and a client). The criteria of the definition are the (i) effective exercise (ii) of a professional activity³⁹, (iii) involving inclusion in a self-employed social security regime⁴⁰. In the context of that operation, the membership of one of the groups of professions of article L8221-6 of the Labour Code (corresponding to the groups of self-employment professions of the Social Security Code) can activate the presumption of self-employment, together with the presumption of article L8221-6-1⁴¹.

Also, membership of one or the other group of professions is still important due to the presence of differentiated professional regimes of social insurance for self-employed. Despite a drive towards unification,

³⁴ VANSELOW, A., “Neue Selbständige in der Informationsgesellschaft”, *Graue Reihe des Instituts Arbeit und Technik*, No. 2003-06, 17.

³⁵ SCHULZE BUSCHOFF, K., “Neue Selbständige” und soziale Sicherheit –Ein europäischer Vergleich”, *WSI Mitteilungen* 7/2007, 387-393, 390.

³⁶ PASQUIER, T., “Sens et limites de la qualification du contrat de travail. De l’arrêt FORMACAD aux travailleurs ubérisés”, *Revue de Droit du Travail*, n° 2, 2017, 95-109, 98-99.

³⁷ Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2017, 25

³⁸ CHAUCHARD, J.P. “Ou’est-ce qu’un travailleur indépendant”, *Droit Social*, n° 11, 2016, 947-956, 952.

³⁹ Activity exercised by contract with another person mainly to provide for one’s means of existence.

⁴⁰ CHAUCHARD, J.P., “Ou’est-ce qu’un travailleur indépendant”, *Droit Social*, n° 11, 2016, 947-956, 950.

⁴¹ CHAUCHARD, J.P., “Ou’est-ce qu’un travailleur indépendant”, *Droit Social*, n° 11, 2016, 947-956.

with the merger of different professional regimes, and, more recently above all in terms of governance (all regimes, except some liberal professions, are in process of integration in the General Regime covering all workers), inclusion in one or the other professional regime still can involve differences in terms of protection⁴². The system is still quite complex, but could be superficially summarised as follows⁴³. Health care is common to all self-employed (and to employees). On the other hand, sickness benefits are only paid to craftsmen and traders. In that aspect, liberal professions are not included in the regime of self-employed. However, liberal professions are not even a homogeneous group, as different professions have their own different funds with their own rules, so that some are paid sickness benefits after a certain period. Protection in case of permanent incapacity is totally atomised, with difference between all professional categories, as well as between different liberal professions. Concerning retirement pensions, there is a different regime for tradesmen and craftsmen on the one hand, and for the liberal professions on the other, with again the existence of different funds among the latter. Finally, self-employed workers are not included in compulsory insurance for industrial accidents, and there is no system of protection which might be compared with unemployment insurance.

Also, it is important to mention that the same reform of 2018 integrating the social security regime of self-employed within the general regime, reorganised the category of liberal professions. Only members of “regulated” liberal professions would continue to remain in the latter category and its specificities in terms of social insurance. Those professions are mentioned specifically in the Social Security Code (art. L640-1)⁴⁴. The others

would be integrated within the general regime of self-employed, together with craftsmen and tradesmen, with the exception of those already registered with the fund for liberal professions (CIPAV) who would have the option to remain in their existing regime. Before the reform, those “unregulated” liberal professions were considered to be a residual category of self-employed, included in the liberal professions category rather than tradesmen and craftsmen. As such, they could correspond, *mutatis mutandis*, to the concept of *neue Selbständige* in Germany or Austria.

One should also mention the category of auto-entrepreneur (or micro-entreprise). Introduced in 2008 as a measure to develop individual entrepreneurship, it involves a simplified tax and social contribution regime under the condition of a limitation of the activity through the application of earnings thresholds. It was intended to be a particular status of self-employed, and that was expressed through its inclusion as a separate category among the presumption of absence of contract of employment of article L8226 of the Labour Code. However, it has been deconstructed as a special category, through legislative reform in 2014 requesting those auto-entrepreneurs to register as craftsmen, tradesmen or liberal professionals, entering thus in those professional categories for question of social insurance, and suppressing the category in itself as a presumption. Jurisprudence also participated to that movement, through application of the general standards of requalification of the work relation in an employment contract⁴⁵.

5. THE SPANISH CASE: AN INTEGRATED SOCIAL SECURITY REGIME FOR SELF-EMPLOYED

While originally, self-employed workers were defined through the inclusion in the Special Social Security Regime for Autono-

differentiated social protection regime), architects and construction-related professions, ski teachers and mountain guides.

⁴⁵ PASQUIER, T., “Sens et limites de la qualification du contrat de travail De l’arrêt FORMACAD aux travailleurs «ubérisés»”, *Revue de Droit du Travail*, n° 2, 2017, 95-109, 98.

⁴² DIRINGER, J., “L’avenir du droit de la protection sociale dans un monde uberisé”, *Revue française des affaires sociales*, 2018, n° 2, 33-50; MARIÉ, R., “La rôle de la profession dans la mise en oeuvre de la norme en droit de la sécurité sociale”, *Droit Social*, n° 2, 2016, 126-130.

⁴³ Haut Conseil du financement de la protection sociale, *La protection sociale des non salariés et son financement*. Report to the prime minister, 2016, 82 and following.

⁴⁴ Mainly medical professions, professions related to the justice system (except lawyers, which have their own,

mous Workers (containing thus a definition of the latter only to the effects of their inclusion in a special Social Insurance Regime), 2007 saw the creation of a “Code of the Autonomous Worker” regulating the employment and social security regime of self-employed and basing itself on the existing Social Security. Thus, according to article 1 of Law 20/2007, an “autonomous worker” is a person who realizes an economic or professional activity for profit, in a habitual, personal and direct manner, for her own account and without being subject to the direction and organisation of another person. The law also enumerates a series of work relationships which are to be considered as exercised under the form of self-employment.

Article 305 of the General Social Security Act, on the Special Regime for Autonomous Workers, contains the same definition of self-employed worker. Also, to avoid doubts which have arisen in the past, the article contains a list of work relations or professions which are to be considered as included in its scope of application⁴⁶. On the other hand, despite the general drive towards unification of the different regimes of social insurance for self-employed, the 18th additional provision to the Act regulates a system of optional inclusion for those self-employed whose activity requires membership of a (liberal) professional association that has not been included in the regime yet (lawyers, for example). Those having started their activity after 1995 can opt out of the self-employed regime to affiliate themselves with the mutuality of their profession, if applicable, and those having started their activity before 1995 can refuse to be included in the system without having to opt for any alternative.

One of the self-employment relationships expressly included in the scope of both the Code and the General Act on Social Security (even if that express inclusion can be considered superfluous, as it corresponds to the definition of self-employment) is that of the economically dependent autonomous worker (referred to with the acronym TRADE in common language). That “third category”

between classic self-employment and employment has been instituted by the same law of 2007 (articles 11 and following) and comprises self-employed workers (excluding thus subordinated workers), in principle without employees at their service, and which receive at least 75 % of their income from one client. To emphasise the distinction with employees, they are required to possess their own means of production, develop their activity according to their own criteria of organisation and receive a remuneration which depends on the results of their activity. Those latter three criteria can be explained by their correspondence with the elements used by jurisprudence to distinguish employee relationship from other work relations (integration in the organisational structure of the employer, means of production owned by employer and fixed remuneration independent from the results of the activity).

But the particularity of the Spanish category of economically dependent self-employed resides in the fact that the conditions to be fulfilled are not only of a material character. According to article 12 of the Law, the circumstance of being economically dependent has to be made explicit in the written contract between the parties. The Supreme Court has deduced from that provision that without that formal requirement, the status of economically dependent self-employed cannot be recognised⁴⁷. Therefore, a new article 11a was introduced in the law, providing for the possibility of the worker to go to the Court for the recognition of her condition in case of refusal of the client to sign the contract (without, however, that the judgment can have retroactive effect)⁴⁸.

The status of economically dependent self-employed person involves the recognition

⁴⁷ *Tribunal Supremo*, judgment of 11.07.2011 (case 3956/2010).

⁴⁸ This formalism is one of the factors why in 2016, around 10.500 self-employed were registered as TRADE, while around 250.000 could materially be considered as such (GONZÁLEZ GAGO, E., “Case study – gaps in access to social protection foreconomically dependent self-employed in Spain”, Report for the European Commission, 2018, 20, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8070> [consulted on 23/07/2019]).

⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, 12th edition, 2016, 583-584

of several rights that can be claimed from the client, like the limitation of working time and, (non-paid) holidays, the right to interruption of the activity in some cases (maternity,...), without that the client would be allowed to extinguish the contract on those grounds, specified causes for termination or a limited right to collective bargaining. Those rights are defined autonomously in the Code on Autonomous Workers, and do not refer to labour law provisions. Therefore, they should not be seen as an extension of labour law provisions, but rather as protections mirroring specific institutions of employee protection and adapting them to the self-employment characteristics of the relationship between the worker and her main client.

In terms of social insurance protection, the status of economically dependent self-employed does not introduce any difference with the rest of the self-employed. This situation is however quite recent. Before Royal-Decree Law 28/2018 of 28 December, protection in case of industrial accidents was compulsory for the economically dependent self-employed, but optional for the rest of self-employed. The same applied to insurance in case of termination of the activity. Since 2019, all social insurance schemes of self-employed are compulsory and apply to all self-employed workers.

There is a right to benefits in case of retirement, illness (health care and income replacing benefits), maternity and paternity leave, industrial accidents, permanent invalidity and termination of the activity. Except for the particular system of termination of activity, which is a *sui generis* unemployment protection system, conditions and calculation of benefits do not vary substantially from those applied in the regime applicable to employees, even if more restrictive interpretation seem to apply and no compensation system exists for the calculation of pension rights in case of career interruptions⁴⁹. But the peculiarity of the system resides in the control that is given to the self-employed of the financial basis on which contribu-

tions are calculated, with the possibility to contribute for the minimum basis. This has of course as consequence that an important part of self-employed pay contributions that would only give rights to minimum benefits, with a consequent problem of sufficiency of the protection⁵⁰. For example, while the medium monthly retirement pension of an employee amounted to 983 € in January 2019, those workers include in the Special Regime for Autonomous Workers received a medium pension of 681 €⁵¹.

Despite those problems of sufficiency, one could say that the Spanish system of formalisation of self-employment by Social Security law is in an advanced state of integration. It also provides for portability of some rights from one system to another, like in case of pensions. Not only are their few different statuses from the point of view of the protection or inclusion, but protection can be said to run parallel to that of employees, with, however, the persistence of optional elements (above all, the choice of level of contribution) which introduce important disparities in the level of protection. On the other hand, one could say that the recognition of a status of economically dependent worker has important rigidities due to its formalism, for which it lacks effectiveness in attaining its goals, and does not involve enhanced social protection compared with other self-employed.

⁵⁰ In 2017, around 86,3 % of self-employed only paid minimum contributions; see Secretaría de Estado de Empleo, Subdirección General del trabajo Autónomo, "Trabajadores autónomos. Personas físicas. En alta en la Seguridad Social", Publicación estadística, 3, http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2017/4trim/Publicacion_diciembre_2017.pdf [consulted on 23/07/2019] From the point of view of the financing of the system, a problem often cited is the fact that in application of employment policies, an important part of self-employed (above all those starting their activity) have to pay only reduced contributions. Also, a recurring complaint of self-employed is that minimum contribution are quite high, for which a more progressive system of calculation is advocated.

⁵¹ Tabla "Pensiones e importe medio, según régimen", Pensiones Contributivas a la Seguridad Social, Estadísticas del Ministerio del Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, <http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/bel/PEN/index.htm> [consulted on 23/07/2019].

⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, 12th edition, 2016, 588.

6. THE INSUFFICIENT RESPONSE OF SOCIAL SECURITY SYSTEMS

The analysis confirms previous studies which point towards segmentation persisting in the social protection systems for self-employed of Conservative Welfare States, with an important fragmentation between regulated and unregulated professions, and better protection (and involvement of professional bodies) in the former, but a growing number of “new self-employed” in the latter⁵². This shows the influence of corporatism or at least of the structure of part of the economy in professional interest groups, on the segmentation between self-employed, as membership of professional groups intervenes as a strong element of classification, above all in the Austrian and the German systems. However, this can be observed with lesser intensity in France⁵³, and above all in Spain, which could be seen as more advanced in the process of unification of social insurance for self-employed, involving lesser importance of the professional classification in the definition of the status of self-employed person.

In the systems where professional structures have a spill-over effect in social insurance, most likely because of mechanisms of path-dependency, the most affected are self-employed persons in activities that were born and grew outside of those structures, as they find themselves generally in a situation of exclusion or lesser protection, compared with classic self-employed. This points thus towards professional segmentation between self-employed workers, with exclusionary effects of the formalisation of Social Security protection. This can potentially enhance the effects of the reduction of market-related risks that corporatist or, at least, established professional interest-defending structures might provide to their members. Therefore, advances in terms

of integration of the systems and extension of coverage and reduction of voluntariness (combined with cost-reducing policies for the most financially precarious) should be welcomed as a possible solution.

But do the different formalisations of different types of vulnerable self-employed persons through Social Security, and above all economically dependent self-employed, respond to the challenges which self-employed are facing?

Concerning economically dependent self-employed, in the systems which have formalised that category, economic dependency from one main client is a core element of the definition (even if more indirectly in the Austrian case, where the definition is more based on the type of contractual relationship, and where that dependency would express itself mainly through the lack of own means of production dedicated to the activity). In Spain, also, the necessity of a formal recognition of that status by the main client could be seen as an oddity and an important factor of the lack of effectiveness of the category as formalisation of protection. Also, another important common requirement is the absence of own employees, even if exceptions are admitted. On the other hand, similarities stop there, as the protection which goes with the recognition of the status cannot be more diverse between the cases.

The Austrian system formalises economically dependent self-employed to grant them the same social insurance rights as employees (which could be considered as a “strong” way of taking into account their vulnerabilities and also share the costs of the protection between the self-employed person and her “client-employer”), even if, however, economically dependent self-employed belonging to “classic” self-employment professions would not be considered, and would have to be insured under self-employment schemes (with among other consequences, higher contribution costs for the worker).

The different classification of economically dependent self-employed in the German case, one for labour law protection, and another (more restrictive) for inclusion in com-

⁵² BORGHI, P., MORI, A. and SEMENZA, R., “Self-employed professionals in the European labour market. A comparison between Italy, Germany and the UK”, *Transfer*, vol. 24, n° 4, 2018, 405-419, 416.

⁵³ Where, at first, some degree of liberalisation was conceded to the “auto-entrepreneurs” before introducing the need, if applicable, to register with the corresponding professional bodies.

pulsory pension insurance (and only pension insurance) does not help to clarify the picture. However, in terms of protection, the inclusion in the compulsory insurance scheme addresses the problems associated with voluntary insurance, which generally result in a lack of protection for the more vulnerable workers⁵⁴. On the other hand, it does not solve the problem of the costs of insurance, which is the responsibility of the self-employed alone. Also, the obligation to be insured only extends to the pension scheme (retirement and disability), while sickness benefits, unemployment insurance, or risks related to care needs (maternity, etc.) can only be obtained through voluntary insurance, at higher costs than compulsory insurance.

The French system does not recognise economically self-employed as a separate legal category, and the recognition of facilities in the payment of social contributions to micro-entrepreneurs only respond to a labour market policy favouring the creation of auto-employment. In the Spanish system, the category of economically dependent self-employed, besides being ineffective, is not relevant any more in terms of

Social Security protection, given the integration and streamlining of the Social Security Regime for self-employed. Therefore, while responding perfectly to the question of coverage, it does not address the other problematic elements, like costs of insurance for the workers and lower levels of protection than employees.

It seems thus that, as a whole, Social Security systems in the studied Continental Welfare States are not satisfactorily adapted to the challenges which the most vulnerable self-employed workers face. And when economically dependent self-employment is taken into account in the formalisation of the protection, it generally only solves to a certain extent the problems of coverage, however leaving the economically dependent self-employed without specific protection against the difficulties created by the fragmentation, gaps and low levels of protection of the Social Security regimes of self-employed. Will a European Council Recommendation on the access of all workers to social protection, including self-employed persons⁵⁵, be sufficient to bring more change in that fragmented, gap-filled landscape?

⁵⁴ BEHRENDT, C. and ANH NGUYEN, Q., "Innovative approaches for ensuring universal social protection for the future of work" *ILO Future of Work Research Paper Series*, nr. 1, International Labour Office, 2018, 18.

⁵⁵ See European Commission, Proposal for a COUNCIL RECOMMENDATION on access to social protection for workers and the self-employed, COM/2018/0132 final - 2018/059.

ABSTRACT An important number of self-employed persons, the half of which are economically dependent workers, present vulnerabilities like high levels of precariousness and involuntariness. The challenges they face are in most cases enhanced by the peculiarities of the Social Security systems applicable to self-employed workers, creating problems of access, coverage and contribution to social insurance schemes. The article aims to explore those issues from the point of view of the adaptation of Social Security systems to different forms of vulnerable self-employment, and above all economically dependent workers. Comparing four country-cases, representing the Conservative Welfare-State and its Mediterranean derivative, it analyses how self-employed are classified, not only in opposition to employees but also in different categories among themselves. It also explores the main features of social protection for those different groups and how they are structured around the different legal categories.

Keywords: Categories of self-employed; Social Security; economic dependency; Continental Welfare States.

RESUMEN Un gran número de trabajadores por cuenta propia, la mitad de los cuales son trabajadores económicamente dependientes, pueden ser considerados como trabajadores vulnerables, ya que presentan un alto riesgo de precariedad e involuntariedad. Los retos a los que se enfrentan están, en la mayoría de los casos, exacerbados por las peculiaridades de los sistemas de seguridad social que se aplican a los trabajadores por cuenta propia y que crean problemas de acceso, cobertura y aportaciones a dichos sistemas. Este artículo tiene como objetivo explorar estos problemas desde el punto de vista de la adaptación de los sistemas de seguridad social a las distintas formas de trabajo autónomo vulnerable y, ante todo, a los trabajadores económicamente dependientes. Se comparan cuatro países, que representan el modelo de Estado de Bienestar conservador y su variante mediterránea, mediante el análisis de cómo se clasifica a los trabajadores autónomos, no solo en contraposición a los trabajadores por cuenta ajena, sino también en cuanto a las distintas categorías dentro de su propio colectivo. Finalmente, se analizan las principales características de protección social para dichos grupos y cómo se estructuran en torno a las diferentes categorías legales.

Palabras clave: Categorías de trabajadores por cuenta propia; Seguridad Social; dependencia económica; modelo de Estado de Bienestar Continental.

Eroding dualisation: the slow advancement of social protection for self-employed workers in Portugal

El debilitamiento de la dualización: La lenta mejora de la protección social para trabajadores autónomos en Portugal

RUI BRANCO*
DANIEL CARDOSO**

Self-employed workers in Portugal, as elsewhere in Europe, have historically been in a position of lower social protection relative to workers with a job contract. This issue is particularly acute in Portugal given the historical segmentation of the country's labour market. Due to both weak employment and social protections, self-employed find themselves in a compounded situation of heightened economic vulnerability, which worsens whenever an acute crisis breaks out, with prolonged economic recession and historical levels of unemployment – as was the case in Portugal from 2010 to 2014. In recent years there has been an effort in Portugal to bridge these gaps and reduce the vulnerability of self-employed workers. For this reason, the difference between the self-employed and employees, notably as regards social protection, has been slowly eroding. The traditional dualisation persists, but has been narrowed.

Here, we analyse this long path towards convergence in terms of social protection between self-employed and employees in Portugal, in line with a general trend in the European Union (EU), and examine the gaps that still exist. We focus on the period when most of the expansionary changes in terms of social protection for

self-employed workers took place, that is, since 2010, which can be divided between a crisis period under center-right government until the end of 2014, and a post-crisis period under centre-left rule from 2015 onwards.

The article is organised as follows. In the first two sections we provide historical, policy and legal context. We start by providing a picture of the Portuguese labour market with a particular focus on the evolution of self-employment, drawing out salient protection gaps. Next, we analyse the legal and contributory regimes of self-employed workers in Portugal with an eye towards inequalities relative to salaried workers. In the third section, we provide an in-depth look at the social protection for the self-employed in Portugal, both over time and in a comparative European perspective. We close the paper by reiterating our main findings and raising some important topics for discussion.

1. CONTEXT: SELF-EMPLOYMENT IN THE PORTUGUESE LABOUR MARKET

Portugal is one of the countries in the European Union (EU) with the highest share of atypical forms of employment, those in which the worker is not in a permanent work contract. These include, among others, self-employment,

* Political Studies Department, NOVA Univeristy, Lisbon.

** IPRI-NOVA University, Lisbon

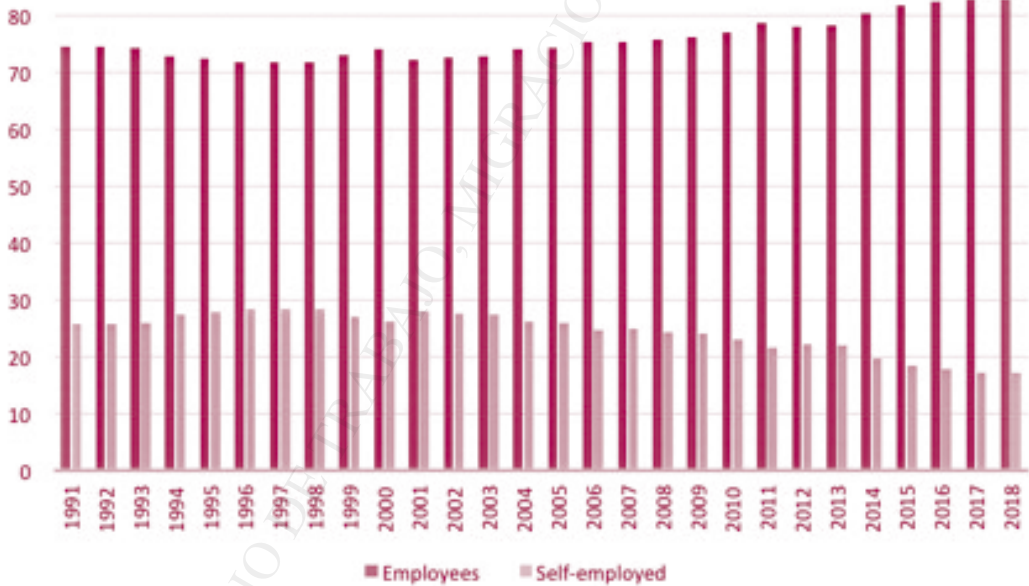
temporary contracts and part-time work. According to the International Labour Organization (ILO) (2018), 17 per cent of the Portuguese workforce is in some form of self-employment (employers, own account worker and contributing family workers), which puts Portugal among the EU countries with the highest share of self-employment. Besides self-employment, temporary contracts represent also an important share of atypical work in Portugal: more than 20 per cent of employees are currently in fixed-term contracts, a proportion significantly above EU28 average (Eurostat 2018).

This make-up of Portuguese labour market has a long history (Cardoso & Branco 2018). Unable to lower employment protection for wor-

kers in permanent contracts, Portuguese authorities liberalised the use of fixed-term contracts and allowed the replacement of self-employment for standard employment (Glatzer 2012). The goal was to institutionalise a trade-off between labour and capital in which employment protection would answer workers' demands while temporary contracts and self-employment would satisfy the flexibilising demands of companies (Centeno & Novo 2012: 8).

The promotion of self-employment in Portugal was in line with EU policies which posited this type of employment as an opportunity to stimulate the economy and make labour markets more "dynamic". This was, for example, one of the key points of the Europe

FIGURE 1. EMPLOYMENT DISTRIBUTION BY STATUS IN EMPLOYMENT (%) IN PORTUGAL 1991-2018



Source: own elaboration from ILO (2018).

2020 strategy launched in 2010 (European Commission 2010). Similarly, in 2012, the EU put forward an action plan to promote entrepreneurship and self-employment in Europe (European Commission 2012).

The number of self-employed workers in Portugal has been decreasing, mostly due to

the shrinking economic importance of the agriculture sector (Figure 1). For Portugal, roughly 60 % of the decline in the number of self-employed workers is due to the decline in self-employment in agriculture (Eurofound 2017b: 8). This trend deepened during the crisis considering the overall loss of jobs in the Portuguese economy, which, as will be shown below, affec-

ted disproportionately self-employed workers. As Figure 1 shows, in the beginning of the 21st century, and truly for the whole of the 1990s, well above one fourth of the Portuguese workforce was self-employed (28 %), one of the highest in Europe, second only to Greece and Italy. This number declined to less than one fifth (17 %) in 2018, one of the biggest drops in Europe (Eurofound 2017b: 8).

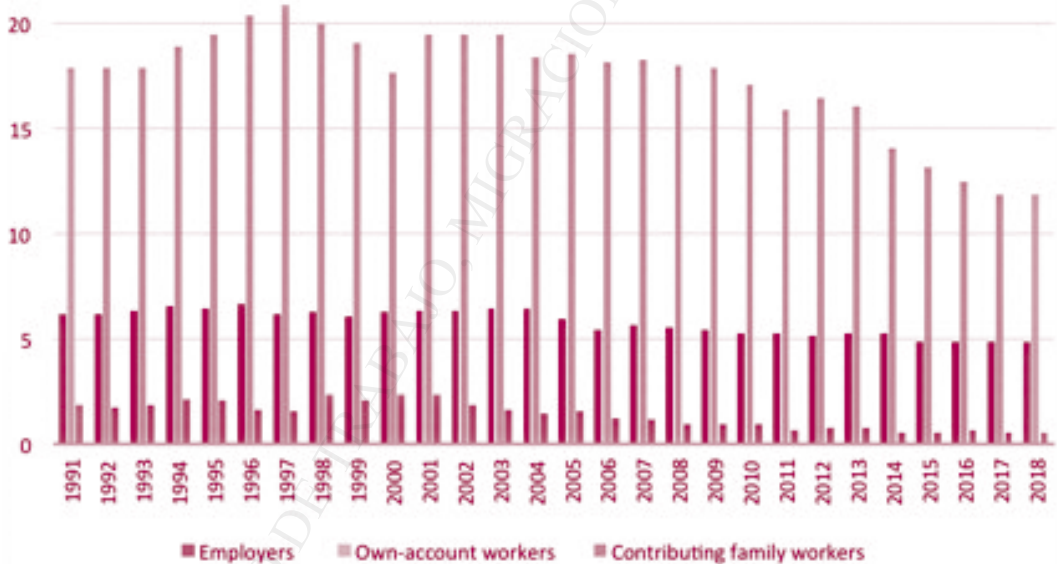
Figure 2 shows that this decrease took place unevenly across the three main categories of self-employed workers (employers with employees, own account workers and contributing family workers), being particularly intense with own account workers. In 2001, own account workers represented 19,4 % of the Portuguese

workforce, while in 2018 this share had dramatically dropped to 11,8 %. The proportion of employers held steady from 1991 to 2003, never more than 6,6 % (1996), never less than 6 % (1999). Since 2004, it has been on a steady though slight decline, from 6,4 % to 4,8 % in 2018.

Nevertheless, as digitalisation and automation make inroads, this decreasing trend is likely to be reverted. It has become easier and cheaper to offer and find work online. Jobs for digital platforms – gig jobs – have grown, but they still represent a small share of workers (OECD 2018).

As labour market evolves, policymakers at national and EU level have recently been

FIGURE 2. SELF-EMPLOYED CATEGORIES AS PERCENTAGE OF THE PORTUGUESE WORKFORCE 1991-2018



Source: own elaboration from ILO (2018).

looking at ways to ensure better (and innovative) social protection for self-employed workers (Eurofound 2017a; Spasova et al. 2017), including in the context of the European Pillar of Social Rights. In 2018, for example, the ministers for employment and social affairs of the EU Member States reached unanimous political agreement on a proposal for a Council recommendation on ac-

cess to social protection for workers and the self-employed. Ministers broadly supported the expansion of social protection schemes to people in different types of employment. They highlighted that the scope of social security schemes should be enhanced to include young people in particular, with the aim of closing the existing formal coverage gap (European Commission 2019).

In Portugal, the question of social protection of those in atypical forms of employment (temporary and self-employed) is particularly relevant given the historically high percentage of workers in these conditions. This has generated a segmented access to employment and social protections. In fact, in Portugal, as in other countries, insiders enjoy a better level of employment protection, higher income and better social benefits, while workers in temporary contracts and, especially, self-employed workers tend to face lower levels of security, and worse social benefits. This is the case because social security systems were primarily developed for, and geared towards, persons working full-time in a long-term relationship with usually one employer. They are traditionally not tailored to people in other, atypical forms of employment and self-employment, leaving these groups without sufficient protection (European Commission 2019).

According to the European Commission (2016), the risk of poverty and social exclusion of self-employed is 3.5 times higher than for full-time employees. In fact, Portugal is one of highest, with 25 % of full time self-employed at risk of poverty and social exclusion (ibid). In the same vein, according to the last wave of European Working Conditions Survey (EWCS), 55 % of the Portuguese self-employed indicate they would not be financially secure in case of long-term illness, the 8th higher in the EU context, well above the 48 % average (Eurofound 2017b: 13). The vulnerability of self-employed was evident during the crisis as they represented nearly 60 % of the loss in terms of employment (Baptista and Perista 2017: 5). This is the case because security of self-employment, typically in very small companies and with limited financial resources to deflect shocks, depends directly upon the demand for the services provided, so such work is highly exposed to market fluctuations (Eurofound 2017a: 5).

It is perhaps not by chance, then, that 33 % of Portuguese respondents to the latest wave of the EWCS state as the reason for entering self-employment no alternatives for work, while 45 % state own personal preference. These results express significant less voluntary choice (5th lower in the voluntary

choice rank) and significant more lack of a better alternative (the 4th higher rate) than the EU averages, which are 59 % and 20 %, respectively (Eurofound 2017c: 11). Historically, civil society organisations such as Inflexible Precarious (*Precários Inflexíveis*) have been important in pointing out these vulnerabilities and the need to mend social protection gaps (Prino 2015). Besides publicly voicing concerns, these organisations have played a relevant role in driving policy change, as will be shown below.

Given the historical segmented access of workers to social protection in Portugal, it is relevant to understand which are exactly the gaps in protection for self-employed and to what extent have authorities in recent years implemented measures to fix them. Before tackling that central issue in the second part of this article, we need to set the stage by offering an overview of the legal and contributory regimes for the self-employed.

2. LEGAL AND CONTRIBUTORY FRAMEWORK OF SELF-EMPLOYMENT IN PORTUGAL

There is no precise definition of self-employment in the Portuguese labour code. In an ambiguous formulation, it is assumed that self-employment exists in practice when the principles of the employment relationship are not present, that is, when the worker does not own nor determine the place of work, the equipment used, or the working schedule; a steady period amount similar to salary is not paid; and no leadership function is performed. If the work relationship between the self-employed and the contracting entity follows these principles, then it is a situation of «bogus self-employment». There have been some efforts in Portugal to combat the fraudulent use of self-employment. In 2013, following a legislative initiative by citizens and civil society organisations, the parliament approved Law 63/2013, 27 August which gave the official Agency for Working Conditions (Autoridade para as Condições do Trabalho, ACT) more powers to tackle bogus self-employment. In essence, the law established a duty for labour authorities (ACT and Public

Prosecutors) to open an enquiry procedure whenever they were informed of a case of self-employment with some features of subordinate employment. This changed the legal framework in place according to which the responsibility to complain about the irregular situation lied with the worker. The powers of public authorities were deepened in 2017 with the adoption of Law 55/2017, 17 July as well as the situations which could be considered irregular, such as false internships and scholarships.

The definitions of self-employment are more precise when it comes to the tax code and social security. In the former, there is a distinction between income from ‘dependent work’ and ‘independent work’, with different tax rates and obligations for each. There are also different contributory schemes for each of these categories when it comes to the latter. Social security distinguishes between own account workers and self-employed workers who earn their income through a registered business of their own or possess an individual commercial establishment, as well as their spouses if performing a professional activity together with them on a regular and permanent basis.

As regards social security, ever since 2010 (Law 55-A/2010, of 31 December), a new category was added. Whenever a contracting entity benefits from at least 80 % of the total value of the self-employed worker’s yearly activity, the worker is considered to be “economically dependent” and, therefore, entitled to broader social benefits (for example unemployment benefits), while the entity is required to pay a portion of the worker’s contribution to the social security scheme. The Decree-law 2/2018, 9 January lowered the criteria to be considered “economically dependent” from 80 % to 50 %. However, according to the OECD, the incidence of own-account worker who generally have one dominant client in Portugal is low (around 10 %). Lower than Portugal, only Denmark and Switzerland (OECD 2019: 146). This means that the bulk of self-employed workers is excluded from statutory access to unemployment benefits in Portugal and, therefore, in a more vulnerable situation than other self-employed workers and employees in general.

Among other changes, this decree-law also altered the contributions for self-employed workers and contracting entities: it lowered the own account workers’ contributions to social security from 29,6 % to 21,4 % and of employers from 34,75 % to 25,17 % while contracting entities’ contributions vary now from 7 % to 10 % (previously 5 %). Despite this overall decrease, self-employed workers still pay a much higher amount than employees, who pay a monthly social contribution of 11 % of their salary. An important takeaway is that, self-employed workers are, therefore, in a situation in which they pay more in social protection contributions, but receive less benefits than employees. Below we will detail the gaps in social protection of self-employed workers and the extent to which recent advancements of social protection have or not corrected these gaps.

3. SOCIAL PROTECTION FOR THE SELF-EMPLOYED IN PORTUGAL

In Portugal, as per the Social Security Contributory Code (Law 110/2009, of 16 September), all self-employed persons – including persons with professional income and farmers (and their spouses and assisting partners); employers with employees; economically dependent workers – are compulsorily covered by the social protection system through a general system of social security for self-employed persons. However, membership is voluntary for those whose annual reference income from self-employed work is equal or less than six times the indexing reference of social support (indexante dos apoios sociais, IAS). Certain liberal professions, such as lawyers and solicitors, are covered by specific insurance funds (Baptista and Perista 2017: 9).

In general terms, the self-employed enjoy similar rights and benefits as salaried workers. The general system of social security for self-employed persons provides benefits for risks such as sickness, maternity, occupational diseases, invalidity, old-age, death and unemployment. However, special or specific rules apply for granting certain benefits (vg, sickness and unemployment, see below) or for

the calculation of contributions (Baptista and Perista 2017: 9).

3.1 Statutory access to social protection by the self-employed in Portugal

Table 1 provides a summary of the statutory access to social protection for the self-employed. It breaks down the information by type of self-employment and by type of social risk. The classification hinges upon whether, or to what extent, self-employed persons have access to the scheme regardless of their employment status, even if they do so through diffe-

rent instruments or logics (be it compulsory insurance, universal benefit or means-testing), ranging from full to none (please vd. Table 1 and key for categories and sourcing).

In the current section we will systematically breakdown the 11 different types of social risk in order to provide additional, clarifying information to Table 1, mentioning when needed recent legislative developments. To this effect, we used legislation as primary source of information and the most recent MISSOC tables at the time of writing (July 2018), in order to complement and update the informa-

TABLE 1. STATUTORY ACCESS TO SOCIAL PROTECTION OF THE SELF-EMPLOYED BY TYPE OF SOCIAL RISK, PORTUGAL 2018

Social protection risks	Category of Self-employed				Self-employed vs salaried employee	
	1 Own account	2 With employees	3 Dependent on single client	4 Dependent on contractual relationship with client	5 Self-employed	6 Salaried Employee
Healthcare benefits	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL
Sickness benefits	Partial	Partial	Partial	Partial	PARTIAL	FULL
Maternity/ Paternity	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL
Old age pensions	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL
Survivors pensions	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL
Unemployment benefits	None	Full	Full	Full	PARTIAL	FULL
Social Assistance	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL
Long term care benefits	Partial	Partial	Partial	Partial	PARTIAL	FULL
Invalidity benefits	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL
Occupational accidents/ diseases	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL
Family benefits	Full	Full	Full	Full	FULL	FULL

Source: own elaboration, adapted from MISSOC tables (July 2018); Baptista and Perista 2017: 19-20.

Key: FULL: persons have access to the scheme through compulsory insurance, universal benefits or means-tested benefits available regardless of their employment status; PARTIAL: persons have only partial access to the benefits because of a) statutory differentiation in eligibility conditions and the period of recipe of benefits compared to salaried employment; and b) if insurance-based and non-contributory benefits co-exist, individuals can access only the latter; VOLUNTARY OPT-IN: persons are not compulsory insured under a scheme but can voluntarily join in; NONE: persons have no access to the scheme (Spasova et al 2017: 76).

tion in the valuable European Social Policy Network (ESPN) report on Portugal by Baptista and Perista (2017).

Healthcare

Self-employed persons are covered, with no distinction, by a universal access system based on residence and financed by general taxation – the National Health Service, under the supervision of the Ministry of Health. Benefits and services available are similar to those available to employees.

Sickness benefits (paid sick leave)

Self-employed workers are covered by the general compulsory insurance scheme. However, access to coverage requires a relevant annual income of more than € 2,527.92 and a pre-requisite prior coverage period of 12 months, with the obligation (specific to self-employed) of having had 12 days of paid work in the four months preceding the incapacity. For lower incomes, insurance is voluntary. Also, there are differences regarding the waiting period for accessing the benefit. Decree-Law 53/2018 of 2/7 cut the waiting period for conceding sickness cash benefits to self-employed workers from 30 to 10 days, which is closer to the regime of contractual work for salaried employees of 3 days. In the same vein, there is a significant difference in the maximum period for receiving the benefit between self-employed, which is 365 days, and salaried workers, which is 1,095 days (there is no maximum period for some types of diseases, such as tuberculosis, which apply to both types of employment).

Maternity/paternity

The entitlement to these benefits depends on the worker having a record of social security contributions of 6 months previous to the request, same as all workers. Cash benefits are covered by the general insurance scheme, while in kind benefits are provided by the universal system based on residence (NHS), financed by social security contributions and general taxation, respectively. Currently, here is the list of risks covered by cash benefits: pregnancy, abortion, parental leave, extended parental leave and adoption.

Old age pensions

Generally speaking, old age pensions are granted according to the rules of the general mandatory system based on insurance for the salaried employed, with similar access, amount and duration of benefit.

Survivors' pensions

Generally speaking, survivors' pensions are granted according to the regulations of the general system for the salaried employed. Entitlement depends on the deceased having a contribution of at least 36 months.

Unemployment

Until 2012 the self-employed did not have access to unemployment benefits. At that time, a compulsory insurance scheme financed through social security contributions was set up, although providing unemployment protection only for some categories of self-employed. Decree-Law 65/2012 of 15/3 and Law 20/2012 of 14/5 extended the coverage of unemployment benefits to 'economically dependent' self-employed workers, defined as those for which at least 80 % of their activity was conducted for a single contracting entity. Decree-Law 2/2018 of 9/1 lowered that percentage to at least 50 %; decree-law 13/2013 of 25/1 warranted coverage even when contracting firms do not make their own social security contributions. Decree-Law 53/2018 of 2/7 aligned the qualifying period of contributions for the economically dependent self-employed to that of contractual workers (employees), i.e. 360 days in the previous 24 months.

Decree-Law 12/2013 of 25/1 again extended coverage of unemployment benefits, this time to cover self-employed employers, i.e. self-employed workers who earn their income through a registered business of their own or possess an individual commercial establishment, as well as helping spouse or partner.

On the whole, despite recent important changes, this still leaves own account self-employed workers unprotected in case of unemployment.

Social Assistance

In addition to the assistance benefits that fall within other risk categories, the self-employed may also qualify to guaranteed minimum resource assistance through the protection plan to all residents with socio-economic problems, which is a universal residence based system, financed by general taxation whose access (means-tested), amount and duration of benefits are similar to those of salaried employees.

Long term care

In general, this social risk is covered by the same system as for employee, which combines compulsory insurance system for cash benefits (financed by social contributions), income guarantee scheme for non-contributory cash benefits (financed from general taxation) and a residence based system for benefits in kind, the long-term care network (financed from general taxation).

As further detailed in the section below on family benefits, from 2018 all self-employed have now access to the cash benefit assistance to children and grandchildren, as well as the cash benefit assistance to children with chronic disease or disability (decree-law 53/2018), which were major gaps in the long term care protection relative to employees.

However, if categorial exclusions have been removed in coverage, there are differences in the conditions for access to coverage, similar to sickness cash benefits. This means that a threshold of annual income of € 2,527.92 is required to be covered (for lower incomes insurance is voluntary).

Invalidity benefits

The self-employed are covered by the general compulsory insurance-based scheme, similar to salaried employees, financed by social contributions, with same access, amount and duration.

Occupational accidents and diseases

The protection regime for the self-employed differs from occupational diseases to occu-

pational accidents. Occupational diseases are covered by the general compulsory social insurance scheme, financed by social contributions, with same access, amount and duration as for salaried employees. Occupational accidents are covered through mandatory private insurance financed by insurance premiums depending on the risk, while access, amount and duration of benefits are similar to those of salaried employees.

Family benefits

Family benefits are granted according to the regulations of the general system of family benefits which is a universal system covering all residents. The 'child benefit' is attributed to the child or youngster per se irrespective of the parent's employment status (indirectly relevant as this is a means-tested benefit) and it is financed by general taxation.

Until recently, as regards the need for the family to provide care for children in case of ill health or disability, the self-employed were not entitled to the child assistance benefit and to the benefit for the assistance to grandchildren. This was changed by the decree-law 53/2018 of 2/7, which extended to all self-employed said benefits, closing the extant gap, thus making the overall regime of family benefits similar to that of employees.

* * *

Stepping back from the specifics to a more comprehensive view, we would like to underline four important points. First, the access to social protection of the self-employed when compared to that of employees (contrast columns 5 and 6 in Table 1) shows three main differences: sickness benefits, unemployment benefits and long term care. We conclude that, despite recent legislative improvements along the path of convergence, the social protection of salaried employees (whose pattern is full access across the board) compared to that of self-employed still evinces some important, qualitative gaps.

Second, within the self-employed universe, there is no significant discrepancy for the worst in the social protection of economically dependent workers relative to that of own ac-

count workers and employers (vd. shaded columns 3 and 4 vs columns 1 and 2 in Table 1). Rather, there is consonance, ie, whenever the protection pattern is partial or full, that pattern then applies evenly across the board to all categories of self-employed.

Third, there is one very important single discrepancy both towards the other self-employed and towards employees, which is that of the lack of unemployment benefit for own-account self-employed, which is the largest category of self-employed.

Fourth, one can surmise that the lacunae in social protection for the self-employed relative to employees have historically focused somewhat in the so-called new social risks (vs. old social risks), such as long term care and family benefits (child care, etc.), which – when added to the complete lack of unemployment protection until 2012, and still to this day for own account self-employed – compound an enduring picture of dualization. However, recent legislative changes sought to bridge gaps in both directions: towards employees in old social risks, such as in unemployment (albeit incomplete), and towards the protection against new social risks, inter alia, with the extension to all self-employed of cash benefits for the assistance of children, grandchildren and chronically ill or disabled children (Decree-law 53/2018 of 2/7).

3.2. Comparative perspectives on the social protection of the self-employed

A major difference between self-employed and salaried workers is the prevailing gap in social protection, a trait of dualization shared with other non-standard workers. In fact, self-employed workers experience a variety of gaps, whether in terms of entitlement to social protection and certain rights, contribution gaps or integration gaps (Grimshaw et al 2016).

According to a recent Eurofound report (2017b), it is currently under way a revision of social protection rights for the self-employed in many Member States, focusing, though not exclusively, initiatives to bring provisions for self-employed and non-standard

workers closer to those of standard, salaried employees. At the European level, the issue of social protection of self-employed workers has recently been framed in the context of the European Pillar of Social Rights (European Commission 2017).

In this section we compare the extension of social protection coverage for the self-employed and employees across EU countries. In so doing, we deploy a three-phronged strategy to position Portugal in the EU-wide context: (i) by creating an ordinal index of access to social protection for the self-employed; (ii) by placing Portugal among different social protection regimes; and (iii) by addressing a decade of reforms implemented with a view to bring the social protection of the self-employed in line with that of salaried workers.

3.2.1. Statutory access to social protection: self-employed in the EU

Looking from a comparative perspective at the access to social protection by the self-employed, we shall consider, as in the previous section, the 11 social risks usually covered by national social protection systems (healthcare; sickness; maternity; invalidity; old age; survivors; occupational accidents and diseases; family; unemployment; guaranteed minimum resources; long-term care) (as per the MISSOC tables).

Table 2 displays a composite index of scores across the mentioned set of 11 social risks. The access to protection (benefit) offered for each social risk was scored for each country in the following way: full access = 2; partial access = 1; voluntary opt-in = 0,5; none = 0. The score for each risk is then simply added in order to yield the index figure. Therefore, the ordinal index varies between a maximum of 22 (11*2) and a minimum of 0 (11*0).

The Table provides an ordinal ranking of a qualitative feature: the extent to which every European Union country provides for the self-employed comprehensive social protection for an extensive set of social risks on par with that of salaried workers. Despite its obvious limitations (it obscures variation across different risks in each country and across cases, while giving every risk the same

TABLE 2. STATUTORY ACCESS TO SOCIAL PROTECTION: SELF-EMPLOYED IN THE EU IN 2017

Country	Index	Rank order
HU - Hungary	22	1
LU - Luxembourg	22	1
HR - Croatia	21	3
SI - Slovenia	21	3
FI - Finland	21	3
SE - Sweden	21	3
AT - Austria	20,5	7
MT - Malta	20	8
SK - Slovakia	20	8
CZ - Czech Republic	19	10
EE - Estonia	18	11
PT - Portugal	18	11
PL - Poland	18	11
ES - Spain	18	11
BE - Belgium	18	11
CY - Cyprus	18	11
LT - Lithuania	18	11
LV - Latvia	18	11
DK - Denmark	17,5	19
EL - Greece	17	20
BG - Bulgaria	16,5	21
FR - France	16	22
IE - Ireland	16	22
IT - Italy	15	24
RO - Romania	13,5	25
DE - Germany	13,5	25
NL - The Netherlands	13,5	25
UK - United Kingdom	13	28
EU average	18	

Source: own elaboration, adapted from Spasova et al 2017: 81-82. Important caveat: this ranking is based on the data in the report Spasova et al 2017 from the European Social Policy Network, dated April 2017. In section 3.1, we have used the most recent available data on Portugal (MISSOC tables, dated July 2018). As explained, this required an update as regards the ESPN national report (Baptista and Perista 2017). However, in this section, and for the sake of comparability, we opted for presenting the data as of early 2017. If we had updated only the Portuguese index score to mirror the legislative changes occurred after January 2017 (which would hike the Portuguese score), this would invalidate the comparison, since we did not check for updates in every other case. In the trade-off between presenting the latest data only for Portugal or being able to compare albeit with some potential loss of information, we chose the former. In any event, Spasova et al 2017 is the most recent comparative source of information known and available to us.

importance or «weight» in calculating the index), it nevertheless provides useful and novel information. The largest set of countries (8) sharing the same score (18) and rank (11th), including Portugal, coincides with the EU average.

Let us unpack the information a bit. We can find roughly three sets of cases, in descending ranking order. First, a restrict couple of countries with maximum scores (HU, LU) indicating «full» access to all protection schemes on par with salaried workers. Second, a numerous group, including Portugal, in which access to protection is only «partial» or «voluntary» in at least one, but usually more than one, type of social risk, but in which there is never a total lack of protection for any social risk. This group includes HR, SI, FI, SE, AT, CZ, EE, PT, PL, ES, and DK and in general takes up the upper and middle range of the distribution. It displays a low to mild inequality relative to salaried workers. The third group, slightly more numerous, is marked by having at least one social risk for which there is no («none») social protection for the self-employed, often for unemployment, occupational accidents and diseases or sickness. These categorial lacunae are usually compounded by additional «partial» and «voluntary» coverage of other risks. The group includes, inter alia, EL, UK, DE, NL, CY, LT, LV, FR, IE, IT and BG, and typically occupies the lower half of the distribution, below the EU average. It displays the starkest inequalities relative to salaried workers.

3.2.2. Clusters of social protection for the self-employed in the EU

According to Spasova et al (2017), access to social security for the self-employed is bifurcated in the European landscape. In most European countries, the access to non-insurance-based benefits, particularly benefits and services financed by general taxation (such as healthcare through NHS in Portugal and Spain, family allowances and some forms of long-term care) and certain means-tested benefits (such as guaranteed minimum income), tends to be granted regardless of employment status, and thus to self-employed as well as to salaried workers.

The problems for the self-employed arise as regards statutory access to social protection when the access to benefits is organised on a social insurance basis, i.e., based on social contributions from the employee and the employer. Spasova et al (2017: 13, 45-46) divide the statutory access to insurance-based (contributory) benefits into four clusters. The report deploys two classification criteria: the first pertains to compulsory coverage of the self-employed by insurance-based schemes (similar to salaried employment); the second relates to whether the self-employed are able to voluntarily opt into a scheme in cases where they, unlike salaried employees, do not have mandatory coverage. As regards the set of risks under consideration, even though the following clusters consider the pattern of risk coverage across the pool of 11 risks in the MISSOC tables, gaps in statutory access relative to salaried workers tend to concentrate on sickness, unemployment and occupational injuries and diseases (Spasova and Wilkens 2018: 104).

- «Full to High access» or «all inclusive access»: composed of 4 countries where the self-employed are required to be insured under all the insurance-based schemes.
- «High to medium access» or «optional access»: composed of 8 cases where the self-employed are not required to be in-

sured under one or more insurance-based scheme (different from salaried workers), but may choose to voluntarily opt in into the scheme(s) concerned.

- «Low to no access» or «partially exclusive» is the biggest cluster (9 Member States), where the self-employed, contrary to salaried workers, do not have access, and – differently from the previous cluster – cannot opt into one or more insurance-based schemes (for example, unemployment benefit).
- «Patchwork of optional access and partially exclusive systems» combines features of both former clusters. The self-employed in this group of 7 countries are not required to be insured under at least one insurance-based scheme. They may opt into some schemes, but are completely excluded from others. This patchwork group» includes countries «where the situation is rather specific» (Spasova et al 2017: 45-46; Spasova and Wilkens 2018: 106), such as Portugal.

An analytical glance at the data brings home the crucial point that, when one considers the diversity across Member States in which the self-employed access social protection, the self-employed have less extensive rights of access than salaried workers: only 12

TABLE 3. STATUTORY ACCESS TO INSURANCE-BASED SCHEMES FOR THE SELF-EMPLOYED IN THE EU

Full/High Access All-inclusive	High/Medium Access Optional Access	Medium/Low Access Partially Exclusive	Patchwork optional access + partially exclusive
HR, HU, LU, SI	AT, CZ, DK, ES, FI, PL, RO, SE	BE, CY, EL, FR, IT, LT, LV, MT, SK	BG, DE, EE, IE, NL, PT, UK

Source: Spasova et al 2017: 46; Spasova and Wilkens 2018: 105.

provide comprehensive access, i.e. «compulsory or voluntary insurance under all statutory social protection schemes ('all inclusive' and 'optional access' clusters)» (Spasova and Wilkens 2018: 106).

Portugal is placed in the «patchwork» cluster, and admittedly is a specific case. One has to point out that some assertions about

Portugal in the ESPN's 2017 report have been superseded by very recent legislation (as documented in section 3.1. above and 3.2.3. below), for instance it is no longer the case that the self-employed cannot categorically access certain family and long-term care benefits, or that they can only opt into occupational injury benefits (occupational accidents are covered by mandatory private insurance). Howe-

ver, it is still correct to say that despite the self-employed making a contribution to the social security system (as salaried workers do), they still cannot access some social security benefits, the most relevant of which being unemployment. It is still the case that «only the dependent self-employed and those with a registered business have access to unemployment benefits» (Spasova et al 2017: 46).

3.2.3. Portugal in the context of recent European reform trends (2009-2019)

The issue of extending social security for the self-employed in order to bridge gaps in

lack of legal entitlement, difficulties in eligibility or poor contribution records, has been tackled through reforms in the last decade. This sections provides a comparative and contextualized depiction of reforms trends in Portugal.

In order to do so, it is useful to draw a distinction between two types of reforms. Parametric reforms alter some parameters/mechanisms of a scheme (e.g. calculation base, harmonisation of contribution rates, eligibility conditions) leaving the institutional system unchanged. Paradigmatic reforms aim at an extensive integration of self-employment

TABLE 4. TYPOLOGY OF REFORMS EXTENDING SOCIAL PROTECTION TO THE SELF-EMPLOYED IN THE EUROPEAN UNION

Parametric Reforms	Paradigmatic Reforms	Index ranking	Protection cluster
	AT	7	Optional access
	BE	11	Partially exclusive
DK		19	Optional access
EE		11	Patchwork OP and PE
	EL	20	Partially exclusive
ES	ES	11	Optional access
HU		1	All-inclusive
	IE	22	Patchwork OP and PE
	FI	3	Optional access
	FR	22	Partially exclusive
	LT	11	Partially exclusive
	LV	11	Partially exclusive
NL		25	Patchwork OP and PE
PT	PT	11	Patchwork OP and PE
RO		25	Optional access
SI		3	All-inclusive
	UK	28	Patchwork OP and PE

Source: own elaboration, adapted from Spasova et al 2017: 61; Spasova and Wilkens 2018: 105.

into social security, through the creation of new statuses or new social benefit schemes in favour of the self-employed (Spasova et al 2017: 61).

The main reform trend seems to be convergence, upgrading the social protection of the self-employed, mending extant gaps towards salaried employees (Table 4). Time and again, changes increase coordination and harmonisation between the social protection for the self-employed and the general social security schemes.

It is therefore no surprise that paradigmatic reforms have mostly, though not exclusively, been engaged by countries with lower to no access and partially exclusive schemes (BE, EL, FR, LT, LV), while parametric reforms have mostly, though not exclusively, been engaged by countries with a relatively higher protection standard, medium to high access or optional access (DK, ES, RO, SI, HU). Similarly, countries with a patchwork of the former two standards have engaged in catchup through parametric (EE, NL, PT) or paradigmatic reforms (IE, UK, PT). Portugal and Spain are the only countries to have engaged in both parametric and paradigmatic reforms.

Next we shall focus on the Portuguese reforms, from 2009 to 2019, encompassing the crisis period (2009-2014) with a center-right government under formal bailout (2011-2014) and the post crisis period (2014-2019) with a left of center government from November 2015 to 2019, the so-called *geringonça*.

The first two paradigmatic reforms regarding social protection of self-employed in recent years took place during the crisis. Even though most of labour market reforms in this period decreased workers rights, in terms of self-employment the center-right government in power adopted measures that somewhat increased protection of workers in this situation. They both focused on protection while in unemployment. Firstly, in 2012, the government extended unemployment benefits to cover self-employed workers in a situation of economic dependence i.e. where at least 80 % of their activity is conducted on behalf of a contracting entity (Decree-Law 20/2012 of 14 May). This was a major change since self-em-

ployed workers, regardless of their situation, had no access to unemployment protection until then. Secondly, in 2013 (Decree-Law 12/2013 of 25 January), unemployment benefits were again extended to cover employers, that is, self-employed workers who earn their income through a registered business of their own or possess an individual commercial establishment, as well as their spouses if performing a professional activity together with them on a regular and permanent basis.

This reformist impetus continued and deepened in the post-crisis with the center-left government in office, supported in parliament by the radical left. It passed in 2018 a comprehensive law (Decree Law 53/2018) which increased social protection of self-employed in various ways. There were two changes which we can classify as paradigmatic. First, it was determined that from 2018 all self-employed could have access to the cash benefit assistance to children and grandchildren, as well as the cash benefit assistance to children with chronic disease or disability, which were major gaps in the long term care protection relative to employees. Secondly, regarding the contribution record, the law determined that self-employed workers could accumulate work periods as employee and as self-employed.

Besides these two paradigmatic changes, the center-left government adopted several parametric changes that deepened the existing social protection. The number of own account workers who could have access to unemployment benefits increased in 2018. This was the case because the definition of who is considered to be an 'economically dependent' self-employed changed. From 2012, these were those whose 80 % of their activity was for a single contracting entity. With the Decree-Law 2/2018 of 9 January, this percentage is reduced from 80 % to 50 %, meaning that more self-employed workers are in this category and, therefore, able to access unemployment benefits. Furthermore, for these workers the record of contributions was reduced and equals now those of contractual workers, ie, 360 days in the previous 24 months (Decree Law 53/2018). Besides unemployment, there were changes in other areas. For example, the waiting period for conceding sickness benefits to self-employed workers was decreased from

30 to 10 days (closer to the regime of contractual work, which is 3 days). Lastly, until 2018, the self-employed worker could only access social protection and sickness benefits in the case of having no registered debts with Social Security or if they had been fully paid. Decree Law 53/2018 determines that it is enough to access the benefits if there is a payment plan of that debt.

4. CONCLUSIONS

In Portugal, the position of self-employed workers with relation to the social security system has improved over the years, closing the gap toward employees. Despite this long path of convergence, and recent improvements, the social protection of the self-employed relative to salaried workers still displays gaps in coverage and adequacy.

Specifically, we have shown in Section 3.1. that the access to social protection of the self-employed as compared to employees still lags behind in three areas: primarily in unemployment benefits and paid sick leave; secondarily, in long term care. In fact, the self-employed do not have access to unemployment benefits unless they are owners of a business or are economically dependent from one sole contractor. Because the National Health Service is a universal access system based on residence financed by general taxation, self-employed workers are not worse off. However, as regards income replacement due to illness through sickness benefits, in general, those below a certain threshold income are not covered (the same for long term care); for those who qualify for coverage, the waiting period for granting the benefit is now 10 days, while for employees it is 3 days, whereas the maximum period for receiving the benefit is 365 days, while for employees it is 1,095 days.

The Portuguese self-employed are an heterogeneous group, as in other countries. Still, we found that within the self-employed universe there is no significant discrepancy for the worst in the social protection of economically dependent workers relative to that of own account workers and employers. How-

ever, there is one crucial single gap between a certain type of self-employed and the others and relative to salaried workers, which is the aforementioned lack of unemployment benefit for own account workers, which are the largest group of self-employed.

Our analysis also considers how the pattern of social protection inequalities between self-employed and salaried workers intercepts with the cleavage pertaining to the type of social risks. The lacunae in social protection for the self-employed relative to employees have historically focused somewhat in the so-called new social risks (vs. old social risks), such as long term care and family benefits (child care etc.). If we add to this the lack of any unemployment protection (a classic old social risk) until 2012, and still to this day for own account self-employed, the picture of dualization comes into better focus. However, recent legislation has sought to bridge gaps in both directions: towards employees in old social risks such as unemployment (albeit incomplete) and towards the protection against new social risks, inter alia, the extension to all self-employed of cash benefits for the assistance of children, grandchildren and chronically ill or disabled children.

The increasing similarity between the positions of self-employed and salaried workers relative to social protection should not cloud the fact that their respective contributory schemes are still different, to the disadvantage of self-employed workers which pay higher contributions, i.e., pay a higher proportion of their income while enjoying fewer benefits.

Even when, as is the case, statutory access conditions have improved due to the elimination of categorial exclusions, de facto coverage and entitlement for the self-employed depends on eligibility conditions and actual take-up rates. In general, the self-employed receive lower benefits for shorter periods of time than salaried workers, as is typically the case, in the EU as in Portugal, of unemployment and sickness benefits, due to harder eligibility conditions, or inadequate contributions rate, or the calculation of income assessment. Portuguese experts have also flagged the issue of under insurance of the self-employed, and that they often insure

themselves at the minimum insurance threshold. The Portuguese Minister of Labour, Solidarity and Social Security stated, when previewing the 2018 self-employed contributory regime reform, that «To have 80 % of the self-employed workers making contributions to the lowest contributory tier may seem very interesting but exposes people dramatically. That way we would have again, in the future, a new generation with minimum pensions» (in Pereira 2016 apud Baptista and Perista 2017: 8).

In Portugal as elsewhere in Europe, the self-employed are an heterogeneous set, from employers with employees, to own account workers, to economically dependent, working in diverse areas of the economy, from agriculture, to small family retail businesses, to the digital and platform economy. Therefore, always looming is the risk of new forms of segmentation, this time intra-self-employed, on top of the traditional segmentation between self-employed and salaried workers. And it is possible that while the overall dualization erodes, new forms of segmentation creep from within. In fact, recent EWCS data suggest an emerging split between, on the one hand, employers and stable own account workers (about half the self-employed) which have entered self-employment out of choice, are both economically independent and autonomous, and draw satisfaction from their work, and, on the other hand, a growing group of vulnerable and concealed self-employed (about 1 in every 4 self-employed), which are self-employed for lack of a better alternative, whose situation is marked by economic dependence or even bogus self-employment, low work autonomy, financial vulnerability and less satisfaction. The significant lower percentage of Portuguese self-employed by choice and higher percentage of no alternative relative to the EU average signals out Portugal as a potential case for this emerging split. Over the years, from the extension of unemployment benefit to the economically dependent in 2013 to a better legal and contributory regime in 2018 and the combat to bogus self-employment in 2017, significant legislative steps have been taken to counter-act this trend.

BIBLIOGRAPHY

- CAMPOS LIMA, Maria da Paz and CARRILHO, Paula (2018), “Portugal. Developments in Working Life 2017”, *Eurofound Working Paper*.
- CAMPOS LIMA, Maria da Paz and CARRILHO, Paula (2019), “Portugal. Developments in Working Life 2018”, *Eurofound Working Paper*.
- CARDOSO, Daniel and BRANCO, Rui (2018), “Liberalised dualisation. Labour market reforms and the crisis in Portugal: A new departure”, *European Journal of Social Security*, 20(1), 31–48.
- CENTENO, Mário and NOVO, Álvaro (2012), “Segmentação”, *Boletim Económico*, 7–30.
- Eurofound (2017a), *Aspects of non standard employment in Europe*. Eurofound: Dublin.
- Eurofound (2017b), *Exploring self-employment in the European Union*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Eurofound (2017c), *Sixth European Working Conditions Survey – Overview report (2017 update)*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Commission (2010), *Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth. COM(2010) 2020 final*. Brussels: European Commission.
- European Commission (2012), *2020 Action Plan: Reigniting the entrepreneurial spirit in Europe*. Brussels: European Commission.
- European Commission (2016), *Employment and social developments in Europe, Quarterly Review, Autumn 2016*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Commission (2017), “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Establishing a European Pillar of Social Rights, COM(2017) 250 final”, Brussels.
- European Commission (2019), “Access to Social Protection for Workers and Self-Employed”, 9 April.

- Eurostat (2018), “Temporary employees as a percentage of the total number of employees, by sex and age (%)”, dataset, available at: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsq_etpga&lang=en
- GLATZER, Miguel (2012), “Welfare State Growth and the Current Crisis in Portugal: Social Spending and its Challenges. Institute of European Studies” Institute of European Studies, Working Paper Series.
- GRIMSHAW, Damian; JOHNSON, Mat; RUBERY, Jill and KEIZER, Arjan (2016), *Reducing precarious work: Protective gaps and the role of social dialogue in Europe*. Brussels: European Commission.
- International Labour Organization (2018), “ILOSTAT”, available at: <https://ilostat.ilo.org>
- Mutual Information System on Social Protection (MISSOC 2018), “Self-employed – data set”, available at: <https://www.missoc.org/missoc-database/self-employed/>
- OECD (2018), “Policy brief on the future of work - The Future of Social Protection: What works for non-standard workers?”, May.
- OECD (2019), *OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work*. Paris: OECD Publishing.
- PEREIRA, Catarina Almeida (2016), “Recibos verdes: alterações não podem prejudicar contas da Segurança Social”, *Jornal de Negócios*, 26 October.
- PERISTA, Pedro and BAPTISTA, Isabel (2018), *ESPN Thematic Report on Challenges in long-term care: Portugal*. Brussels: European Commission.
- PRINO, Carla (2015) “Trabalhas a recibos verdes?”, *Público*, 28 December.
- SPASOVA, Slavina and WILKENS, Mathijn (2018), “The social situation of the self-employed in Europe: labour market issues and social protection” in Bart Vanhercke, Dalila Ghailani and Sebastiano Sabato (eds), *Social policy in the European Union: state of play 2018*. Brussels: ETUI, 97-116.
- SPASOVA, Slavina, BOUGET, Denis, GHAILANI, DALILA and VANHERCKE, Bart (2017) *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies, European Social Policy Network (ESPN)*. Brussels: European Commission.

ABSTRACT Self-employed workers in Portugal have historically been in a position of lower social protection relative to workers with a job contract. The coverage and quality of their protection by the social security system has improved over the years, closing the gap toward employees. In this article we analyse this long path towards convergence and examine the gaps that still exist, both in a national and European Union context. The article focuses the period from 2009 to 2019, a decade of reforms amidst deep economic crisis and recovery.

We find that, despite steps towards convergence, and important recent reforms, the social protection of the self-employed relative to salaried workers still displays gaps in coverage and adequacy. The access to social protection of the self-employed still lags behind in unemployment benefits, paid sick leave and long term care. As regards inequalities in protection within the universe of the self-employed, we found in general an even pattern across self-employed categories. Particularly, economically dependent workers are not worse off than the two other major groups, own account workers and employers. There remains, however, a crucial exception, which is the outstanding lack of unemployment protection for own account workers relative to the other self-employed, as well as salaried workers. Finally, inequalities still persist as a result of a skewed balance between the contributory effort and the social protection granted: the self-employed pay a higher proportion of their income while enjoying fewer benefits than salaried workers.

Keywords: Autonomous workers; dualization; dependent workers; social protection.

RESUMEN De forma histórica, los trabajadores por cuenta propia en Portugal han permanecido en una situación de menor protección social con respecto a los trabajadores con un contrato de trabajo. La cobertura y la calidad de su protección por medio del sistema de seguridad social ha mejorado a lo largo de los años, cerrando la brecha respecto a los demás trabajadores. En este artículo analizamos el largo camino recorrido hacia la convergencia y examinamos la brecha que todavía existe, tanto en el contexto nacional como en el de la Unión Europea. Este artículo se centra en la década 2009-2019, un período de reformas en medio de la crisis económica y la recuperación.

Observamos que, a pesar de los pasos dados hacia la convergencia y las importantes reformas recientes, la protección social de los trabajadores por cuenta propia frente a los asalariados todavía muestra una brecha en la cobertura y la adecuación. El acceso a la protección social de los trabajadores autónomos todavía va a la cola en cuanto a las prestaciones por desempleo, baja por enfermedad y cuidados a largo plazo. Con respecto a las desigualdades en la protección de los trabajadores por cuenta propia, observamos, en general, un modelo desigual en todas las categorías de autónomos. En concreto, los trabajadores económicamente dependientes no se encuentran en peor situación que los otros dos grandes grupos, los trabajadores por cuenta propia y los empresarios individuales. Sin embargo, aquí se observa un caso excepcional de vital importancia: la destacada falta de protección del desempleo para los trabajadores por cuenta propia con relación a los otros trabajadores autónomos, así como los trabajadores asalariados. Finalmente, todavía persisten las desigualdades como resultado del equilibrio sesgado entre el esfuerzo contributivo y la protección social otorgada: Los trabajadores por cuenta propia pagan una mayor proporción de sus ingresos al mismo tiempo que disfrutan de menores prestaciones que los trabajadores asalariados.

Palabras clave: Trabajadores autónomos; dualización; trabajadores dependientes; protección social.

Autonomous workers and social security - a Swedish example

Trabajadores autónomos y Seguridad Social: El ejemplo sueco

CAROLINE JOHANSSON*

Autonomous workers and self-employed are two concepts describing individuals performing work in the grey zone between employment and entrepreneurship. However, there is no clear, Swedish definition of self-employed or autonomous worker. The latter is not even a concept used in Sweden, which makes it difficult to pinpoint exactly the category of workers relevant for this article. The starting point will, therefore, be taken in the Swedish concept of employee in order to clarify the type of workers that are covered by Swedish employment protection. Swedish employment protection legislation is binary in the sense that if an individual that performs work is not considered an employee, he or she will not be covered by the legislation – either you are an employee or you are not. Swedish social security legislation is, however generally applicable. As will follow from below the Swedish concept of employee is applicable to a wide group of work performers and may cover workers that in other countries may be considered autonomous or self-employed. As noted above, the social security legislation does not exclude self-employed or entrepreneurs. In that sense, it might be of more

interest to look at the precariousness of the individual performing work, independently of how to categorise the work in question.

With the precariousness of the individual performing work in mind, two examples of social security benefits will be given in order to illustrate how the Swedish welfare system works in relation to new forms of organising work, namely workers in the grey zone between employment and entrepreneurship and workers with fixed or irregular working time. Independently of if these individuals are categorised as employees or not, their precarious contracts affect their access to social security benefits. The benefits that will be used as examples are the sickness benefit and the unemployment benefit. The former is organised in a similar manner as many other benefits, while the latter differs in both regulation and administration. However, both of them have features that have a negative effect on the above mentioned workers.

1. A SHORT INTRODUCTION TO THE DEFINITION OF EMPLOYEE

Even if the definition of employee is not decisive for the access to social security bene-

* Uppsala University. Assistant Professor.

fits as such, it is still worth elaborating the Swedish definition of employee. For example, the question of who is responsible to pay contributions depends on if the insured is an employee or a self-employed/entrepreneur. It is also of importance for the access to unemployment benefits. Finally, an introduction to the definition of employee also gives a sense of how the concept has developed in labour law and social security law respectively.

In Sweden, there is no clear distinction between ‘worker’ and ‘employee’, rather the concepts comprehend the same group of persons performing work. Hence, from a Swedish point of view the two concepts can be used as synonyms. In this chapter, ‘employee’ will be used in order to distinguish employees/workers from other individuals performing work. However, even if the meaning of ‘worker’ and ‘employee’ fall together, the scope of these concepts may vary depending on if they are applied in relation to employment protection, to collective labour law or to social security. Hence, an individual that is defined as an employee in social security law may not be defined as an employee in employment protection law.

There is no statutory definition of employee, instead, the concept has been developed in case law, preparatory works and in doctrine¹. The rather flexible concept of employee in labour law has to a large extent been developed by the Swedish Labour Court, a court that has not been unfamiliar to take into account changes on the labour market. From a contract law point of view, an employment relationship needs to be based on an agreement, hence a voluntary commitment. If it is forced labour it is not considered an employment contract. The agreement shall regulate that one party personally performs work for the other party. From that follows that a juridical person, such as a company, cannot be an employee. However, if a contract between a company and a potential employer is concluded in order to circumvent employment protection legislation, tax law or collective agreements the company can be disregarded and the contract in question instead viewed

as an employment contract between the person performing work for the company and the employer². It should be noted that an employment contract does not require any specific form. It can be concluded orally, in writing or be deduced from how the parties have interacted. This is also the main rule for contracts in general Swedish contract law.

A voluntary commitment and a personal duty to perform work are not unique for employees. There are of course other factors that help distinguish between employees and self-employed/entrepreneurs. The assessment of if a certain person is to be regarded as an employee or a self-employed in a certain contractual relationship needs to be done in every specific case. All circumstances can be of relevance, but some criteria have been deemed of particular importance in case law and in doctrine³. First, the work shall be performed personally and cannot be hired out to another person. It is a personal duty to perform work that cannot be delegated. If the person in question has the power to delegate to another person that indicates that he or she rather is an entrepreneur that exercise control over other workers such as employees or is able to contract out to another entrepreneur. The second criteria is that the person offers his or her labour continuously for assignments that occur as time goes, which indicates that the contract is lasts over a longer period of time. Third, the person offering to perform work for another is at the same time prevented to perform work of any importance for someone else, either by a clause in the contract or by how the work is organised. He or she should also be subject to the employer’s control regarding how the work is performed, the working time and other directives at the work place. The employer does also provide the equipment needed and reimburse expenses. Finally, the payment should, at least to some extent, be guaranteed⁴.

² Prop 1975/76:105, p 167–168, Adlercreutz A (2016), p 270–286.

³ Se NJA 1949 s 768 where the Swedish Supreme Court states that the social and economic status between the parties is of importance. See SOU 1944:59 & Adlercreutz A (1964), chapter 2. See also SOU 1994:141, p 73, SOU 1975:1, p 722.

⁴ Prop 1976/77:90, p 20–21. A more comprehensive dis-

¹ KÄLLSTRÖM, K. & MALMBERG, J. (2016), s 26–27. For an extended account, see Adlercreutz A (1964).

All criteria do not need to be at hand. Instead, the Labour Court makes an overall assessment which can lead to the conclusion that an employment relationship is at hand even if many of the criteria are not. The criteria should rather be viewed as circumstances that have been taken into account in similar cases. The Labour Court has also considered how different branches of the labour market have developed and the social and economic status of the individual performing work in relation to the client/employer⁵.

The Swedish concept of employee applied in private law is, as noted above, dynamic and its content has developed and its scope widened since the 1940s⁶. Moreover, the concept of worker is wider regarding the right to form trade unions, take collective action and conclude collective agreements. It includes self-employed that are in a comparable situation to employees. The extended concept of employee was introduced in 1945, at the time when the private law concept of employee was fairly narrow. It was considered desirable that other groups on the labour market had the possibility to solve their differences through negotiation, collective agreements and that they, after reaching an agreement, would be bound by peace obligation⁷.

For the purpose of this text, the concept of worker in the Co-Determination Act is of little importance. The traditional concept of employee applied in private law i.e. employment law will be used as a comparison to how the concept affects the access to social security benefits. As mentioned above, it is argued that the scope of the concept may vary between different fields of legislation. As a starting point, the concept of employee is supposed to be applied in the same way in private law⁸.

Even so, the type of dispute, the circumstances at hand and the parties in question may affect how the Labour Court assesses the different criteria. The concept of employee in social security law was early on decided to have a wide scope. As early as in the beginning of the 20th century a social security concept of employee was introduced that was supposed to take into account the employee's social and economic position. The employee's need for protection was supposed to be the starting point. Note that this was long before the concept of employee in private law was extended. In more modern times, hair dressers have been considered employees from a social security point of view, while it has not always been the case in the Labour Court's case law⁹.

It is not clear how large the difference is between the private law and social security law concepts, especially since the private law concept has a rather wide scope today. The concepts are also developed in different courts. To some extent there are additional considerations in private law. The structure of a certain branch may influence how workers are categorised. For example, if it is common with consultants working independently it is more probable that the Labour Court will view workers in such a branch as self-employed at least if the consultants manifest that they voluntarily have concluded contracts as self-employed. Social security cases are decided by the administrative courts and contract law aspects are therefore not considered in the same manner as in the Labour court.

As will be clear below, the concept of employee is of importance for the access to unemployment benefits. However, the concept as such does not need to be the main issue for the access to other social security benefits. Instead, fixed-term or otherwise irregular work poses more problems. This will be illustrated by the access to sickness benefits. The definition of "unemployed" is, however, of relevance both in relation to unemployment benefits and in relation to sickness benefits.

cussion on the development of the concept of worker is given in the public inquiry SOU 1975:1, s 694–725. Adlercreutz also gives an extensive account in Adlercreutz A (1964), s 228–270.

⁵ See for example AD 1993 nr 130, AD 2013 nr 32 and AD 2013 nr 92.

⁶ Adlercreutz points out 1945 as an important turning point, partly for the statements that were made in connection to amendments in the Annual Leave Act, ADLERCREUTZ, A. (1964), p 74.

⁷ ADLERCREUTZ, A. (1964), p 74–75, prop 1944:88, p 52.

⁸ KÄLLSTRÖM, K. & MALMBERG, J. (2016), p 28.

⁹ KÄLLSTRÖM, K. & MALMBERG, J. (2016), p 29.

2. A SHORT INTRODUCTION TO THE SWEDISH SOCIAL SECURITY SYSTEM

The Swedish social security system is a mixed system. It has a long tradition of compensating income loss¹⁰. Most benefits are connected to the income in the sense that both the fees and the benefits are calculated on the income and an applicant must have had an income to qualify for that type of benefits¹¹. There are however, also benefits that are not connected to the income, but offer a basic protection. This is the case for the guarantee pension which individuals living in Sweden are entitled to if they haven't earned enough to receive an income pension. There are basic benefits that correspond to most income based benefits. Another type of benefit is the general child allowance which is disbursed to parents for each child, independently of the parents' income. In that sense, the Swedish system is a mixed system, that offers basic benefit for residents that has not earned enough to receive income based benefits and income based benefits for those who have performed enough work in Sweden to qualify. However, it should be noted that the main part of the system is based on income and the basic benefits are very low.

The social security system is mainly financed by social fees according to the Social Fees Act. Social fees are paid by either the employer for its employees or the self-employed for his or her own activities. The social fees are calculated on payment, including the worth of workplace benefits, for an employee's work. A workplace benefit could for example be the possibility to use a summer house owned by the employer. The value of such benefits is calculated in the same way as the taxes paid for the benefit in question. Hence, the fees are based on the total payment and constitute a sum that is equivalent to a bit more than 30 percent of that sum. The social fees for self-employed are lower, almost 29 percent, but is otherwise calculated the same way. This means that an employee does not have

to think about the social fees since the employer make the payment. They are not visible on the pay slip and are apart from the salary agreed upon in the employment contract. The self-employed must, however, include the social fees in the calculation of the cost for an assignment and is personally responsible for the payment. It is worth noting that both employees and entrepreneurs qualify for social security benefits by either living or working in Sweden and also by fulfilling the specific criteria for each benefit. The person in question does not lose his or her insurance solely by not paying the fees. However, the level of the work-related benefits will be affected by the amount of earnings that has been given account for, for tax purposes. For example, if a self-employed does not give account for the earnings he or she has had, the Swedish Social Security Agency¹² does not have any data for calculating the income based benefit according to the SGI-system¹³.

The work-related benefits in the Social Security Code¹⁴ (hereafter SSC) are applicable to everyone that performs work in Sweden. It covers both workers and entrepreneurs and anyone performing work in between the two categories. As a matter of fact, there are no definitions of 'employee', 'self-employed' or 'entrepreneur' in the SSC. Hence, for work based benefits it's of less importance to distinguish what type of work an individual performs¹⁵, at least in a purely national context¹⁶. From the above it can be concluded that the Swedish system is general in the sense that all types of work performers are covered by the same code that regulates all social security benefits apart from pension and unemployment benefits¹⁷.

¹² Försäkringskassan.

¹³ SGI is an acronym for Sickness Benefit Based Income. It is used for calculating sickness benefits, parental leave benefits, benefits when a parent needs to stay at home with a sick child and other benefits connected to sickness or care of a family member. The SGI-system will be elaborated below.

¹⁴ Socialförsäkringsbalk (2010:110).

¹⁵ Apart from the fact that if a person is not an employee, he or she must make sure to pay the social fees.

¹⁶ Erhag discusses the international implications regarding for example posting in HERZFELD OLSSON, P.; AHLBERG K.; CEJJE K. and ERHAG, T., *lustus* (2019).

¹⁷ The pension regulation is separated from the social se-

¹⁰ The latest decades the connection between income and benefit has weakened. See for example ISF report 2014:4 and Stendahl S (2015).

¹¹ STENDAHL, S. (2015), p 297–298, Ståhlberg A-C, p 24–25.

Workers performing irregular work, independent of if they are categorised as employees, self-employed or entrepreneurs have a particular disadvantage when it comes to social security. Besides the fact that they usually earn less and therefore are entitled to lower benefits, they may have a hard time qualifying for benefits at all. The sickness benefit will be used as an example below regarding benefits that are calculated according to the SGI-system. It will show that the system is structured on work performers having a steady, foreseeable income. After that, another example will be given, namely the unemployment benefit, which is regulated apart from the social security benefits in Sweden. As with the sickness benefit, individuals performing irregular work have difficulty qualifying for unemployment benefits. Moreover, the regulation is unpredictable for self-employed.

3. THE SICKNESS BENEFIT

3.1. Introduction

The sickness benefit is mainly a benefit based on work. It is also among the more discussed benefits concerning what political interests that should be promoted and how they shall be prioritised. An initial interest that of course still is valid today is the redistribution of funds from the working population to the ones that, for a time, are not capable to work due to illness or injury. However, that interest has been complemented by interests such as efficient use of public funds and promoting the return to the labour market¹⁸. Several public inquiries and research reports have been dedicated to its effects and how it should be outlined. In this chapter, however, focus will solely be on how the present rules affect workers with precarious contracts.

curity system since the large reform in the 1990's. The aim was to ensure that the pension system was able to finance itself and that it did not risk affecting the general state budget. However, regarding employees and entrepreneurs, the structure is the same as in the SSC. The unemployment benefit is regulated in a different manner, which will be elaborated below.

¹⁸ For further reading see MANNELOVIST, R., *Iustus* (2012).

The public sickness insurance consists of several different components – sickness benefits in case of illness or reduced capacity to work, sickness or activity compensation (in case of a long period of reduced capacity to work) and benefits in case of work injuries. This chapter will focus on the sickness benefits, since that is the initial benefit and the requirements for that benefit have to have been met in order to enter the system at all¹⁹.

The sickness benefit, as well as other social security benefits mentioned above, is in a way blind to the type of income an individual has. Both employees and entrepreneurs are covered by the system. If an individual has an average, regular income he or she will, in principle, have a right to benefits, independently of the work status. However, an individual with irregular income will face problems both as an employee and as a self-employed, since an irregular income makes it more difficult to fulfil the requirements.

Sickness benefits are approved for an insured that has reduced capacity to work. The capacity has to be reduced with at least a fourth of the normal work capacity. The assessment is made by the Social Security Agency that has a duty to investigate an individual's reduced capacity to work in order to get a basis for the decision regarding whether the reduced capacity amounts to at least one fourth of the individual's normal capacity. The investigation is made in collaboration with, amongst others, the employer, but the Agency also has in-house experts, documentation and reports regarding different types of diseases.

The size of the benefit depends on the degree of the impairment and the size of the SGI (chapter 24, section 2 in the Social Security Code). The SGI will be elaborated below, but it is worth mentioning that the compensation will be paid in one fourth, half, three fourth or total part of the sum calculated according to the SGI. Both requirements have implications for precarious workers. Fixed-term workers or individuals with irregular or un-

¹⁹ The main structure of the requirements is the same for work injuries, but the fact that such injuries have been caused by the work itself motivates some additional benefits.

defined working time, independent of if they are considered employees or not, face the risk of not having access to sickness benefits. This has to do with the calculation of the income in relation to the sickness benefits and with the definition of unemployed.

3.2. the SGI

As mentioned above, the SGI is relevant for some important social security benefits, amongst others the sickness benefit. According to chapter 25 sections 2 of the SSC, the SGI is calculated on the expected income for the next coming year. The reason for assessing future income is that the benefits are supposed to compensate for the income that is actually lost due to sickness. The SGI is also structured in a way that it presupposes that work is continuous and of a certain extent. According to chapter 25, section 3 of the SSC, the work is supposed to last at least six months and the wage has to be of a certain, although quite low, level. Hence, the main rule to establish if an individual has a right to sickness benefits is to assess the existence of a future, continuous income.

From what is stated above, it is evident that the main rule for the SGI is difficult to apply on workers with irregular or undefined working time, since they do not have any stable future contract to rely on. Before 2002, it was almost impossible for so called intermittent workers, that is to say workers that only work when called on and that does not have any employment contract for the time when he or she does not perform work, to receive any sickness benefits. Since the SGI was calculated on future work and no such work was guaranteed they did not fulfil the requirements. After 2002, the Swedish Social Security Agency has calculated the right to benefits on the work already performed, usually looking six consecutive months back. This means that the SGI for intermittent workers usually correspond to the income from the last six months²⁰. The benefits are then calculated on a certain percentage of the SGI. A low and irregular income has in that sense an effect on the social security benefit received.

²⁰ SOU 2019:5, p 206.

3.3. Sick leave pay

In connection to the SGI-system and the sickness benefit, it is also worth mentioning sick leave pay. If a person has an employment contract, the employer is obliged to pay sick leave pay the first fourteen days of sick leave. After that, if the employee continues to be sick, the social security system takes over. This means that the public system does not take responsibility for employees' shorter absence from work due to sickness. Instead, it is a right for the employee that derives from the employment contract²¹. Sick leave pay is, hence, financed by the employer and does not form part of the social security system.

This also means that the Social Security Agency is not involved in assessing the impairment of the sickness the first two weeks. It is the employee's responsibility to inform the employer of his or her inability to work. There is no legal requirement for the employee to give details about the illness, but such requirements may be established in collective agreements²². Formally, it is the employer's right to assess if the employee's illness gives a right to sick leave pay. However, since the only information the employer has to go on is the employee's notification, in practice, it is the employee that does the assessment²³. The employee has a right to sick leave pay, but if the employee is absent for more than a week, he or she has to supply the employer with a doctor's certificate. Hence, it's only the first week the right to sick leave pay is based on solely the employer's and the employee's assessments. In that sense, the assessment of the right to sick leave pay is less complicated compared to the assessment made by the Social Security Agency mentioned above.

Sick leave pay is connected to the employment contract and for that reason it indicates the existence of an on going contractual relationship. This is also manifested in the legislation. According to section 3 of the Sick Leave Pay Act²⁴, the employee has to have

²¹ Prop 1990/91:181.

²² Prop 1990/91:181, p 45-46.

²³ MANNELQVIST, R., *Iustus* (2012), p 51-52.

²⁴ Lag (1991:1047) om sjuklön.

been employed for at least fourteen consecutive days in order to receive sick leave pay if the contract itself is for a month or shorter. If the employee has an open ended contract, the right to sick leave pay fall on the first day of employment. This time limit does not favour employees with irregular or unspecified working time. However, there is a possibility to include earlier employment for the same employer if the earlier contract ended within fourteen days form the first day of the existing contract. In that sense, the rule ensures that employees with many consecutive fixed-term contracts falls within the scope of the law. Many intermittent workers will probably not have a contract of fourteen consecutive days, independently for how long they have worked for the employer. If a person is not deemed to be an employee, there is no employer that is obliged to pay sick leave pay. Self-employed are excluded from the scope of the Sick Leave Pay Act. Instead, if a self-employed fulfils the requirements, the sickness benefit is applicable from day one. This is also the case if an employee does not qualify for sick leave pay²⁵.

When assessing whether an individual has the right to sickness benefits, the assessment of the sickness as such is dependent of if the person in question is deemed unemployed or not. For employees with fixed-term contract or irregular working hours, the definition of being employed might cause problems.

3.4. The definition of unemployed

As mentioned above, the right to and the size of the sickness benefit depends on the degree of the impairment. An individual's ability to perform work must be reduced by at least 25 percent due to the sickness in question (chapter 27 section 2 of the SSC). In order to decide if a person's capacity to work has been reduced it has to be put in relation to something²⁶. A sickness can result in different forms of impairment depending on the profession in question. A fire fighter with a broken leg will probably have a more reduced capacity and be away from work for a longer time than an office worker with the same

kind of fracture. In the example, the capacity is assessed in relation to the type of work an employee is hired to perform.

The relation between the impairment and the profession in question is relevant for the so called chain of rehabilitation that was established in 2008²⁷. The legislator's idea was to reduce the amount of people on sickness benefits by assessing their capacity to work in three different stages. If an individual is deemed to be employed, the capacity to work should be assessed in relation to the work he or she normally performs for the employer up to the 90th day. After 90 days, the Social Security Agency shall assess the capacity to work in relation to other positions that the employer can offer, i.e. the possibility to transfer the worker to another position. After 180 days, the worker's capacity shall be assessed in relation to all jobs on the labour market. The assessment in the last time period has shown to be hard to apply²⁸.

The chain of rehabilitation has been criticized and has also been subject to public inquiries in order to evaluate its effects on the right to benefits. However, compared to unemployed, an employee's impairment is still assessed in relation to the work he or she is employed to perform during the first 90 days. On the contrary, if a person is deemed to be unemployed, the assessment is made in relation to the whole labour market from day one. This indicates that the probability of receiving sickness benefits is reduced if the impairment is put in relation to all sorts of jobs. A person may be able to do less qualified or less strenuous work for another employer. Hence, the definition of being employed is vital for the right to sickness benefits.

It may be difficult to decide if a fixed-term worker is employed or not from a social security point of view. This is especially the case when an employee only performs work when the employer has a need for him or her. In those cases, it is common that each work shift is viewed as a separate contract. If the

²⁵ Case RÅ 2004 ref 103.

²⁶ MANNELQVIST, R., *Iustus* (2012), chapter 4.

²⁷ "Rehabiliteringskedjan" in Swedish. See prop 2007/08:136.

²⁸ Mannelqvist, R., *Iustus* (2012), p 96-101.

employee in question does not have any work scheduled at the time when he or she becomes sick, he or she will probably be deemed unemployed. If a fixed-term employee has worked regularly and if the contract is formulated in a way that it is clear that the worker will work as a substitute or when needed, it is more probable that he or she will be deemed employed. The employer's confirmation that the worker has an employment contract and would have worked if he or she would not have been sick has also been taken into account by the courts²⁹. Hence, the formulation of the contract and the position of the parties will be decisive for whether a fixed-term worker is deemed employed or unemployed.

To sum up, the main rule of the SGI-system is not outlined for workers with irregular or undefined working time. The Social Security Agency has developed an alternative rule for so called intermittent workers and other precarious workers in order to facilitate their qualification for sickness benefits. If the individual has a continuous employment, he or she has a right to sick leave pay the first fourteen days, instead of sickness benefits. The definition of being unemployed is of importance. If the fixed-term employee is deemed unemployed, the employer will, as mentioned above, not be required to pay sick leave pay. Instead, there is a possibility to apply for sickness benefits from day one. The capacity to work will be assessed, not in relation to the work the employee in question has done before but in relation to all jobs on the labour market that the worker is qualified to perform. It could be less qualified work, it could be for other employers and it could be on another location. If there is any work available that the worker can perform and he or she turns such work down, the right to sickness benefits is lost.

4. THE UNEMPLOYMENT BENEFIT

4.1. Introduction

The regulation of unemployment benefits is something of an odd bird both compared to the

Swedish social security system and to occupational benefits found in collective agreements. The unemployment benefit is administrated by private organizations called unemployment benefit funds. The funds are, apart from their statutes, governed by public law. There is a strong connection between the unemployment benefit funds and the trade unions, since the former traditionally have been created and administrated by the latter. The first unemployment benefit funds were founded by trade unions in the end of the 19th century³⁰. The aim was to ensure the trade union members some income in case of unemployment. The right was connected to the trade union membership and the unemployment benefit was a privately organised benefit. Not all trade unions had the means to found unemployment benefit funds and in the 1930's the Swedish legislator decided to support the unemployment benefit funds. The support was conditioned with state supervision carried out by a new public authority³¹. Since then, the Swedish unemployment benefit has been a hybrid of private administration and public financing. With public financing, public interests have also become more prominent in the unemployment benefit's organisation.

Today, most unemployment benefit funds are still connected to a trade union, but they are separate organizations which entails a separate membership. Since the 1960's there are also funds organizing self-employed and entrepreneurs³². The unemployment benefit funds are economic associations and they are governed by the Unemployment Benefit Funds Act³³. The act establishes some mandatory rules regarding the fund's statutes and organizations. Amongst other things, the fund must have at least 10 000 members in order to get registered. Everyone that has a job within the fund's field of activity when applying has the right to become a member, independently of if they are members of a trade union or not. There are today 26 registered unemployment benefit funds in Sweden³⁴.

³⁰ PETERSSON, H., (2012), p 221.

³¹ Prop 1973:56, p 36.

³² SOU 1996:150, p 37.

³³ Lag (1997:238) om arbetslöshetsförsäkring.

³⁴ https://iaf.se/Tre_ersattningssystem/arbetsloshetskassor

²⁹ ISF 2016:1AR, p 16.

The unemployment benefit funds are financed by membership fees and the labour market fee. The labour market fee is one of the social fees that the employer pays for its employees according to chapter 2 section 26 of the Social Fee Act and the self-employed/entrepreneur pays for him or herself according to chapter 3 section 13 of the same act. The benefit itself is completely financed by the labour market fee, while the membership fee finance part of the funds' administration³⁵.

The Unemployment benefit funds' primary aim is to compensate the individual's loss of income during the period he or she is unemployed³⁶. The last decades this aim has been complemented by the aim to ensure that people that are fit for work actually do work³⁷. If the unemployment lasts for a longer period the individual should accept to apply for work available anywhere in Sweden and, within some limits, to be prepared to change profession³⁸. This can be compared with the chain of rehabilitation used in relation to the sickness benefit mentioned above.

4.2. The requirements to obtain unemployment benefits

The requirements to receive employment benefits are regulated in the Unemployment Benefits Act. There are two different benefits – the basic benefit and the income based benefit. The basic benefit is for individuals that are not members in any unemployment benefit fund or that do not fulfill the requirements for the income based benefit. It is a fixed amount that is not connected to the individual's income and that is decided by the government or the authority chosen by the government³⁹. The income based benefit is,

as is evident by the name, connected to the individual's income. However, it only compensate up to a maximum amount per day⁴⁰. The structure can be compared with the basic benefit and the income based benefits in the social security system. However, both benefits imply that the applicant fulfils the general requirements for receiving unemployment benefits. According to section 9 in the Unemployment Benefit Act, the applicant must be unemployed and at the labour market's disposal. The applicant shall be fit for work and enrolled at the Swedish Public Employment Service⁴¹. The two latter requirements can be viewed as a clarification of what it means to be at the labour market's disposal. The applicant must also have been working a certain amount of hours in order to be entitled benefits. The latter requirement is called the 'work requirement' and has proven to be difficult to fulfil for individuals with irregular contracts of work.

The 'work requirement' was introduced in the late 1990's. Before that, it was easier to receive unemployment benefits and the aim with the reform was to strengthen the connection between the right to benefits and the connection to the labour market. The idea was to ensure that only the ones fit for work obtained unemployment benefits and also to ensure that unemployed actually applied for a new job⁴². Hence, today's regulation poses quite strict demands on the applicant's connection to the labour market. According to section 12 of the Unemployment Benefit Act, an applicant must have worked at least six months during a twelve months period calculated from the unemployment and backwards. During these six months, the applicant must have worked at least 80 hours each month or 480 hours during the six months period but at least 50 hours each month. Irrespective of which

sor-i-sverige/ (The Swedish Unemployment Insurance Board's website).

³⁵ MALMBERG, J., (2003), p 180.

³⁶ As with the social security benefits the connection between the income and the unemployment benefit has been weakened. As a matter of fact, the value is more reduced compared to the social security benefits. See ISF report 2014:4, p 29–32.

³⁷ SOU 1996:150, p 38.

³⁸ SOU 1996:150, p 52.

³⁹ At the time of writing it is 365 SEK a day, which is a fairly low amount about the same size as the Swedish social allowance.

⁴⁰ The amounts are established in 24 § and 25 § in the Unemployment Benefit Act. The cap of 910 SEK a day means approximately 25 000 SEK a month, which is well below the Swedish average income for both men and women. Many trade unions provide supplementary wage insurances for their members in order to compensate for the income loss above the statutory cap in the Unemployment Benefit Act.

⁴¹ Arbetsförmedlingen.

⁴² SOU 1996:150, p 45.

of the two ways to calculate that is chosen, the applicant needs to have performed a minimum amount of hour each month during at least six months. An individual that, for example, work 180 hours the first three months, 100 hours the fourth and fifth month and 20 hours the last sixth month would not qualify. The strict 'work requirement' and changes on the labour market towards more flexible forms of work have been identified as the two main reasons for the decreased coverage of the Swedish unemployment benefit. The amount of unemployed that received benefits in 2016 was 37 percent. This can be compared with 64 percent in 2007⁴³.

The right to unemployment benefits is based on the information the applicant hands in. If the applicant hand in information that is incorrect, fail to hand in information or in any other way causes that benefits are wrongfully disbursed, the applicant can be obliged to reimburse the benefits (section 68 of the UBA). The applicant does neither have to be aware of the incorrect information nor ought to have been aware of the incorrect information. He or she can still be obliged to reimburse the benefits. If the information comes from the applicant, the main rule is reimbursement. If there are special circumstances the unemployment benefit fund may remit the obligation to reimburse the benefits (section 68 d of the UBA). However, the rules on remission were made more stringent in 2009⁴⁴.

To conclude, the unemployed shall hand in information to the fund that he or she is a member of. The information is the basis for the decision to grant benefits. In order to have a right to benefits the applicant must be unemployed and be at the labour market's disposal. If the applicant hands in incorrect information, purposely or by mistake, the main rule is that the applicant has to reimburse the benefit. These rules tend to create problems for self-employed, which will be elaborated below.

4.3. The self-employed's access to unemployment benefits

The Unemployment Benefit Act is applicable to both employees and entrepreneurs (section 1 of the UBA). There is, however, no specific regulation for self-employed. Hence, the relevant binary concepts in the Unemployment Benefit Act are employee and entrepreneur. Entrepreneurs' right to unemployment benefits is to some extent regulated in a different manner compared to employees. This is the case for the definition of being unemployed. An entrepreneur is considered to be unemployed when he or she cease to conduct his or her business (section 35 of the UBA). The personal activity in the company shall have ceased completely and it shall not be a temporary pause⁴⁵.

The Swedish unemployment benefit is not supposed to be used to supplement a low income, independently of if the unemployed is an employee or an entrepreneur. However, the assessment is stricter for entrepreneurs than employees. The reason is, according to the preparatory works, that if an entrepreneur that conducts a business with a bad turnover would be allowed unemployment benefits it could affect the competition on the market. The unemployment benefit could be used as a hidden subsidy in the company. For that reason, the entrepreneur has to liquidate his or her business in order to receive benefits. The possibility to receive benefits after continuous pauses in the business is also restricted. If an entrepreneur has terminated his or her business, received benefits, restarted the business and then terminated it again, there is a waiting period before unemployment benefits can be granted again. This means that the right to receive unemployment benefits is stopped until five years after the business has been restarted. All to ensure that the unemployment benefit does not function as a support for businesses that are not profitable⁴⁶. To sum up, the regulation on when an entrepreneur is considered unemployed are strict, which also means that the possibility to receive unemployment benefits while having an active business is practically non-existent⁴⁷.

⁴³ Dir 2018:8, p 4 and ISF report 2014:4, p 32.

⁴⁴ Prop 2008/09:3, p 20–22.

⁴⁵ Prop 2009/10:120, p 84.

⁴⁶ Prop 2009/10:120, p 84–85.

⁴⁷ SOU 1996:150, p 43.

Since 'self-employed' is not a category in the Unemployment Benefit Act, a self-employed must be qualified as either an employee or an entrepreneur. The most important criterion in that assessment is the independency of the worker in question⁴⁸. An independent self-employed is considered an entrepreneur and a dependent self-employed is considered an employee. What constitutes an independent self-employed has been dealt with in case law and preparatory works. An independent self-employed perform his or her work through a company or does at least account for the income taxes as income from business. Other characteristics are that the independent self-employed perform the assignment under his or her responsibility and without the client's direct control. If possible, the self-employed can perform the work where he or she pleases, for example the own place of business. The independent self-employed can carry out assignments for several different clients at the same time, use his or her tools and materials, and also answer for costs connected to the performance of the task. The total cost for the assignment in question is debited the client according to a contract concluded in advance⁴⁹. The criteria can be compared with the criteria used to decide if an individual is an employee or not mentioned in the beginning of this chapter.

This has implications for self-employed and particularly for a specific group of workers on the Swedish labour market, that, in the absence of a better term, will be called 'employed-on-their-own' (*egenanställda*)⁵⁰. A more correct translation would be 'self-employed', but since that concept already has a meaning that comprises a wider group of people performing work the less smooth concept mentioned above will be used. The assessment of whether a person is an employee or an entrepreneur has become more complicated since the use of the form 'employed-on-their-own' has increased. This will be elaborated below but first, the form 'employed-on-their-own' will be explained.

The figure 'employed-on-their-own' can be described as a three-party contractual relationship based on two agreements – an employment contract between the person that perform work and the 'employed-on-their-own'-company and a contract between the 'employed-on-their-own'-company and the client⁵¹. In that sense it reminds of temporary agency work, but an important difference is that a person that is 'employed-on-their-own' has to find the clients⁵². The 'employed-on-their-own'-company does not take any responsibility for finding assignments. Its only function is to receive payment, pay taxes and social fees to the state, and pay salary to the employed.

The relationship between the 'employed-on-their-own' and the client is similar to an agreement between a self-employed and a client. The 'employed-on-their-own' perform the work the client has ordered and the 'employed-on-their-own'-company send the invoice to the client with the sum the 'employed-on-their-own'-worker and the client have agreed on⁵³. The similarity has also been acknowledged by the courts. The administrative court of appeal has pointed out that 'employed-on-their-own'-companies are not comparable with ordinary employers since they do not provide the worker with clients, control the work performed or set the cost for the work. They should rather be considered as an administrator that has been put in between the self-employed and the client⁵⁴. Hence, the fact that the 'employed-on-their-own'-worker is employed has not been decisive in the assessment of if he or she should be deemed an employee according to the Employment Benefit Act. Instead, the court has deemed them to be self-employed. The second step is therefore to decide if a specific 'employed-on-their-own'-worker is a dependent or an independent self-employed in order to qualify him or her as either employee or entrepreneur.

If an 'employed-on-their-own'-worker finishes an assignment without having any

⁴⁸ SOU 2008:89, p 83.

⁴⁹ SOU 2008:89, p 83, see also the cases KamR 3054-14 and KamR 911-14 from the administrative court of appeal.

⁵⁰ IAF report 2016:3, p 6.

⁵¹ SOU 2017:24, p 159.

⁵² Arvas F (2012), p 27.

⁵³ SOU 2008:89, p 82.

⁵⁴ See for example cases KamR 3059-09 and KamR 911-14.

other assignment and also is a member of an unemployment benefit fund, the question is if he or she has a right to unemployment benefits. Bearing in mind that an entrepreneur only has the right to benefits if the business is terminated it is crucial for the 'employed-on-their-own'-worker to be deemed being an employee. If the 'employed-on-their-own'-worker is deemed to be an entrepreneur it is not possible to look for other assignments since the activities has been qualified as a business and therefore has to be terminated in order to have the right to receive benefits. There is no equivalent statutory definition of when an employee is unemployed but according to the preparatory works 'unemployed' means when an individual, due to for example redundancy cannot perform work for someone else's behalf⁵⁵. If the 'employed-on-their-own'-worker is deemed to be an employee, the search for new assignments will be considered equal to job searching, which is both in line with and actually required in order to receive unemployment benefits as an employee⁵⁶.

According to a survey made by the Swedish Unemployment Insurance Board, the majority of the unemployment benefit funds find it difficult to handle self-employed. The difficulties have to do partly with getting correct and sufficient information as basis for the decision, partly that 'employed-on-their-own' cases are hard to assess⁵⁷. The main problem is, according to the survey, the assessment of if an 'employed-on-their-own'-worker is dependent or independent⁵⁸. There is a modest amount of case law from the first and second instances of the administrative courts on the matter and no case law from the Supreme Administrative Court. The assessment in case law is done according to the criteria mentioned above which make the circumstance for the specific 'employed-on-their-own'-worker crucial. Since the 'employed-on-their-own'-company is viewed as an administrator that has been put between the client and the self-employed, the assessment is done in relation to the client.

An 'employed-on-their-own'-worker that has had many clients, has been able to decide where the work is performed and supply the material needed, will probably be deemed independent. The administrative court of appeal in Stockholm concluded that an 'employed-on-their-own'-worker was independent since she had had nine shorter assignments for eight different clients⁵⁹. She performed the work personally and she had been able to have a considerable amount of influence over her activities and only in relation to one client had she completed more than one assignment. The short duration of the assignments and the quantity of clients led, according to the court, to that she had not been dependent in relation to one specific client. If the circumstances had been different, for example, if the clients had been fewer or the assignments had had a longer duration, the 'employed-on-their-own'-worker could have been deemed dependent and therefore categorised as an employee.

The consequence of being deemed an independent self-employed and hence an entrepreneur is that the entrepreneur definition of being unemployed is applicable. If such independent 'employed-on-their-own'-worker keeps his or her contract with the 'employed-on-their-own'-company and continues to search for new clients the definition of being unemployed is not fulfilled. Since being unemployed is a condition for the right to unemployment benefits, the independent self-employed in this example does not fulfil the requirement. If the independent self-employed has stated that he or she is unemployed, it will be considered incorrect information given by the applicant. That will either lead to the application being denied or, if benefits already have been granted, that the applicant has to reimburse them. For self-employed, and particularly for individuals working under different 'employed-on-their-own'-contracts, the two different definitions of being unemployed render it more difficult to achieve at least some security between assignments.

⁵⁵ Prop 1973:56, p 174.

⁵⁶ Compare with section 9 of the UDA regarding being at the labour market's disposal.

⁵⁷ IAF, 2016:3, p 14–15.

⁵⁸ IAF, 2016:3, p 15.

⁵⁹ Case KamR 3054–14.

5. CONCLUDING REMARKS

This chapter has not focused on autonomous workers but on workers with irregular or fixed-term working time, independently of if they perform work as employees or self-employed. Two examples from the Swedish welfare system have been given. From the examples it is evident that the system as such is not adapted for a labour market with various types of work performers offering their services to several different clients or employers. The Swedish system is rather designed in such a way that it offers benefits to workers with stable, continuous working hours and payment, and if you are an employee, preferably from the same employer. Income from business is taken into account but the system functions poorly where the category of work performer is unclear.

An example is how the connection to the labour market is defined. Both the SGI and the 'work requirement' require a certain amount of work during a specific time in order to fulfil the definition of connection to the labour market. This disfavours workers with irregular working time since the time they actually have worked will not be taken into account at all as long as they do not reach the minimum level. In the same way, the connection to an employer also complicates the access to certain benefits, since it is of importance for the definition of being employed, both in relation to the sickness benefit and to the unemployment benefit. Furthermore, it is a requirement for the right to sick leave pay.

There are however some actions taken to further adapt the system to a changing labour market. The Swedish legislator has ordered two public inquiries on this topic. The first inquiry deals with the so called intermittent workers⁶⁰. The proposed change is focused on how the time of the employment is calculated. For example it is proposed that if an employee has had two fixed term contracts within

one month for the same employer the time between these contracts should also be taken into account when calculating the duration of the employment⁶¹. The idea is that if the time between the work assignments is deemed to be part of the employment relation, intermittent workers will at least have the same possibilities as other fixed term workers with longer contracts.

Regarding the unemployment benefit the public inquiry will not be published until January 2020. However, according to the guidelines given by the Swedish government the aim is to increase the unemployment benefit's coverage⁶². The inquiry should, first, focus on the 'work requirement' and propose other ways of assessing the connection to the labour market, for example replace the 'work requirement' with a system where all earlier income is taken into account⁶³. Second, it shall investigate the possibilities to reduce the difference in treatment between different forms of work. In connection to the latter, both 'employed-on-their-own'-workers and workers that perform work both as employees and as self-employed are mentioned⁶⁴.

Lastly, one aspect of irregular and precarious work that is not mentioned in any of the public inquiries and has not been touched upon by the Swedish legislator is the fact that irregular work generally indicates low income and low income leads to even lower benefits. According to a recent public inquiry, self-employed have lower income than both entrepreneurs and employees⁶⁵. This indicates that self-employed, together with employees with fixed-term or intermittent contracts, belong to the most vulnerable group on the labour market. Hence, even if it is made easier to qualify for benefits, the quality of the benefits as such would still be low. This leads to the question if the social security system to a larger extent ought to have a redistributive function favouring workers with fixed-term or irregular working hours.

⁶¹ SOU 2019:5, p 26.

⁶² Dir 2018:8.

⁶³ Dir 2018:8, p 6.

⁶⁴ Dir 2018:8, p 8-9.

⁶⁵ SOU 2019:41, p 49-50.

⁶⁰ SOU 2019:5.

ABSTRACT

The article aims to give an example of how the Swedish social security system works in relation to workers with fixed-term and irregular working time. The concepts employee and worker are used synonymously in Sweden. Furthermore, the social security system is general in the sense that it is applicable to all types of income. The article is for that reason initiated with a section about how the worker/employee concepts are used in labour law and social security law. After that follows a short introduction to the Swedish social security system before the two examples, the sickness benefit and the unemployment benefit, are presented. The way that 'unemployed' is defined in relation to both benefits, the assessment of reduced capacity to work in relation to the sickness benefit and the definition of having a connection to the labour market in relation to the unemployment benefit shows that workers with fixed-term or irregular working time have a disadvantage qualifying for benefits. The conclusion is that the Swedish system of today is designed in such a way that it favours workers with stable, continuous working hours and payment.

Keywords: Concept of employee; intermittent workers; irregular working time; self-employed; sickness benefits; Social Security; unemployment benefits.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo presentar un ejemplo sobre el funcionamiento del sistema de seguridad social sueco con relación a los trabajadores a término fijo y horario laboral irregular. Los términos «empleado» y «trabajador» se utilizan como sinónimos en Suecia. Asimismo, el sistema de seguridad social es general en el sentido de que se aplica a todo tipo de ingresos por trabajo. Por dicho motivo, el artículo analiza en primer lugar la forma en la que los términos «trabajador/empleado» se utilizan en el derecho del trabajo y la ley de seguridad social. Tras esta primera sección, se presenta una breve introducción al sistema de seguridad social sueco ante dos supuestos: la prestación por enfermedad y la prestación por desempleo. La forma en la que se define al «desempleado» con relación a ambas prestaciones, la evaluación de la limitación de la capacidad para trabajar con relación a la prestación por enfermedad y la definición de la conexión con el mercado laboral relativa a la prestación por desempleo, muestran que los trabajadores a término fijo u horario irregular están en desventaja en cuanto a la percepción de prestaciones. Como conclusión, el sistema sueco actual está diseñado de tal forma que favorece a los trabajadores con un contrato estable, un horario de trabajo continuo y pagos regulares.

Palabras clave: Concepto de empleado; trabajadores intermitentes; horario laboral irregular; trabajador autónomo; prestación por baja de enfermedad; Seguridad Social; prestación por desempleo.

Balance y retos del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos*

Balance and challenges of the Social Security system of self-employed workers

JESÚS CRUZ VILLALÓN**

1. CONDICIONANTES HISTÓRICOS Y ACTUALES DE LA ESPECIALIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL

Tanto en el surgimiento como en la evolución de nuestro sistema público de Seguridad Social se ha situado en el centro de atención por antonomasia la protección social de los trabajadores asalariados con régimen de subordinación jurídica desde el punto de vista laboral. Ello no sólo ha determinado una estrecha relación entre el Derecho de la Seguridad Social y el correspondiente Derecho del Trabajo, sino que, por añadidura, por lo que a nosotros interesa destacar en estos momentos, ha provocado que la toma en consideración de la protección social de los trabajadores autónomos se haya situado en un plano secundario.

De un lado, los trabajadores autónomos se han ido incorporando de manera más tardía al ámbito de tutela del sistema, incluso no

lo han hecho desde el inicio de forma plena desde el punto de vista subjetivo, perviviendo incluso hoy en día ciertas actividades profesionales que aún quedan fuera del régimen especial de trabajadores autónomos.

De otro lado, la acción protectora de los autónomos ha sido en sus inicios marcadamente inferior, comparativamente con la correspondiente a los trabajadores asalariados, disparidad que todavía se percibe en la actualidad, por mucho que con el paso del tiempo se haya ido produciendo un palpable proceso de convergencia con la acción protectora del Régimen General. Se trata de una diferencia que hoy en día no se verifica tanto en el plano cualitativo, es decir, respecto del elenco de prestaciones incluidas dentro de su acción protectora, como desde la perspectiva cuantitativa, reflejada en la inferior cuantía media de las prestaciones económicas que son comunes a ambos colectivos.

Elemento clave a estos efectos viene constituido por la diferencia de raíz en el modelo de cotización entre asalariados y autónomos, que probablemente hoy en día sea el determinante a todos los efectos del precedente resultado de disparidad en lo cuantitativo de la acción protectora comparativa entre uno y otro Régimen de la Seguridad Social.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía", DER2017-83488-C4-1-R, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

Así, el surgimiento primero de los seguros sociales y sucesivamente del Régimen Especial de Seguridad Social para los trabajadores autónomos se verifica a remolque del modelo central prevalente establecido de protección social a favor de los asalariados. Dicho en clave actual, el Régimen General asume desde siempre y todavía hoy en día un papel central, en torno al que gira como satélite el Régimen Especial correspondiente a los trabajadores autónomos. No cabe la menor duda de que en los últimos años el Régimen Especial de los trabajadores autónomos ha experimentado una expansión inusitada por lo que se refiere especialmente al tipo de contingencias protegidas, sin parangón en la evolución más lenta en el pasado y casi secundaria del mismo. Ahora bien, a pesar de ello, se mantienen ciertos residuos del pasado histórico del modelo tradicional.

En todo caso, las disparidades entre el régimen de Seguridad Social de asalariados y autónomos siguen encontrando fuertes raíces históricas, que indiscutiblemente han ido evolucionando con el paso del tiempo, pero que no por ello dejan de constituir un factor de peso para mantener las identidades propias de cada uno de ellos.

Ante todo, el peso de la historia se percibe en el dato de que las categorías institucionales del modelo legal de Seguridad Social entre nosotros se hayan construidas sobre la base de las características propias del trabajo subordinado. No es mera circunstancias anecdótica que las diversas instituciones que giran en torno al actual modelo de Seguridad Social hayan arrancado del aseguramiento público de la responsabilidad objetiva empresarial por los accidentes laborales, asunto por excelencia que toma como referente de partida la relación laboral de trabajo subordinado al servicio de un empleador. Es un Sistema que se construye a partir de un trabajador vinculado con un empleador a través de un contrato de trabajo, lo que no sólo determina que la acción protectora del Sistema se vaya extendiendo en atención sobre todo a las contingencias más directamente vinculadas con el trabajo subordinado: riesgos profesionales, invalidez laboral, desempleo, etc. Más aún, incluso aquellas otras prestaciones que puedan venir referidas a situaciones de necesidad que pue-

dan presentársele a cualquier otro trabajador que desempeña una actividad profesional o, más aún, a cualquier otro ciudadano, se conciben y regulan enfocadas preferentemente en relación con el trabajo subordinado.

Por mucho que en los últimos tiempos se aprecie una intensa tendencia hacia la convergencia de los mecanismos de protección de autónomos y asalariados, concurren ciertos elementos diferenciales que conforme al modelo español se presentan como estructurales y, por ello, es comprensible que se mantenga de manera continuada en el tiempo la dualidad de regímenes para ambos colectivos. Con ello no queremos indicar que se trate de diferencias que necesariamente hayan de proyectarse indefinidamente en el tiempo, pero sí que en su evolución natural no es posible que tiendan a desaparecer; en tanto que perviva la estructura propia del actual Sistema español de Seguridad Social, resulta inviable orientar el Sistema hacia un modelo unitario, común para todos los profesionales.

La primera dificultad, nada fácil de superar, a la que se enfrenta el diseño del Régimen de autónomos reside en que concurre una muy intensa diversidad y disparidad de situaciones de los profesionales incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Las realidades económicas y profesionales son bien diferentes entre los que de manera abstracta se califican como "autónomos", de modo que la heterogeneidad es lo que prima. Dentro de los incluidos en este Régimen de Seguridad Social hay categorías bien diversas, desde empleadores con una alta capacidad económica y elevados ingresos hasta trabajadores sin elementos patrimoniales significativos, con reducidísimos ingresos derivados de su actividad económica. Nos encontramos desde quienes desarrollan su actividad con significativa estabilidad de sus negocios tanto desde la perspectiva de las expectativas de su continuidad como de la regularidad de los ingresos que se obtienen, hasta quienes sólo logran realizar actividades de manera puntual, intermitente y con notable irregularidad en la intensidad de los ingresos. Establecer un modelo común, especialmente por lo que afecta al régimen de cotización a la Seguridad Social, resulta eminentemente complejo, de modo que mantener el método actual de determinación de la cuantía de la

cotización provoca en unos casos tratamientos excesivamente generosos y en otros supuestos un tratamiento especialmente gravoso. Sobre todo ha de tenerse muy en cuenta que las diferencias en cuanto a la situación de unos y otros son mucho más intensas entre los autónomos que entre los trabajadores asalariados, comenzando por el hecho de que en unos casos son grandes empleadores con fuerte potencial económico tras de sí, que formalmente no precisan del apoyo del Sistema público, si bien son importantes a efectos del equilibrio financiero del Sistema, mientras que en el otro extremo son meros autoempleos, de trabajadores autónomos económicamente dependientes, incluso, en muchas ocasiones, con formas de empleo más precaria que la correspondiente a los asalariados, con una realidad en ocasiones poco conocida.

En ese marco, también es obligado destacar que, bajo la denominación común de trabajadores autónomos, se acogen realidades profesionales de muy diverso perfil, de modo que sus miembros se identifican ante todo por la pertenencia al “gremio” y no tanto por su condición de autónomos, por mucho que en los últimos tiempos se intenten reforzar los elementos de identidad común a todos ellos. En términos ejemplificativos, la identidad se encuentra ante todo en su condición de taxista, profesional de la construcción, periodista, informático o abogado, antes que la abstracta y formal de trabajador autónomo. Esta diversidad de grupos y situaciones conduce, como es fácil imaginar, a actitudes marcadamente diferenciadas respecto a sus expectativas en su inclusión dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social y, en particular, dentro del Régimen Especial de trabajadores autónomos.

Más allá de lo anterior, se detectan elementos estructurales que determinan la dualidad trabajo autónomo *versus* trabajo subordinado, que se pueden resumir del modo siguiente.

Por encima de todo la clave diferencial se encuentra en el hecho de que al basarse el sistema más influyente en su carácter contributivo, a la vista de que en el régimen de autónomos el pago de la cotización sólo viene asumido en estos momentos por el propio tra-

bajador, mientras que en el régimen general es posible, y así sucede, que el empleador asuma el porcentaje más elevado de la misma. Con independencia de que, más allá de la formalidad jurídica, materialmente todo ello se pueda computar como coste del trabajo y, por tanto, atribuible al valor económico de la prestación de servicios del trabajador subordinado, la mentalidad de cada colectivo es de notable influencia al respecto. En efecto, no se trata de situar la diferencia simplemente en el dato cuantitativo, del mayor o menor esfuerzo económico que deben realizar unos y otros para lograr similares niveles de prestaciones económicas, sino que lo referimos sobre todo a la perspectiva cualitativa de la diversa posición mental en la que se sitúan unos y otros. En efecto, los trabajadores subordinados asumen con naturalidad el valor colectivo del esquema contributivo de la Seguridad Social pública, sin percibir una alternativa a la misma que quede a su libre elección. Por contraste, para el trabajador autónomo la contributividad del Sistema se percibe más personalizada e individualizada si cabe, de modo que se concibe más en las claves propias del aseguramiento privado. De este modo, mientras que para la lógica del trabajador autónomo la voluntariedad debería constituir un elemento central de su régimen jurídico, el modelo contributivo para el trabajador subordinado sólo se concibe en clave de obligatoriedad y de uniformidad en el tratamiento de todos.

A tal efecto, no puede pasar inadvertido que para cierto tipo de trabajadores autónomos es fácil pensar que la cantidad destinada a la contribución al Sistema público podría tener como alternativa el ser destinada a incrementar la inversión en el negocio del que se es titular; en particular, destinarla a acumular un determinado patrimonio inmovilizado afecto a la actividad empresarial de la que se es titular; inversión patrimonial que en el momento futuro de su jubilación o invalidez puede actuar al propio tiempo como ahorro de reserva para tales situaciones de necesidad. Naturalmente esto no es extensible a la totalidad de los trabajadores autónomos, por cuanto que hoy en día existe un número significativo de ellos que, en régimen de autoempleo, desarrollan una actividad profesional de servicios donde la misma se reduce prácticamente a la aportación de trabajo y donde resultan

casi irrelevantes los recursos materiales de inversión destinados a la producción, lo que implica que ese posible ahorro económico vía inmovilizado inmobiliario o de otro tipo en el negocio no es ni necesario ni posible.

Del mismo modo que, al ser la cotización aportación directa y exclusiva del propio trabajador autónomo, esa mentalidad de aportación personal e individualizada conduce con mayor intensidad a una lectura de la cotización como mecanismo de adquisición subjetiva e individualizada de derechos, en concreto, del derecho a las prestaciones económicas de Seguridad Social. En definitiva, ello lleva a una lectura propia de aseguramiento privado frente a las posibles contingencias, con escasa percepción de que el Sistema funciona ante todo como mecanismo de reparto generacional o de población entre quienes se encuentran en la actividad productiva obteniendo rentas suficientes y quienes se encuentran en un estado de necesidad por su expulsión del mercado de trabajo que necesitan de prestaciones públicas para su subsistencia.

En lógica correspondencia con lo anterior, esa concepción de identificación con la lógica del aseguramiento privado, desemboca igualmente en una mentalidad propensa a la voluntariedad en el funcionamiento del Sistema, tanto en lo que se refiere a la acción protectora como, sobre todo, en lo que afecta a la contribución al sostenimiento económico del mismo. Especialmente cifrada la voluntariedad en la expectativa de una cierta libertad de opción en el destino de su capacidad de ahorro económico más allá de la atención a sus necesidades de consumo inmediato, plasmado en la mayor o menor contribución económica al Sistema, que tendría como alternativa, no ya sólo, como hemos indicado, las inversiones patrimoniales en el negocio, sino, igualmente, el destino de tales ahorros a mecanismos diversos de aseguramiento privado frente a similares contingencias.

Complementariamente a lo anterior desempeña una influencia decisiva la funcionalidad que desempeña en el mercado de trabajo un segmento relevante de formas de trabajo autónomo, presididas por un escenario de precariedad profesional. Se trata de una precariedad profesional que a veces pasa inad-

vertida en los diagnósticos de la situación de nuestro mercado de trabajo, si bien, paradójicamente, cuando se efectúa objetivamente la comparación de las respectivas realidades, se puede advertir que se trata de condiciones de desarrollo de la actividad económica en régimen de autonomía marcadamente peores que las de cualquier trabajador subordinado: jornadas de trabajo mucho más elevadas, ingresos económicos notablemente más reducidos, intensa inestabilidad en la continuidad de la actividad profesional, elevados riesgos e incertidumbres en el trabajo, niveles escasos de formación profesional, imposibilidad material de cualquier régimen mínimamente satisfactorio de conciliación laboral y familiar, ausencia de capacidad de gestión autónoma de su negocio por la fuerte dependencia contractual y, por ende, económica, de proveedores y clientes, etc. A la postre, dicho con simplicidad, se trata de formas de empleo que surgen por cuanto que su desarrollo no sería viable económicamente en clave de ejecución como un puesto de trabajo subordinado, en la medida en que su rentabilidad no podría hacer frente a los costes mínimos correspondientes a un trabajador subordinado, simplemente porque la actividad económica proporciona ingresos económicos que no alcanzan a cifras equivalentes al salario mínimo o de un técnico de su nivel homologable al que le fuesen de aplicación las tablas salariales del convenio colectivo del sector en el que se inserta; o soportar los costes acumulados retributivos y de cotizaciones sociales comparativos con los soportados por un puesto de trabajo equivalente de un trabajador subordinado; incluso con jornadas más elevadas que las máximas admitidas por la legislación laboral. En las más de las ocasiones se trata, por tanto, de trabajos autónomos involuntarios, ante la imposibilidad de insertarse en el mercado de trabajo como trabajador subordinado. De este modo, los problemas de un desarrollo correcto del Régimen especial dependen de factores que no son intrínsecos a tal Régimen de Seguridad Social, sino que derivan de la conformación del mercado de trabajo que sólo permite el desarrollo en términos económicos de determinadas actividades profesionales en la medida en que sean en régimen de autonomía, escapando de los estándares de costes propios del trabajo subordinado. Dicho de otro modo, la causa eficiente de la debilidad del Régimen

especial deriva del modo y las razones como se produce la inserción de estos profesionales en el mercado de trabajo como autónomos, que provoca efectos reflejos indeseables en el Sistema de Seguridad Social: es el mercado de trabajo y no tanto la regulación del Régimen especial la que provoca la brecha en las cotizaciones y, por ende, la divergencia en la cuantía de las pensiones. El interrogante a estos efectos es hasta qué punto el Régimen especial de autónomos debe amoldarse a esta realidad del mercado de trabajo, tolerándola e incluso fomentándola, o bien, por el contrario, debe actuar frenando esta deriva de intensa precariedad de algunas formas de trabajo autónomo.

A estos efectos debe tenerse presente que los costes de Seguridad Social hoy en día desempeñan un papel especialmente influyentes en las opciones empresariales de ejecutar cierto tipo de fases del ciclo productivo, bien con empleados propios en régimen de subordinación, o bien hacerlo a través de fórmulas de descentralización productiva vía encargos de ciertas actividades a personal externo que desarrolla su actividad en régimen de trabajo autónomo. En la medida en que las formas de organización empresarial, unidas a las tecnologías empleadas, permitan adoptar formas de trabajo diversas que abren a la opción entre la contratación laboral y la prestación de servicios autónomos, el diferencial de costes será decisivo y, en ese marco, resultará especialmente decisivo el diferencial de cargas derivadas de la cotización a la Seguridad Social. Por ello, igualmente, el régimen de cotizaciones sociales en ciertas actividades incide directamente sobre la conformación del mercado de trabajo e influye decisivamente en los trasposos de actividad desde el trabajo subordinado al trabajo autónomo.

En ese contexto de intensa precariedad del trabajo autónomo, como manifestación extrema de la misma, podría jugar también el hecho intuido, aunque sin datos estadísticos suficientemente contrastados, de que, dentro del amplio fenómeno de la economía sumergida, tenga especial intensidad la que se produciría en el ámbito del trabajo autónomo. Es decir, que entre las manifestaciones de economía sumergida entre nosotros pudiera tener un espacio relevante el desarrollo de activi-

dades profesionales en régimen de autonomía sin afiliación, alta y, por ende, sin cotización a la Seguridad Social. Dicho de otro modo, la pobrísima rentabilidad económica de esas formas de trabajo autónomo podría conducir a que las mismas sólo podrían subsistir en el espacio de la economía sumergida y, por ende, eludiendo el pago de impuestos y de cotizaciones sociales. En estos casos es donde se elevaría a su máxima expresión el dilema entre atacar estas formas de autoempleo sumergido, o bien de tolerarlos, incluso de abrir en la normativa excepciones a los costes de Seguridad Social que hagan posible que no se encuentren formalmente en el ámbito de la economía sumergida, por cuanto que sea la propia normativa la que les exima del pago de las cotizaciones sociales o de fijarlas en cuantía marginal; fórmula de exención total o parcial que, obviamente, produciría efectos automáticos de incremento del desequilibrio financiero del Régimen especial y, en general, del Sistema público de Seguridad Social.

En paralelo a todo lo anterior, tampoco puede olvidarse que los sistemas de aseguramiento colectivo por grupos profesionales, como iniciativa propia del gremio en clave de impulso privado, han constituido el origen más sólido de la solidaridad entre miembros de la misma profesión, al extremo de que las Mutualidades profesionales en muchos colectivos de autónomos han enraizado con intensidad histórica, bien lo sea en el seno de sus respectivos Colegios profesionales, o bien lo sea a través de instituciones creadas específicamente a tal efecto. Ello ha determinado que el recorrido en el tiempo de tales Mutualidades haya sido prolongado, haya calado en la mentalidad de sus destinatarios e incluso que todavía algunos concretos grupos mantengan su protección parcialmente fuera del Sistema de Seguridad Social o conserven mecanismos de mejora colegial.

2. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DE LA REALIDAD DEL TRABAJO INCLUIDO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL

Otra perspectiva imprescindible para aproximarnos al actual Régimen Especial de los trabajadores autónomos es el de describir

someramente la realidad sobre la que se aplica el mismo.

Así, debemos comenzar por señalar que el número de empleadores y trabajadores autónomos en nuestro mercado de trabajo permanece bastante estabilizado en sus dimensiones globales a lo largo de los años, con lo cual, por efecto derivado, también se detecta una notable estabilidad en el número de personas incluidas dentro del Régimen especial de trabajadores autónomo. Tanto los datos proporcionados por la Encuesta de Población Activa como por las cifras de afiliados en alta en la Seguridad Social corroboran dicha constatación. Ello se detecta tanto en términos de valores absolutos como en términos de peso porcentual comparativo en el mercado de trabajo, así como porcentual comparativo entre Régimen General y Régimen Especial de Seguridad Social. Incluso, más allá de pequeños desajustes, se comprueba una importante correspondencia entre los datos estadísticos del mercado de trabajo y los correlativos de Seguridad Social.

En sus grandes cifras, conforme a la Encuesta de Población Activa, el número de empleadores se sitúa en torno al millón de personas, en tanto que el número de trabajadores autónomos sin empleados a su servicio se sitúa en torno a los dos millones, de modo que la suma de los dos grupos proporciona grosso modo la cifra total de afiliados en alta en el Régimen Especial de Seguridad Social. Particularmente significativo es el hecho de que tales cifras permanecen relativamente estables en el tiempo, incluso que cambian comparativamente poco a lo largo del ciclo económico, sea de crecimiento o de crisis económica. Dicho de otro modo, en nuestro mercado de trabajo el impacto del ciclo económico sobre el empleo se materializa esencialmente en creación o destrucción de empleo subordinado, pero impacta en mucho menor medida sobre las cifras globales de trabajo autónomo; en otras palabras, en sus grandes cifras los períodos depresivos o de crecimiento inciden más en la intensidad de la actividad económica de cada negocio en régimen de autonomía y menos sobre el pro-



Fuente: Encuesta de Población Activa. (Primer trimestre de cada año).
Tasa asalarización: Trabajadores asalariados respecto del total de ocupados.

ceso de destrucción o de creación de empleo autónomo neto.

Por lo que se refiere a los datos de la EPA, lo más significativo puede ser la evolución de la tasa de asalarización, que deriva del gráfico anterior.

Las cifras son en lo sustancial similares si acudimos a los datos de afiliados en alta, comparativa del Régimen especial de autónomos respecto del total del Sistema público de Seguridad Social, conforme a las siguientes cifras en los últimos años clave.

Año	Total sistema	Autónomos	%
2008	19.129.805	3.491.802	18,25
2011	17.430.570	3.191.312	18,30
2013	16.298.011	3.042.495	18,66
2018	18.788.079	3.260.337	17,35

Fuente: Estadísticas Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y elaboración propia.
Cifras medias anuales de afiliación.

Los datos precedentes, aparte de lo ya referido respecto de la notable estabilidad en el peso comparativo entre trabajo subordinado y autónomo con la consiguiente incidencia sobre los dos grandes regímenes de Seguridad Social, parecen desmentir los pronósticos formulados por ciertos autores en el sentido de que la irrupción de la digitalización y, en particular, de las nuevas formas de trabajo en las plataformas digitales, estaría provocando un intenso crecimiento del trabajo autónomo con el correlativo importante declive del trabajo subordinado. Tanto las estadísticas relativas al mercado de trabajo como las correspondientes a la Seguridad Social parecen desmentir esta previsión. Por el contrario, si algo se observa, es que en el último período de crecimiento de empleo, a partir de 2013 con la superación de la crisis económica, se verifica un crecimiento del peso relativo del trabajo subordinado, con relativa estabilización del trabajo autónomo. En definitiva, se mantiene, incluso se incrementa, un modelo de mercado de trabajo basado en la alta asalarización. Dicho de otro modo, los cambios cualitativos en términos absolutos de empleo entre trabajo autónomo y subordinado se vinculan esencialmente al ciclo econó-

mico y parece que en las grandes cifras no se ven afectados por el cambio tecnológico. Particularmente significativo es el hecho de que el porcentaje de afiliados en alta en el Régimen especial de la Seguridad Social muestra una sorprendente estabilidad en torno al 18 %, de modo que están influyendo poco en ello las llamadas nuevas formas de empleo en el contexto de la digitalización. No es descartable que esta tendencia pueda cambiar en el futuro, a resultas de un cambio más profundo en las formas de organización empresariales y, por efecto derivado, en el peso del trabajo autónomo dentro de nuestro Sistema de Seguridad Social, si bien ha transcurrido suficiente tiempo ya como para que la digitalización hubiera mostrado un efecto significativo en la materia que estamos analizando.

Un segundo elemento útil en el contraste se puede encontrar en los datos comparativos entre cifras estadísticas de ocupados de la EPA por situación profesional, en particular, de empleadores y autónomos, respecto de los datos de Seguridad Social. Las cifras principales quedarían reflejadas conforme al siguiente cuadro:

Año	Empleadores y autónomos ocupados EPA	Autónomos afiliados
2008	3.596.300	3.491.802
2011	3.019.500	3.191.312
2013	3.060.700	3.042.495
2018	3.086.500	3.260.337

Fuente: EPA y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En sus grandes cifras, se observa una notable coincidencia, incluso se aprecia el dato sorprendente de que llega a ser superior en algunos años la cifra de afiliación respecto de la correspondiente a la de ocupados en el mercado de trabajo. Ello podría tener alguna explicación, en la medida en que en los datos de afiliación pueden incluirse otros grupos, como son los socios de cooperativas de trabajo asociado o de ciertas personas que tienen la condición de familiares del trabajador autónomo. En todo caso, las cifras pueden contener un segundo desmentido, consistente en que no se confirma otro diagnóstico muy extendido en torno a la presencia de un muy elevado número de empleos autónomos que se desenvuelven en el ámbito de la economía sumergida, materializado en ausencia de alta y cotización al Régimen especial de la Seguridad Social.

Ello no puede llevar a la conclusión de la inexistencia de empleo sumergido desde esta perspectiva de la Seguridad Social en relación con el Régimen especial de trabajo autónomo, pero cuando menos sí que las cifras no deben ser muy elevadas, pues de serlo se advertiría una importante brecha entre el número de ocupados EPA y el número de afiliados en alta en el Régimen especial; brecha que, como se ve, no se detecta.

De obligada constancia resulta igualmente el dato, mucho más conocido, de la enorme diferencia existente en la pensión media comparativa entre el Régimen General y el Régimen Especial de autónomos. Una más que importante brecha en las pensiones medias, que se ilustra en el siguiente cuadro, referido en concreto a la cuantía media de la pensión de jubilación.

DIFERENCIAL DE PENSIONES ASALARIADOS / AUTÓNOMOS

Pensión de jubilación			
	Importe medio(*)		Porcentajes
	Régimen General	Trabajadores Autónomos	RETA / R.General
2005	867,69	499,01	57,51
2006	917,20	529,60	57,74
2007	961,81	557,97	58,01
2008	1.029,13	559,02	54,32
2009	1.075,58	586,52	54,53
2010	1.110,23	607,67	54,73
2011	1.144,61	627,61	54,83
2012	1.121,40	649,50	57,92
2013	1.130,15	672,26	59,48
2014	1.151,24	682,26	59,26
2015	1.174,11	692,79	59,01
2016	1.195,71	703,44	58,83
2017	1.215,51	713,53	58,70
2018	1.251,64	740,05	59,13
2019	1.275,69	756,42	59,29

(*) Datos a mes de diciembre, excepto 2019 (enero) Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y elaboración propia.

El dato común deducido de la precedente tabla no es otro que el de que la pensión media de los autónomos incluidos dentro de su Régimen especial se sitúa siempre por debajo

del 60 % de la pensión media correspondiente a los trabajadores subordinados incluidos dentro del Régimen General. Naturalmente, como resulta fácil de imaginar, el diferen-

cial tan notable proviene, en un modelo típicamente contributivo, de la aportación vía cotizaciones sociales mucho más reducida de los autónomos al Sistema, donde un elevadísimo porcentaje de ellos se sitúa en las cotizaciones mínimas legalmente establecidas. En concreto, son más del 86 % los autónomos que cotizan por la cuantía mínima, es decir, correspondiente a ingresos en torno al salario mínimo. Dicho de otro modo, la voluntariedad tradicionalmente típica en la cuantía de la cotización dentro del Régimen especial provoca de manera generalizada que los autónomos cotizan por el mínimo legalmente exigible.

Más aún, el diferencial en la pensión media podría resultar mucho más elevado, de no aplicarse dentro del Sistema el mecanismo de los complementos a mínimos. Tan es así que el número de autónomos que perciben hoy en día el complemento a mínimos es muy superior al correspondiente dentro del Régimen General. Así, el número de autónomos que perciben la pensión mínima supera el 21 %. Ello viene corroborado cuando se atiende a las cifras relativas a las aportaciones del Estado al Sistema, especialmente las destinadas al complemento a mínimos, que resulta muy superior en el Régimen de autónomos que en el Régimen General. En concreto, en términos de porcentajes globales, mientras que la aportación del Estado al Régimen General viene a representar en torno al 5 % del total, en el caso del Régimen Especial de autónomos se eleva a más del triple, alcanzando en torno al 16 %.

En tales circunstancias, se constata una importante doble consecuencia respecto de las medidas que procedería adoptar en el marco de una posible reforma del Sistema por lo que afecta al Régimen especial de los trabajadores autónomos: de un lado, aunque se haya producido un importante proceso de convergencia desde el punto de vista cualitativo de la relación de prestaciones incluidas dentro de la acción protectora, se detecta una importante divergencia desde el punto de vista cuantitativo con pensiones significativamente más reducidas entre los trabajadores autónomos; de otro lado, el desequilibrio financiero del Sistema derivado de ingresos muy inferiores a los gastos se presenta mucho más intenso en el Régimen especial de los trabajadores autónomos comparativamente con el Régimen General de los trabajadores subordinados.

3. TENDENCIAS HACIA LA CONVERGENCIA

Frente a los precedentes elementos, condicionantes de la especialidad y de la realidad práctica en la que se materializan, el ordenamiento jurídico responde con la instauración de unos principios informadores que se orientan hacia la convergencia, proyectando unos objetivos dirigidos a corregir, en la mayor medida posible, las diferencias entre autónomos y asalariados por lo que se refiere al modelo de protección social.

PRESUPUESTO DE INGRESOS POR REGÍMENES AÑO 2019 (millones de euros)

	Cotizaciones sociales	Aportaciones del Estado	Porcentaje de aportación
General	102.654,12	5.598,53	5,13
Autónomos	12.139,79	2.332,33	16,00

Fuente: Seguridad Social. Proyecto de Presupuestos Generales del Estado, ejercicio 2019, Informe económico financiero, tomo III.

Ante todo, entran en juego los principios informadores del modelo desde la perspectiva constitucional. Tales principios informadores se pueden resumir del modo siguiente.

En primer lugar, la universalidad del sistema desde el punto de vista subjetivo. El

texto constitucional garantiza que la acción protectora del Sistema de Seguridad Social abarque a “todos los ciudadanos” (art. 41 CE), lo que comporta una protección universal desde el punto de vista subjetivo; universalidad plena en el momento de la integración dentro del Sistema de todos, sin excepciones, sin per-

juicio de que, de principio, la acción protectora en cada caso concreto pueda encontrarse mediatizada por el cumplimiento de una serie de requisitos que hacen presumir cuando menos la emergencia de un estado de necesidad a resultas de hechos sobrevenidos de los que deriva un incremento de gastos (por ejemplo, asistencia sanitaria) y/o una pérdida de ingresos (por ejemplo, pérdida del empleo). Al margen de la compatibilidad de ello con la pervivencia de un modelo de mayor o menor profesionalización y de contributividad, ello deriva en que incluso el brazo profesionalizante debe estar presidido por el principio de universalidad, que implica, desde la perspectiva que ahora nos interesa, la integración en su seno de la totalidad de los trabajadores, sin excepción; por lo que se refiere a los autónomos, la integración dentro del mismo de la totalidad de los autónomos al margen de que por su posición económica la expectativa sea la de que no precisen de su atención dado que no es previsible que materialmente incurran en los más típicos estados de necesidad, ni de que el modelo pueda basarse en que determinados colectivos, como excepción, opten libremente por la alternativa de conformar un mecanismo de mutualismo profesional externo al Sistema público de Seguridad Social.

En segundo lugar, el mandato constitucional resumido bajo el principio de universalidad, y al margen de su compatibilidad con el vigente modelo profesionalizante y contributivo, viene a exigir que, cuando menos, exista una red de protección social mínima que atienda a la totalidad de los ciudadanos en situaciones de necesidad; esto es precisamente lo que aborda nuestra Seguridad Social a través de la incorporación del mecanismo de acción protectora no contributiva al conjunto de los ciudadanos que pudieran encontrarse en situaciones de necesidad. De este modo, las llamadas prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, que se reconocen con independencia de la situación profesional y del hecho de haber cotizado a la Seguridad Social, son la forma como la regulación ordinaria vigente da cumplimiento al mandato constitucional de universalidad subjetiva. Desde la perspectiva que estamos abordando aquí, comporta un elemento de convergencia plena de todos aquellos trabajadores (sean autónomos o asalariados) que, no logrando

cumplir con los períodos de carencia mínima exigidos para causar derecho a las respectivas prestaciones, tienen reconocidas unas prestaciones no contributivas idénticas en cuanto a requisitos y en cuanto a su acción protectora, sin diferencia alguna por el hecho de ser autónomos o asalariados. Precisamente tal lógica hacía incomprensible que sistemáticamente en el texto refundido hasta hace poco vigente tales prestaciones no contributivas se insertasen dentro del título correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, como si se tratase de una acción protectora reconducible exclusivamente a los trabajadores asalariados; del mismo modo, que resulta digno de valoración positiva, la coherencia del vigente texto refundido de 2015 de haberlo situado en un título propio, independiente tanto del Régimen General como del de Especial de Autónomos.

En tercer lugar, el principio constitucional de igualdad así como la prohibición de discriminación por razón de condiciones o circunstancias personales o sociales (art. 14 CE), que necesariamente presenta un decidido impacto sobre el régimen jurídico de la Seguridad Social. Sin la menor duda el modo de incorporación al mercado de trabajo, bien lo sea como autónomo o como asalariado, constituye una clara condición social a la que de manera genérica alude la Constitución y, por consecuencia, ciertas diferencias de tratamiento basadas en el mismo pueden constituir una conducta discriminatoria, como tal, vedada constitucionalmente. Más aún, debe tenerse presente que por el carácter público del Sistema de Seguridad Social, por designio del propio texto constitucional, el principio de igualdad resulta especialmente referible a esta vertiente institucional de la protección social. A tal efecto, no puede olvidarse que, mientras que el principio de igualdad no suele extenderse al ámbito de las relaciones jurídico privadas, se reclama en todo caso con destacada relevancia allá donde actúa el poder público, lo sea en su vertiente normativa, como ejecutiva y judicial, integrándose a todos los efectos en esa condición de poder público todo cuanto refiera al Sistema público de Seguridad Social. Más aún, tampoco puede olvidarse en este contexto el mandato dirigido a los poderes públicos orientado a promover que las condiciones de igualdad del individuo y de los

grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art.9.2 CE). Ciertamente, lo anterior no puede implicar un imperativo constitucional de plena igualdad de tratamiento entre autónomos y asalariados desde la perspectiva del régimen de Seguridad Social, dado que tal igualdad no se impone allí donde concurren razones objetivas y proporcionadas que justifiquen un tratamiento desigual entre unos y otros trabajadores. Tal circunstancia es la que avala plenamente la constitucionalidad del modelo basado en dos grandes regímenes de Seguridad Social, el correspondiente a los asalariados y el previsto para los autónomos. Pero, en los mismos términos, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación están exigiendo un riguroso respeto a la exigencia de causa justificativa, objetiva y proporcionada, que avale la correspondiente diferencia de tratamiento. Así, ha de rechazarse con contundencia la posibilidad de establecer una presunción de adecuación al presente principio constitucional, por el simple hecho de tratarse de dos formas diversas de desarrollo de una actividad profesional, autónoma o subordinada, de modo que con ello quede salvada, siempre y en todo caso el respeto a dicho principio de igualdad y a la prohibición de discriminación. Por el contrario, tales principios constituyen un fuerte impulso hacia la convergencia de tratamiento en aquello en que haya identidad de situaciones, partiendo de la identidad del estado de necesidad y allí donde no concorra una causa justificativa de la diferencia de tratamiento. No cabe la menor duda de que la diferencia de financiación en el régimen de cotización se puede explicar por sí sola entre autónomos y asalariados, pero en la misma clave no puede considerarse que, efecto derivado de la diferencia contributiva, se desemboque automáticamente por lógica en la diferencia en lo que afecta a la acción protectora ante idénticos estados de necesidad. Por el contrario, mientras que lo primero –mecanismo de cotización– queda plenamente justificado desde su inicio, lo segundo, de partida, debe ser pasado por el tamiz de la comprobación de la justificación de la razonabilidad y proporcionalidad de la posible diferencia de tratamiento; así, partiendo de la premisa del mantenimiento del modelo contributivo, si se desea una convergencia en la acción protectora ello requeriría

también la convergencia en la intensidad de la cotización; en términos concretos, que si la acción protectora que atiende a un determinado estado de necesidad se hace depender del nivel de ingresos durante la vida activa, la intensidad de la cotización deba hacerse depender igualmente de tal nivel de ingresos.

A su vez, internamente dentro del propio Régimen especial de trabajadores autónomos, como tendremos ocasión de detallar, se contemplan Sistemas especiales, que constituyen el instrumento técnico para proceder a establecer diferencias entre diversos grupos y colectivos de trabajadores autónomos. Son diferencias bien conocidas, por encontrarse asentadas desde tiempos atrás dentro del Sistema de Seguridad Social, con origen incluso en una superior diversidad de Regímenes especiales en el pasado, lo que desemboca en afectación a grupos de profesionales tradicionalmente en posiciones muy diversas dentro del mercado de trabajo y, por derivación, en el seno de la Seguridad Social, tanto desde la perspectiva de su financiación como de la acción protectora. Sin necesidad de ser reiterativos a estos efectos, la valoración de contraste con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación es idéntica, *mutatis mutandis*, a lo dicho precedentemente en la comparación entre el conjunto de los asalariados y el global de los autónomos. En resumidas cuentas, las contrastadas diferencias socioeconómicas de unos y otros tipos de autónomos pueden desembocar en la licitud constitucional de los Sistemas especiales dentro del régimen de autónomos, pero, en igual medida, cada diferencia de tratamiento debe pasar necesariamente por el tamiz de la comprobación de su justificación objetiva y proporcionada, de modo que los requerimientos de convergencia se acentúan aún más si cabe internamente dentro del conjunto de la acción protectora del total de los autónomos.

En cuarto lugar, constituye hoy en día un elemento decisivo que favorece la convergencia de tratamiento la sistemática normativa del vigente texto refundido de la Seguridad Social de 2015. En efecto, la sistemática normativa, donde se opta por una regulación conjunta dentro de un cuerpo legal unitario, con un título de arranque común para todo el Sistema de Seguridad Social, de indiferenciada aplicación tanto a los trabajadores autónomos

como a los asalariados, favorece de nuevo las tendencias no sólo a la comparación de Regímenes, sino las presiones a favor de la convergencia de sus respectivos modelos jurídicos.

4. ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL INMEDIATO FUTURO

Aunque sea en términos telegráficos, conviene desembocar con algunas referencias a las posibles medidas que deberían acometerse en nuestra vigente regulación a los efectos de lograr el doble objetivo de un sistema equitativo de cotizaciones sociales que propicie la convergencia en lo cuantitativo de la acción protectora, como de un modelo que garantice el necesario equilibrio financiero del Sistema público de Seguridad Social, cuando menos por lo que se refiere al ámbito del trabajo autónomo. En igual medida, tratándose, como ya hemos advertido, de vasos comunicantes los existentes entre Sistema de Seguridad Social y mercado de trabajo, orientar tales medidas igualmente a que el modelo de Seguridad Social no provoque escenarios de segmentación del mercado de trabajo y, en particular, que se oriente en la medida de lo posible a corregir los efectos reflejos que el Sistema de cotización puede provocar sobre la precarización del mercado de trabajo por lo que afecta a los trabajadores autónomos.

Probablemente no se trata tanto de sugerir medidas especialmente originales, cuanto que de reforzar la oportunidad de acometer algunas de las propuestas que se vienen formulando entre nosotros en el debate sobre la consolidación del Sistema público de Seguridad Social.

4.1. Cotización por ingresos reales

Bien es conocido que desde tiempo atrás las insuficiencias y defectos del actual modelo suelen concentrarse con todo fundamento en los efectos derivados de un modelo de cotización a la Seguridad Social dentro del trabajo autónomo sobre bases mínimas, fijadas anualmente a través de los Presupuestos Generales del Estado; modelo de cotización que convierte esas bases mínimas en el estándar generalizado para el conjunto de los traba-

jadores autónomos. Peor aún, cuando en el último año 2019 se rompe el criterio de que dichas bases mínimas deben corresponderse cuando menos con la cuantía equivalente al salario mínimo, quedando por debajo de dicho umbral, se acentúa aún más si cabe el diferencial entre los dos Regímenes de Seguridad Social, con el impacto que ello provocaría de persistir en el futuro en la intensificación de la brecha entre prestaciones económicas, en particular entre pensiones de jubilación, entre uno y otro Régimen de Seguridad Social.

Los últimos acontecimientos en este ámbito están llamando definitivamente a poner en marcha la propuesta, tantas veces anunciada pero igualmente tantas veces postergada, de cambiar el modelo de cotización, para pasar a ponderarse esencialmente en base a los ingresos reales por cada trabajador autónomo en el desarrollo de su actividad.

El modo de materializarse entre algunos de ellos tal medida resultaría relativamente fácil, atendiendo a criterios similares a los que se toman en consideración a efectos de la declaración anualizada del Impuesto de la Renta de las actividades económicas de los profesionales. En otros casos, es bien sabido que nuestro Sistema tributario nos responde a la realidad de los ingresos entre los profesionales autónomos, especialmente aquellos que se rigen por un criterio de módulos; en todo caso, se trataría de un problema que aunque no menor, se situaría en el terreno de lo técnico del mecanismo más adecuado de efectiva comprobación de los ingresos reales de los incluidos dentro del Régimen especial de trabajadores autónomos.

En todo caso, en muchas ocasiones pasan inadvertidos cuáles son los imperativos constitucionales establecidos al respecto. A estos efectos, abstracción hecha en estos momentos de las concretas y plurales vías de financiación del sistema de Seguridad Social, ha de partirse del hecho de que el gasto en pensiones públicas y, de manera general, en protección social, tiene el carácter de gasto público. Al tratarse de un gasto público, el modo de financiarlo es común a todo el sistema fiscal constitucionalmente contemplado, que descansa en un sistema impositivo en el que los ciudadanos deben contribuir “de acuerdo con su capacidad económica” y

bajo los principios de igualdad y progresividad y donde el límite constitucional último vendría representado por el veto al carácter confiscatorio del sistema fiscal (art. 31.1 CE). Y tales requerimientos son predicables y referibles a las cotizaciones sociales, pues no otra que naturaleza tributaria cabe atribuirles. Lo que sucede en ocasiones es que, comoquiera que las cotizaciones sociales en la legislación ordinaria reciben una regulación propia y su gestión es independiente por la propia Tesorería General de la Seguridad Social, a veces se le quiere concebir como una figura de todo punto diferenciada. Por ello, es importante hacer hincapié en el hecho de que las prestaciones de Seguridad Social constituyen un “gasto público”, del mismo modo que las cotizaciones sociales constituyen una contribución pública más, asumiendo a todos los efectos constitucionales de su carácter tributario. En la medida en que las cotizaciones tienen carácter tributario, las mismas se han de someter a la regla constitucional conforme a la cual todos han de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos “de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (art. 31 CE).

Y todo lo anterior se materializa en que las cotizaciones sociales deben efectuarse con base en la capacidad económica de cada uno, en el caso de los trabajadores autónomos sobre la base de sus ingresos reales.

Adicionalmente, ha de entenderse que no se compadece con los imperativos constitucionales un modelo de voluntariedad en la determinación de la cuantía de la cotización. No se compadece con el diseño constitucional de un Sistema de Seguridad Social basado en criterios de solidaridad intergeneracional entre quienes tienen recursos económicos y quienes se encuentran en un estado de necesidad, de modo que la voluntariedad se explica en la lógica del aseguramiento privado pero es ajena a un Sistema de aseguramiento público. Tampoco se compadece con el diseño constitucional de aportación de fondos a la financiación del gasto público, como ya hemos indicado, conectado con la capacidad económica del ciudadano y en modo alguno con su voluntad de contribuir en mayor o menor medida a las arcas públicas.

4.2. Potencialidad y cotización de los trabajadores autónomos económicamente dependientes

El trabajo autónomo económicamente dependiente, a pesar de sus especialidades desde su origen en el ámbito de la Seguridad Social, no ha llegado a desplegar toda la potencialidad que se le auguraba en el momento en el que se instauró en torno a 2007. Por desconfianzas de unos y cautelas de otros, se le fijaron requisitos, tanto formales como materiales, poco justificados para la lógica de la figura. El resultado será que el número de contratos registrados de esta naturaleza en la actualidad resulta casi marginal (escasamente por encima de los 10.000), que contrasta notablemente con el número de autónomos que según la EPA tienen a una sola empresa como cliente de sus servicios (en torno a 300.000 autónomos de un total de dos millones de autónomos sin empleados a su servicio). Bastaría con suprimir alguno de los requisitos incongruentes con la lógica institucional de la figura para proyectar un resultado de sensible aproximación del número de contratos registrados a la cifra orientativa de la EPA. Así, a título de ejemplo, en lo material, sería conveniente eliminar el requisito de no tener oficinas abiertas al público y el impedimento de que el autónomo económicamente dependiente pueda subcontratar con terceros parte de su actividad, así como, en lo formal, establecer que la sentencia declarativa de la condición de autónomo económicamente dependiente tenga efectos retroactivos al momento del perfeccionamiento de la relación contractual, es decir efectos *ex tunc*, en lugar de la previsión actual de que sólo tiene efectos desde el momento en el que se dicta la sentencia, es decir, efectos *ex nunc*.

Ha de tenerse en cuenta que esta figura del trabajo autónomo económicamente dependiente puede cobrar un superior auge en ciertas nuevas formas de trabajo en el marco de la digitalización. No me refiero en modo alguno a manifestaciones de falsos autónomos, tipo los repartidores de mercancías y bienes que sólo utilizan las plataformas en términos instrumentales para el ejercicio del poder de dirección empresarial, cuanto de auténticos trabajos en la red vía plataformas digitales con formas de trabajo a demanda, de microtrabajo

a distancia y similares. En estos casos pueden existir elementos auténticos de autonomía organizativa que los sitúe extramuros del trabajo subordinado pero con intensa dependencia económica frente a la empresa cliente, que se amolden con facilidad al traje del autónomo económicamente dependiente. Por estas razones, nos parece más que conveniente efectuar las reformas legislativas antes referidas, que pueden situar a este tipo de trabajos dentro de la figura de referencia.

A mayor abundamiento, es en este tipo de actividades profesionales en el marco de la digitalización donde las empresas tienen una superior capacidad organizativa para adaptar las condiciones de ejecución del trabajo atendiendo a los esquemas clásicos de la subordinación o de la autonomía. Por ello, los trasvases desde un estatuto jurídico a otro pueden verificarse con mayor facilidad, sin por ello incurrir tales prácticas en expresiones de falsos autónomos. Al resultar más fáciles dichos trasvases, deviene decisivo el diferencial de costes a los efectos de que las opciones empresariales se decanten por uno u otro estatuto.

En este terreno poco se podría hacer en el ámbito de los costes retributivos de los autónomos, pero sí en el terreno de las cotizaciones sociales.

A tenor de lo anterior entra en juego como elemento claramente influyente el diferencial de costes entre el régimen de cotizaciones al Régimen general y al Régimen especial. Desde luego, en la medida en que se adopte la primera de las medidas propuestas en este terreno (la cotización por parte de los autónomos en atención a sus ingresos reales y no en razón a bases de cotización prefijadas de forma común para todos), el diferencial de costes se reducirá notablemente. En efecto, en el terreno de los costes retributivos las limitaciones son superiores, en cuanto que cualquier régimen tendría que ser respetuoso con las reglas comunitarias y constitucionales en materia de libertad de empresa y prohibitivas de las distorsiones de la libre competencia empresarial; prueba de ello es que los acuerdos de interés profesional sólo son admisibles a nivel de empresa, nunca de sector, y que poseen eficacia subjetiva limitada, con exclusión de la eficacia general.

Por el contrario, sí que sería posible adoptar medidas específicas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. En concreto, se podría establecer un régimen de cotizaciones no sólo con referencia a los ingresos reales de todos los autónomos, sino que además se procediera a trasladar a la empresa cliente el grueso de las cargas correspondientes a las cotizaciones sociales de estos trabajadores, en proporción semejante a lo que rige en el Régimen general para el empleador.

4.3. Reducciones en la cotización a la Seguridad Social como medida de fomento del empleo

Sería conveniente igualmente analizar el impacto efectivo que están teniendo en el ámbito del trabajo autónomo las medidas de bonificación en las cotizaciones sociales, especialmente realizar un diagnóstico de la continuidad real de la actividad económica una vez concluido el período inicial de reducción de las cotizaciones y, más ampliamente, la intensidad de la mortalidad empresarial en las actividades autónomas de nueva puesta en marcha. A tal efecto, constituye un referente importante la valoración llevada a cabo con carácter general por parte del AIREF respecto del escaso impacto de este tipo de medidas en orden al logro del objetivo pretendido de fomento del empleo, en este caso de creación de nuevas iniciativas empresariales por parte de trabajadores autónomos. En particular, debe estar especialmente atento a los efectos de peso muerto y efectos desplazamiento de este tipo de incentivos económicos, que no tienen los resultados materiales deseables.

Más aún, resulta bastante probable que estas fórmulas de “tarifa plana” no estén haciendo otra cosa que incrementar las prácticas de creación de empleos carentes de rentabilidad, que sólo subsisten en condiciones de intensa precariedad profesional de ingresos y de jornada por parte del autónomo; con el agravante de que se trata de una subsistencia muy limitada en el tiempo, por cuanto que no tienen capacidad de continuidad real y, por ende, cierran el negocio apenas concluye el período de ayudas económicas, fiscales y de cotizaciones sociales. Se trata, en definitiva, de empleos autónomos ficticios, que incluso llegan a concurrir en régimen de competencia

desleal con otras actividades empresariales ya maduras en el tiempo de desarrollo, respecto de prestaciones de servicios idénticas y dirigidas a la misma clientela.

En definitiva, sería oportuno proceder a una revisión de estas formas de tarifas planas, que sólo comportan un elevado coste público con fuertes dudas en cuanto a su eficiencia desde el punto de vista del logro perseguido de asentamiento de nuevas iniciativas empresariales.

Incluso en la hipótesis de que dichas fórmulas de tarifas planas se mantengan, si bien se haga en términos de superior eficiencia, dos medidas complementarias sería oportuno introducir.

De un lado, que los menores ingresos para la Tesorería General de la Seguridad Social por este motivo no sean soportados en términos económicos por el Sistema de protección social, ahondando en su actual desequilibrio financiero, sino que corriesen a cargo de los Presupuestos Generales del Estado vía impuestos. Al tratarse de una política pública de fomento del empleo y no de una función del Sistema de Seguridad Social, tiene toda su lógica que ello se compense con las debidas aportaciones del Estado al Sistema.

De otro lado, que carece de sentido establecer este tipo de tarifas planas en relación con los autónomos económicamente dependientes, pues la creación y continuidad de la actividad no depende en estos casos tanto del propio autónomo cuanto que de la empresa cliente para la que se prestan servicios. De subsistir algún tipo de bonificaciones a la Seguridad Social para este colectivo, ello debería insertarse más en la lógica de las reducciones a los empleadores, en la medida en que se introduzca un sistema de que es la empresa cliente quien asume el grueso de las cotizaciones y, naturalmente, siempre que también en este terreno se actúe con el estricto criterio de la eficiencia en el logro real de los objetivos de creación y mantenimiento del empleo con ello creado.

4.4. Tratamiento de las cooperativas

Algunas medidas también se podrían adoptar conectadas con su inserción en el Ré-

gimen especial de trabajadores autónomos, que, igualmente de manera resumida, pasamos a enumerar.

Tradicionalmente se ha permitido que entre las cooperativas de trabajo asociado se pueda optar entre la inclusión de sus socios dentro del Régimen General o del Régimen especial de Seguridad Social, opción que, en la práctica, una vez más se produce con fuerte influencia por el diferencial de costes entre uno y otro modelo de cotización. De nuevo, en la medida en que se introduzca la primera medida proyectada de cotizar al Régimen especial en atención a los ingresos reales del socio, la convergencia en cotizaciones será muy notable, por lo que la alternativa perderá casi por completo su posible aliciente. En todo caso, mientras perviva el modelo actual de cotización y se mantenga el diferencial de costes, la opción en la mayoría de las ocasiones no producirá otra cosa que un resultado de competencia desleal en el mercado entre cooperativas y empresas ordinarias que prestan al mercado idénticos bienes o servicios; un sano modelo de concurrencia mercantil debería conducir a eliminar este tipo de prácticas que sólo provocan injustificadas distorsiones de la misma.

De otro lado, es conocido que, en ocasiones, la articulación del trabajo en régimen de cooperativas de trabajo asociado en realidad está escondiendo prácticas de cesión de trabajadores, que materialmente tienen la condición de subordinados pero que se presentan como falsos cooperativistas o como falsos autónomos. En este orden de cosas, probablemente no sería preciso llevar a cabo ningún tipo de modificación legal, sino que bastaría con reforzar los planes de inspección laboral dirigidos a atajar este tipo de prácticas fraudulentas.

Finalmente, en algunos ámbitos se está extendiendo la experiencia de las denominadas cooperativas de facturación, que actúan asumiendo las laborales de gestión contable y administrativa de cierto tipo de trabajadores autónomos. Las cooperativas de facturación, en estos términos, actúan en cierto modo como si se tratase de una adaptación al ámbito del trabajo autónomo de la figura de las empresas de trabajo temporal, de modo que la cooperativa intervendría como ETT, la empresa cliente como usuaria y el autónomo como trabajador

cedido. La fórmula tiene una destacada utilidad económica y profesional, por cuanto que la cooperativa de facturación presta un servicio real al autónomo, eximiéndolo de las a veces engorrosas tareas administrativas y permitiendo que el autónomo centre su esfuerzo en la ejecución material del servicio que presta. Por ello, a nuestro juicio, debe tratarse de una experiencia a potenciar. Eso sí, este tipo de prácticas hoy en día se sitúan en el terreno de una fuerte anomia legislativa, siendo conveniente proceder a una regulación más integral de la misma, posiblemente en clave similar a lo que existe en otros países próximos al nuestro, como es el caso de Francia o de Bélgica. En todo caso, no se puede desconocer que este tipo de cooperativas de facturación en ocasiones son utilizadas como mecanismo de elusión del pago de las cotizaciones sociales, tanto al Régimen General como al Régimen Especial de autónomos. A nuestro juicio, la reacción frente a este tipo de prácticas fraudulentas no debería ser tanto el cierre de la cooperativa por descalificación de la misma por parte del Ministerio, que sólo se debería producir en los casos más graves, cuanto por la correcta afiliación y cotización del trabajador autónomo al Régimen especial de autónomos.

4.5. Nuevas formas de empleo y control de la cotización

Para concluir, debe efectuarse algún apunte a la intuida situación de ausencia de afiliación y cotización de un elevado número de trabajos a demanda y de microtrabajos a distancia que se producen en el marco de las plataformas digitales. La intensa rotación de estos trabajos, su escasa duración en el tiempo aunque sean recurrentes los encargos, así como la dificultad en la identificación del lugar en el que se ejecutan este tipo de trabajos con enorme distancia física entre el trabajador autónomo y la empresa cliente que le realiza el encargo, constituyen elementos acumulados que propician la ausencia de alta y cotización de este tipo de trabajadores. Ausencia de cotización que se puede producir con independencia del estatuto jurídico que se emplee: trabajador subordinado, trabajador autónomo ordinario, autónomo económicamente dependiente, sin descartar formas diversas de falsos autónomos.

Más allá del efectivo estatuto jurídico que corresponda y, en correspondencia a ello, la

inserción en uno u otro Régimen de Seguridad Social que proceda, parece muy oportuno adoptar las medidas sobre todo de control, a los efectos de evitar estas prácticas elusivas de la inclusión dentro del ámbito de la Seguridad Social, tanto por lo que se refiere a su cotización como a la acción protectora.

La extensión de la digitalización puede tener una doble materialización: por un lado, puede propiciar las tentaciones empresariales hacia la elusión de las obligaciones frente a la Seguridad Social con intentos de ocultamiento de la presencia de formas de empleo sumergido; pero de otro lado, la digitalización puede también facilitar los trámites administrativos y los mecanismos de control.

En efecto, de un lado, la digitalización de la propia Seguridad Social permite gestionar las altas, bajas y cotización de manera simplificada y poco costosa, de modo que la dificultad de los trámites analógicos en el pasado hacían, formal y materialmente, imposible proceder a realizar los actos de afiliación, alta, cotización y baja para microtrabajos. Hoy en día, la digitalización permite gestionar estos trámites con facilidad y con costes tan escasos que no se puede considerar que razones de ineficiencia económica pudieran justificar la elusión de tales obligaciones frente a la Seguridad Social. Prueba de ello es la detectada en ocasiones elevada volatilidad en la afiliación, que en algunas de sus manifestaciones lo que está reflejando es un proceso de alta y cotización muy cortos respecto de este tipo de microtrabajos.

De otro lado, la digitalización provoca que queden huellas palpables en las correspondientes plataformas, incluso en la red, de la efectiva realización de estos encargos y de la ejecución de estos microtrabajos por parte de estos profesionales. Por tanto, un eficaz funcionamiento de la Tesorería de la Seguridad Social en el terreno de la digitalización, acompañado de la normativa correspondiente que le habilite para hacerlo, puede permitir un seguimiento de la trazabilidad de estos trabajos y, con ello, desarrollar procedimientos de inspección digitalizada que impida que este tipo de actividades escapen al ámbito, tanto de cotización como de acción protectora, propio de nuestro Sistema de Seguridad Social.

RESUMEN

El Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores autónomos, aparte de haberse incorporado más tardíamente al Sistema público de protección social, desde su inicio ha presentado diferencias de especialidad muy notables respecto del Régimen General. Se trata de diferencias muy enraizadas históricamente; que incluso, a pesar de las fuertes tendencias expansivas de la acción protectora en el régimen de autónomos, todavía perviven en la actualidad a resultas de una concepción del Régimen especial más en clave de aseguramiento privado que de Sistema de aseguramiento público. Los principios propios de Sistema público constitucional (los principios de universalidad, solidaridad, obligatoriedad y atención sobre la base de situaciones de estado de necesidad) no acaban de calar con la debida profundidad en el Régimen de autónomos, especialmente en la mentalidad de sus beneficiarios.

Este punto de partida es el que permite explicar las notables diferencias comparativas que tradicionalmente han existido entre ambos Regimenes de Seguridad Social, que, hoy en día, no se percibe tanto en el dato cualitativo del tipo de prestaciones incluidas dentro de su acción protectora, como en el dato cuantitativo de las inferiores cotizaciones sociales que derivan en una importante brecha diferencial en las pensiones medias de uno y otro Régimen, así como en el más intenso desequilibrio financiero de uno y otro Régimen.

A mayor abundamiento se presenta una enorme diversidad y disparidad de situaciones entre los beneficiarios del Régimen de autónomos, al extremo que casi se podría afirmar que engloba a un grupo heterogéneo, solo definido negativamente por el hecho de no ser trabajadores subordinados. Baste tener presente que dentro de ellos se integran desde empleadores con una alta capacidad económica y sin apenas escenarios de estados de necesidad relevantes que les obliguen a precisar de la protección del Sistema público hasta trabajadores sin apenas patrimonio que lo sustenten, con ingresos económicos muy reducidos por su actividad y escenarios de enorme irregularidad e inestabilidad de sus negocios. Desde autónomos económicamente no necesitados de protección a autónomos en situaciones de marcada precariedad profesional, mucho más acentuada que para cualquier trabajador subordinado homologable.

Todo lo anterior contrasta con las premisas sobre la que se construye el modelo constitucional de protección social y, en particular, de los imperativos constitucionales por lo que se refiere al Sistema público de Seguridad Social. La universalidad, la atención a situaciones de verdaderos estados de necesidad, la prohibición de tratamientos discriminatorios, así como el sostenimiento del gasto público conforme a la capacidad económica de cada uno se convierten en referentes obligados a la hora de proyectar el devenir futuro del Régimen especial de trabajadores autónomos.

El estudio avanza en un diagnóstico de la situación actual de los trabajadores autónomos en nuestro mercado de trabajo y de su impacto sobre la realidad del Régimen especial de autónomos. Así se destaca la estabilidad en el peso del Régimen de autónomos, especialmente en porcentaje global respecto del conjunto del Sistema, de donde parece desmentirse que se aprecie una tendencia hacia el crecimiento del empleo autónomo en el marco de la irrupción de la digitalización. Se recuerda el dato bien conocido de la cuantía media inferior de las pensiones de los autónomos, que siempre se sitúa por debajo del 60 % de la correspondiente a los trabajadores asalariados; así como, el dato menos cono-

cido de la muy superior aportación del Estado a financiar los complementos a mínimos respecto de los autónomos comparativamente con el régimen general.

A la luz de todo lo anterior, se desemboca en concretas medidas que a juicio del autor se podrían adoptar con vistas a corregir el modelo desigual tradicional entre ambos Regímenes de Seguridad Social, orientándose hacia una convergencia tanto de ingresos como de intensidad en lo cuantitativo de la acción protectora.

En primer lugar, en el marco del mandato constitucional de asunción de la financiación de los costes públicos por todos los ciudadanos conforme a la capacidad económica de cada uno (art. 31.1 CE), se defiende el establecimiento de un modelo de cotización a la Seguridad Social por parte del autónomo en atención a sus ingresos reales, defendiendo que ello debe universalizarse para todos y que técnicamente hoy en día es perfectamente viable.

En segundo lugar, se entiende que debe procederse a adoptar medidas específicas en relación con los trabajadores autónomos económicamente dependientes: de un lado, propiciando que la realidad jurídica de los considerados como tales se corresponda con la realidad sociológica, muy reducidos los contratos registrados respecto de los que podrían serlo; de otro lado, teniendo presente el impacto en las tendencias hacia la huida del trabajo subordinado por el diferencial de costes, sobre la base de atribuir también a la empresa cliente parte del coste de las cotizaciones sociales.

En tercer lugar, se apuesta por la reconsideración de la ineficiencia de los sistemas de tarifas planas y otros mecanismos de reducción de las cotizaciones sociales bajo una pretendida finalidad de fomento del autoempleo, que realmente presenta un intenso peso muerto, de modo que sólo se favorece la aparición de formas de empleo autónomo de elevadísima precariedad, que son formas de empleo ficticias sin capacidad de continuidad en el tiempo.

En cuarto lugar, se considera oportuno desarrollar una efectiva actuación sobre las distorsiones provocadas en la aplicación del Régimen especial de autónomos a las cooperativas, eliminando situaciones de posible competencia desleal con la empresa capitalista por la vía de la reducción de las cotizaciones sociales por la opción injustificada a la integración en el Régimen de autónomos quien debería estarlo en el general, por la vía de atajar las fórmulas fraudulentas de cooperativas que esconden simples mecanismos de cesión de trabajadores, al tiempo que se regulen las cooperativas de facturación permitiendo lo que de positivo tienen sin convertirlos en mecanismos de elusión de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social.

Finalmente, se apunta la necesidad de introducir mecanismos efectivos de control del cumplimiento de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social en los escenarios de las nuevas formas de empleo, especialmente por lo que se refiere a la extensión de los microempleos dentro de la economía de plataformas digitales. Se apunta cómo la digitalización de los procesos de gestión y de control de la Seguridad Social pueden hacerse más efectivos a la luz de la trazabilidad que dejan los trabajos en la red y su detección por vía informática.

Palabras claves: Trabajo autónomo; protección social; equilibrio financiero; Seguridad Social; convergencia cuantitativa; acción protectora; cotizaciones sociales.

ABSTRACT The Special Social Security Scheme for self-employed workers, apart from having been included later into the Public System of Social Protection, has presented remarkable differences with respect to the General Scheme since its beginning. These are historically deeply rooted differences; in spite of the strong tendencies to extend the protective action for self-employed workers, they still survive today because the Special Scheme is defined more in terms of private insurance than of the Public Security System. The very principles of the Constitutional Public System (the principles of universality, solidarity, obligation and care based on situations of necessity) do not have a profound effect on the Special Scheme for Self-Employed Workers, especially on the mentality of its beneficiaries.

This starting point is the one that allows to explain the remarkable comparative differences that have traditionally existed between both Social Security Schemes, which, today, are not perceived as much in the qualitative data of the type of benefits included in their protective action, as in the quantitative data of the lower social contributions resulting in a significant differential gap in the average pensions of both schemes, as well as in the most intense financial imbalance of each system.

Moreover, there is an enormous diversity and disparity of situations among beneficiaries of the Self-Employed Scheme, to the point that one could almost say that it encompasses a heterogeneous group, only negatively defined by the fact that they are not subordinate workers. We should keep in mind that among them we can find employers with a high economic capacity and hardly any scenarios of relevant states of necessity that force them to require the protection of the Public System and workers with hardly any assets to support it, with very low income due to their activity and scenarios of enormous irregularity and instability of their businesses. From self-employed workers, who do not need financial protection, to workers in situations of marked professional precariousness, much more pronounced than for any subordinate homologous worker.

All of the above contrasts with the premise on which the constitutional model of social protection is built and, in particular, of the constitutional imperatives with regard to the Public Social Security System. Universality, attention to situations of genuine necessity, the prohibition of discriminatory treatments, as well as the maintenance of public expenditure according to the economic capacity of each one, become obligatory references when planning the future of the Special Scheme for Self-Employed Workers.

The study continues with a diagnosis of the current situation of self-employed workers in our labour market and its impact on the reality of the Special Scheme for Self-Employed Workers. This highlights the stability in the weight of the Special Scheme for Self-Employed Workers, especially as a whole as compared to the whole System, where it could be denied that there is a tendency towards the growth of self-employment in the framework of the emergence of digitalization. It recalls the well-known figure of the lower average amount of pensions for self-employed workers, which is always below 60 % of that corresponding to employed workers; as well as the less known data of the much higher contribution of the State to finance the minimum supplements with respect to self-employed workers compared to the General Scheme.

In the light of all of the above, it leads to concrete measures that, in the author's opinion, could be adopted in order to correct the traditional unequal model between both Social Security Schemes, with a view to achieving a convergence of both income and intensity in quantitative terms of the protective action.

First, within the framework of the constitutional mandate of assuming the financing of public costs by all citizens according to the economic capacity of each one (Art. 31.1 Spanish Constitution), the establishment of a Social Security contribution model by the self-employed worker in response to their real income is advocated, arguing that this must be universalized for everything and that it is technically feasible nowadays.

Secondly, it is understood that specific measures must be taken in relation to economically dependent self-employed workers: on the one hand, encouraging that the legal reality of those considered as such corresponds to the sociological reality, being the registered contracts greatly reduced with respect to those that could be signed; on the other hand, bearing in mind the impact on trends towards the rejection of subordinate work due to the cost differential, on the basis of also allocating part of the cost of social contributions to the client company.

Thirdly, there is a commitment to reconsider the inefficiency of flat rate systems and other mechanisms to reduce social contributions under a purported objective of promoting self-employment, which is truly dead weight, so that it only favours the emergence of forms of precarious self-employment, which are fictitious forms of employment without the capacity to continue over time.

Fourthly, it is considered appropriate to develop an effective action on the distortions caused by the application of the Special Scheme for Self-Employed Workers to cooperatives, eliminating situations of possible unfair competition with the capitalist company through the reduction of social contributions for the unjustified option to the integration in the Special Scheme for Self-Employed Workers, who should be in the General Scheme, by stopping the fraudulent formulas of cooperatives that hide simple mechanisms of transfer of workers, while regulating billing cooperatives allowing what they have as positive without turning them into mechanisms to avoid the obligatory Social Security contributions.

Finally, we highlight the need to introduce effective mechanisms to monitor compliance with obligatory Social Security contributions in the context of new forms of employment, especially in relation to the extension of microjobs within the digital platform economy. We also point out how the digitalization of management and control processes of Social Security can be made more effective in light of the traceability of the jobs on the network and their detection by computer means.

Keywords: Self-employment; social protection; Social Security; financial balance; quantitative convergence; protective action; social contributions.

La adscripción de los autónomos societarios al régimen especial de los trabajadores autónomos

Self-employed executives within the Social Security system of self-employed workers

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA*

1. LA HETEROGENEIDAD DEL CAMPO DE APLICACIÓN SUBJETIVA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

Es una obviedad que no todos los trabajadores autónomos son iguales en cuanto a su capacidad económica, su actividad productiva concreta, al tipo de trabajo que desempeñan y la forma de organizarlo, estructurarlo y realizarlo en cuanto actividad personal profesionalizada con una finalidad lucrativa. Esta variedad está propiciada por el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA, en adelante)¹, en la medida en que define de forma muy general al trabajador autónomo, permitiendo derivadamente la calificación como tal una gran multiplicidad de sujetos. De manera que cualquier persona física, que haga de forma personal, directa y habitual un trabajo independiente con una finalidad lucrati-

va, podrá ser considerado como un trabajador autónomo y quedará por tanto incluido dentro Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA, en lo sucesivo). No excluyéndolo de esta definición, sino si acaso reforzándola, el hecho de que, además de trabajar personalmente, dé ocupación a otros trabajadores asalariados², conviviendo en él la doble condición, no incompatible, de trabajador autónomo y empresario debido a la titularidad y el control que posee de la empresa y que se manifiesta, entre otras cosas, en su condición de empresario laboral. Algo que es claro cuando se trata de un trabajador autónomo persona física.

La heterogeneidad subjetiva del RETA³, en relación con la cual es lícito plantearse,

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

¹ Art.1.1 LETA: "La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena".

² Se trata de un colectivo que dista mucho de ser irrelevante ya que alcanza a más de 430.000 trabajadores autónomos personas físicas (más concretamente, el 22 por 100 de un total de 1.995.690 trabajadores), dando trabajo a 983.096 asalariados (Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, publicadas en la página web de la institución, julio 2019). Subrayando esa heterogeneidad, LOPEZ GANDÍA, J. "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos", en el volumen, *El trabajador y el empresario autónomo*, (Dir. ALFONSO MELLADO, C.) Tirant-on line, 2018.

³ Destacando esta característica, CRUZ VILLALON, J. "Capítulo 5. El Régimen Especial de trabajadores autónomos. Configuración general y elementos caracterizadores", en el volumen *Tratado de Seguridad Social* (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.), Tomo II, Laborum, 2018, pp. 617 y ss.

aunque es otra cuestión, si ello no hace necesario un tratamiento diferenciado tanto en el terreno de sus condiciones de trabajo como en el ámbito de la Seguridad Social, se ha reforzado desde el momento en que, en lo que a la protección social hace referencia, el RETA se ha convertido en el régimen de destino final de todos los trabajadores que realizan su trabajo de forma independiente. Así ha sucedido ya con los autónomos agrarios⁴, incluidos en el RETA aunque mediante un Sistema Especial (art. 323 a 326 LGSS) y, seguramente, sucederá con los autónomos que aún conservan un Régimen Especial propio, como es el caso del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REMAR, en lo sucesivo), regulados hoy por la Ley 47/2015, de 22 de octubre, sobre protección social de las personas trabajadoras en el sector marítimo⁵.

Lo anterior sucede porque el RETA tiene la vocación de convertirse en un Régimen que, siendo especial respecto del conjunto de la Seguridad Social, sea en realidad el Régimen común de los trabajadores autónomos. Una tendencia que puede visualizarse incluso en el hecho de que asalariados y autónomos están regulados en la LGSS mediante un título propio y con una estructura semejante, aunque diversa en cuanto a su extensión debido a una característica que es propia del RETA como el desarticulado, y seguramente insuficiente, desarrollo normativo de las posibles singularidades en materia de protección social, relacionadas, entre otras cosas, con los diferentes colectivos de autónomos. En todo caso, no es infundado pronosticar que el futuro Sistema de Seguridad Social, en su nivel contributivo, será un sistema con un doble pilar constituido por el Régimen General (que podría incluso cambiar al nombre de Régimen de los Trabajadores por Cuenta Ajena y asimilados) y el, ya no Especial sino igualmente común, mucho más desarrollado y con mayor número de

reglas propias, Régimen de Trabajadores Autónomos⁶.

No obstante, dentro del universo subjetivo del trabajo autónomo pueden hacerse clasificaciones según se atiende a criterios como la edad, el sexo, la nacionalidad, el sector de actividad⁷, o el carácter familiar no asalariado del trabajo⁸. O, incluso, según si el trabajo autónomo se presta a tiempo completo o parcial, si fuera permitido legalmente y/o reconocido como tal a los efectos de la protección social⁹. Colectivos a los pueden añadirse otros.

Como el que se singulariza por las condiciones en el trabajador presta su trabajo derivadas de la particular e intensa relación comercial con el cliente, lo que sucede en el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADEs, generando una dependencia económica que a duras penas los mantiene dentro del territorio del trabajo autónomo). Como se sabe, se trata de un

⁶ Subrayando esa vocación del RETA en transformarse en el Régimen General de los Trabajadores Autónomos, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*. Lex Nova, 2004, p. 39; también, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J. y ALVAREZ CUESTA, H., *Régimen Profesional y de Seguridad Social del trabajo autónomo tras la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo*. Eolas ediciones, 2009, p.123.

⁷ Diferenciando según las actividades y distinguiendo entre todas las variantes del sistema productivo, más allá de la mera división, muy formalizada, entre actividad general, agraria o de mar.

⁸ A todas estas variables se refieren las Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, publicadas en la página web de la institución, julio 2019.

⁹ Lo que, en la actualidad no sucede debido a la permanente suspensión de la previsión establecida al efecto en el art. 1.1 LETA cuando afirma que la "...actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial." Aunque es cierto que, al ser legalmente inexistente, el trabajo autónomo a tiempo parcial no puede tener repercusión directa y como tal en el ámbito de la Seguridad Social, esto no quiere decir que esa parcialidad no se manifieste indirectamente. Como, por ejemplo, en la manipulación de altas y bajas de la actividad formalmente sustitutiva de una actividad a tiempo reducido; o en la elección obligada, como coste mínimo, de la base mínima de cotización aunque no refleje la parcialidad del trabajo; o, en fin, en la regulación de la concurrencia, en términos incluso de reducción de la cotización, en los casos de pluriactividad general (combinando trabajo asalariado y trabajo autónomo) o pluriactividad autónoma (es decir, simultaneando varios trabajos autónomos).

⁴ Autónomos agrarios que alcanzan el número de 187.513 trabajadores (Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, publicadas en la página web de la institución, julio 2019).

⁵ Una integración que no es numéricamente significativa ya que el REMAR solo cuenta con 13.879 trabajadores autónomos (Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, publicadas en la página web de la institución, julio 2019).

colectivo particular ya que, siendo autónomos reales (en caso contrario, se trataría de asalariados) se convierten en figuras con tendencia a la asimilación con estos últimos mediante un elemento determinante como es el del control económico ejercido por el cliente mayoritario, y muchas veces único, lo que condiciona su situación particular dentro de la Seguridad Social y del propio RETA (arts. 23 y ss. LETA y 307 y ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; LGSS, a partir de ahora)¹⁰.

O el colectivo, que ha merecido una relevante atención jurisprudencial y doctrinal¹¹,

¹⁰ Sin tener formalmente la condición de sistema especial, la previsión del art. 11.1 LETA desemboca en una regulación distintiva en terreno de la Seguridad Social de los TRADEs que crea, definiéndolos como *"...aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que el trabajador depende económicamente por percibir al menos el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas y profesionales.."*. Aunque, a decir verdad, gran parte de la diferencia de tratamiento en Seguridad Social se ha derivado hasta ahora de la obligatoriedad de cobertura, en el caso de los TRADEs, frente a todas las contingencias respecto de la voluntariedad de la cobertura de los trabajadores autónomos ordinarios en relación con los riesgos profesionales, la incapacidad temporal y el cese de actividad. Sin embargo, la reforma introducida por el Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, en los arts. 83,136.1,317 y 327 LGSS ha hecho desaparecer los márgenes de voluntariedad que los autónomos tenían en relación con los riesgos citados al convertir dichas coberturas en obligatorias, salvo para los autónomos agrarios. Aunque podría igualmente pensarse en otras especialidades, que serían nuevas, en materia de cotización y, sobre todo, de responsabilidad por estas cotizaciones y por las prestaciones en los casos de incumplimiento de las obligaciones de cotización y alta. En todo caso, el muy escaso número de TRADEs registrados como tales, solo 9.476 (Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, publicadas en la página web de la institución, julio 2019) ponen de manifiesto el relativo fracaso de esta figura y de su regulación específica dentro del RETA. Sintéticamente, sobre estos trabajadores, ALCÁZAR ORTIZ, S. "La Seguridad Social de los trabajadores autónomos económicamente dependientes" (TRADE), en *Tratado de Seguridad Social* (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Tomo II, Laborum, 2018, pp. 563 y ss.

¹¹ Símbolica del tratamiento doctrinal es la obra de DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, 2000.

de los administradores sociales o los altos directivos, comprendiendo toda la gama de trabajadores que desarrollan para una empresa las labores máximas de gestión y de administración como pueden ser los miembros de consejo de administración, los gerentes y apoderados generales o los altos cargos. Trabajadores a los que la peculiaridad les viene dada por el hecho de que desarrollan funciones de tipo directivo que los hace identificarse con la empresa a la que gestionan, al ser el portavoz de su voluntad así como el ejecutor de la misma¹². Este tipo de tareas es la que hace que deba valorarse desde otro prisma, más amplio que el estrictamente laboral, la relación contractual de prestación de servicios que tiene ese singular contenido y considerarla, según las variantes fácticas y jurídicas asociadas al desempeño del cargo, una relación de prestación de servicios personales de tipo laboral, de naturaleza autónoma o, incluso, como independiente no autónoma, para dar acogida a la prestación de trabajo rígida por normas mercantiles.

O, en fin, el de los trabajadores autónomos societarios cuya identificación como tales a los efectos del encuadramiento en la Seguridad Social a partir de los criterios establecidos en la norma, será el objeto central de este trabajo.

2. EL AUTÓNOMO SOCIETARIO: CARACTERES Y TIPOS

Es un autónomo societario¹³ quien, en primer lugar, presta su trabajo para una entidad societaria con personalidad jurídica propia y diferenciada de la del trabajador, siendo ella y no el cliente quien recibe jurídicamente el trabajo. La sociedad se interpone así entre el trabajador y el cliente ya que la sociedad la que presta esos servicios y la que cobra el precio de los mismos. En definitiva, como si

¹² Que es lo que LIMÓN LUQUE, M.A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*. Aranzadi, 2004, pp.180 y ss. la teoría del vínculo.

¹³ Con carácter general y útil para la identificación de los autónomos societarios, DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA, cit. pp.107-138.

las dos relaciones, la de trabajo y la mercantil convergiesen en un vértice en el que se sitúa la sociedad. No obstante, el carácter societario de la destinataria primera de los servicios no convierte, obviamente, a todos los trabajadores que se encuentren en esa situación en autónomos societarios ya que, para que sea así, es preciso reforzar esa condición con el segundo de los rasgos, éste absolutamente determinante, cual es que el trabajador sea socio de la sociedad en la que trabaja.

Esto hace que, a diferencia de en el caso de los administradores y de los altos directivos respecto de los cuales el punto de partida del análisis es el del ejercicio de determinadas funciones y competencias, decantándose la calificación por la autonomía o la dependencia en función de ellas, en lo que se refiere a los autónomos societarios, se parte, más que de las funciones, de la participación en la titularidad del capital social, en cualquiera de sus variantes; lo que descarta ya, al margen de las funciones que desempeñen, a los trabajadores no socios. Sin embargo, una vez establecida la existencia de la titularidad social y delimitada su relevancia, es cuando el ejercicio de funciones de dirección y gerencia vuelve, como se verá, a cobrar importancia a efectos clasificatorios¹⁴. Lo que no ha impedido que los juicios acerca de la autonomía del trabajador, dando particular relevancia a la perspectiva de las funciones, no hayan acabado contaminando los relativos a los autónomos que, además y necesariamente, son socios. De aquí que es frecuente que ambos colectivos se traten conjuntamente.

Evidentemente, la figura del autónomo societario descarta una visión del trabajador autónomo como persona física, que contrata directamente con el cliente y realiza de la misma manera directa y personal su trabajo sin auxilio de otra persona, salvo si acaso los familiares. En esta situación, que aún hoy es bastante común¹⁵, la calificación del trabajo

como autónomo o asalariado depende solamente de la naturaleza de la relación entre trabajador y cliente, al tratarse de un trabajador autónomo directo cuya condición de tal dependerá de los caracteres del vínculo que le unen al cliente. De forma que si éste refleja los rasgos propios de la relación subordinada, la inicial configuración como trabajo autónomo se desvanece para transformarse en trabajo por cuenta ajena. Es pues la independencia personal frente al cliente lo que se tiene en cuenta. Y es lo que determina que los TRADES se asemejen en su tratamiento jurídico a los trabajadores asalariados en la medida en que han dejado de ser independientes, aunque sea solo en lo que se refiere a su dimensión económica.

Pero el descrito ha dejado de ser el prototipo casi exclusivo de trabajador autónomo al aparecer otras formas de prestar el trabajo en las que, como se ha dicho, la relación directa del trabajador con el cliente desaparece jurídicamente, al interponerse entre ambos una sociedad, para la que el trabajador realiza su tarea y de la que recibe una compensación económica; la cual, a su vez, como tal empresa, vende bienes o presta servicios al mercado, incorporando el trabajo del trabajador, y recibiendo del cliente el pago del precio establecido. Desde ese momento, lo relevante ya no es la relación fáctica con el cliente sino el carácter de las que vinculan al trabajador con la sociedad: la de prestación de servicios y la societaria y en qué medida esa concurrencia, si es posible, se decanta hacia la autonomía merced a lo que se ha llamado el levantamiento del velo que permite valorar, mediante el ejercicio de determinadas funciones, el alcance de la identificación entre trabajador y sociedad.

Cuando esa participación social no existe, es decir, no se trata de un autónomo societario, la calificación del trabajador, cualquiera sea su tarea, dependerá de si concurren o no los rasgos de la dependencia y de la ajenidad. Siendo perfectamente posible, como sucede

¹⁴ El colectivo de los autónomos societarios alcanza, según las Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (publicadas en la página web de la institución, julio 2019, a 551.212 trabajadores, es decir, un 17 por 100 del total de autónomos.

¹⁵ El número de trabajadores autónomos personas físicas

asciende a 1.995.690 personas del total de 3.286.600 autónomos, esto es, un 60 por 100 de los autónomos (Estadísticas del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, publicadas en la página web de la institución, julio 2019).

mayoritariamente, que tales trabajadores sean considerados asalariados. La cuestión es si, en esta operación, la autonomía como criterio diferencial puede encontrarse en el tipo de trabajo, en las facultades que ostente el trabajador, y en las condiciones en las que lo desarrolla, esto es, en lo que el art. 136.2 y 305.2 LGSS llaman funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

No tratándose de autónomos societarios, baste decir que estos trabajadores, pese a realizar funciones de dirección, podrán ser calificados como altos directivos, o personas vinculadas a la sociedad por una prestación de servicio regida por normas mercantiles, y en consecuencia, insertos en el RGSS. Y, que, en todo caso, el ejercicio de las funciones directivas no decanta necesariamente el trabajo hacia la autonomía. Aunque así parezca indicarlo el art. 136.2, b) LGSS cuando considera asalariados solo a quienes, además de carecer del control social y aunque formen parte del órgano de administración de la sociedad, no ejercen funciones directivas. Pero esta impresión se desvanece si se tiene en cuenta que el mismo art. 136.2, c) considera asimilados a trabajadores asalariados a los consejeros y administradores de las sociedades, incluso si su cargo conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia en la medida en que carecen del control social. En consecuencia, ejercitar funciones directivas no garantiza al trabajador no socio la condición de autónomo ya que, además, deberá tener el control de la empresa. O, dicho de otra forma, que podrá haber ejercicio de funciones directivas sin control social, y se tratará de asalariados; como también, aunque más extrañamente, control social sin ejercicio de funciones de dirección, seguramente autónomos; y control social y ejercicio de esas funciones, que es lo normal, donde la condición de autónomo es indiscutible.

Volviendo a los autónomos societarios, la naturalidad de la relación bilateral entre trabajador y sociedad, basada en la diferenciación, jurídica y patrimonial de ambos y que permite el establecimiento de un vínculo contractual, se quiebra cuando entre ambas partes contratantes existen elementos de identificación, como puede ser la titularidad de la sociedad por parte del propio trabajador. De

forma que éste, al prestar el trabajo, en realidad está aportando un esfuerzo personal cuyo beneficio recibe él mismo en calidad ya no de trabajador sino de socio. Y, como consecuencia de esa identificación de posiciones y de intereses, no podrá establecerse una relación de bilateralidad ya que, por así decir, el trabajador es la sociedad, y la prestación de su trabajo se hace en beneficio propio. Esto es, un trabajar para sí mismo que justifica la calificación de autónomo.

Determinar en qué casos la posición del socio que trabaja para la sociedad puede ser calificada como de autónoma, e incluida en el RETA, y en qué otras, pese a todo, debe considerarse asalariada o asimilada a ésta y, en consecuencia, adscrita al RGSS, es el objetivo de este trabajo.

Para lo que es conveniente ahora diferenciar las diversas formas de desarrollo de un trabajo autónomo societario. De una parte, puede tratarse de un trabajador que, siendo socio, su aportación social es precisamente el desarrollo de un trabajo directo para el cliente, supuesto en el que la sociedad sirve solamente como una pantalla entre trabajador y cliente, existiendo una poderosa relación fáctica entre ambos. Finalmente, es un trabajador que presta él mismo el servicio de forma directa, solo o auxiliado por otros, aunque tras el velo de la sociedad interpuesta, no percibiendo directamente la retribución del cliente sino a través de la sociedad de la que es socio. De otra parte, particularmente cuando se trata de estructuras societarias o empresariales de mayor dimensión, el trabajo del autónomo socio tiene lugar en el interior mismo de la sociedad y en su beneficio, sin relación alguna con el cliente, salvo la estrictamente mercantil. Un tipo de trabajo dentro del que puede diferenciarse el que consiste en el ejercicio de funciones directivas y el que se materializa en otro tipo de tareas que carecen de esa connotación.

En todo caso, hay que partir de una doble constatación. En primer lugar, que el tipo de autónomo societario titular, total o parcial, de la sociedad y cuya aportación a la misma es precisamente su trabajo para el cliente, reclama una consideración especial a partir del tipo de sociedad, del carácter personal de la misma y del trabajo del autónomo como

aportación social de la que se esperan beneficios pero de la que también se asumen sus pérdidas. Todo lo cual remite a un tipo específico de sociedades, de tipo personalistas como las regulares colectivas, las comanditarias, las sociedades civiles, regulares o irregulares, las comunidades de bienes y las cooperativas.

En segundo lugar, que los elementos para una calificación como trabajador autónomo del socio que realiza trabajos internos para una sociedad de capital (en cualquiera de sus variantes de responsabilidad limitada, anónima o comanditaria) derivan exclusivamente del tipo de posición del trabajador en la sociedad y de si se ha producido o no esa fusión entre trabajador y sociedad que permite identificarlo con la sociedad misma. Lo que, como se ha dicho antes, la norma cifra, estableciendo un puente entre las dos personalidades jurídicas diferenciadas de trabajador y sociedad, que no es otro que el control efectivo, directo indirecto, de la sociedad. Es por tanto el control de la sociedad el elemento decisivo y de su tenencia dependerá que un trabajador socio deba ser considerado autónomo.

3. LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS MIEMBROS DE SOCIEDADES PERSONALISTAS

3.1. Las sociedades regular colectiva y la comanditaria simple

Las típicas sociedades personalistas son las que el art. 305.2, c) LGSS menciona refiriéndose a la sociedad regular colectiva y a la comanditaria simple¹⁶. En estos casos, la norma parece insertar en el RETA, sin más condiciones, a todos los socios industriales, o de capital y trabajo, de estas sociedades, no exigiendo ninguna participación especial del capital societario. Basta, en consecuencia, con ser socio trabajador de la sociedad regular o de la comanditaria, y consistir su apor-

tación social el propio trabajo, para que el trabajador deba ser considerado autónomo¹⁷.

Reguladas por las normas mercantiles (arts. 122 y ss. del Código de Comercio), las sociedades regulares colectivas y las comanditarias simples son sociedades personalistas, es decir, aquellas en las que el socio responde de forma ilimitada y con su patrimonio de las deudas sociales. Es lo que sucede con los socios industriales de las sociedades regulares colectivas cuya aportación societaria es precisamente su trabajo; y también con los socios colectivos de la sociedad comanditaria que aportan trabajo y no solo capital como los socios comanditarios. Esta responsabilidad económica personal, que tiene los rasgos evidentes de la asunción de riesgos, no tiene otra justificación que su contrapartida que no es otra que el derecho a participar del beneficio empresarial.

De modo que quien compromete, además de su trabajo personal, su patrimonio en la actividad que desarrolla debe ser considerado un trabajador autónomo que participa en mayor o menor medida en la gestión de la empresa y de sus rendimientos produciéndose la identificación entre trabajador y sociedad que justifica esa calificación. Lo que sucede igualmente en relación con los socios colectivos de las sociedades comanditarias simples ya que solo ellos pueden ejercer mancomunadamente las funciones de administración y gestión de la sociedad laboral y responden de las deudas sociales, salvo el caso de los socios comanditarios que solo aportan capital. En consecuencia, todos ellos deberán considerarse trabajadores autónomos en cuanto socios colectivos

¹⁷ Aunque es una regla sometida a crítica sobre la base de que, en cualquier caso, siempre se podrá demostrar que el trabajo del socio industrial o de trabajo de una sociedad regular colectiva realiza su tarea, pese a la condición de socio, en condiciones de dependencia, por lo que deberá ser considerado trabajador asalariado. GÓMEZ CABALLEERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social. Campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo Blanch, 2000, p.39-40. Y algo semejante sucede cuando se rechaza la atribución de autónomo a todo socio de una sociedad comanditaria, entendiendo que la existencia de la sociedad, en cuanto colectiva, separa al trabajador de la misma, pudiendo configurarse entonces como una relación no autónoma entre la sociedad y el trabajador en función de su trabajo y en qué condiciones lo preste.

¹⁶ Sobre este tipo de autónomos, LÓPEZ INCIARTE, M.C. *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, 1996, pp. 199 a 210.

de la sociedad regular colectiva o comanditaria y siempre que su aportación social sea el trabajo.

Se trata de una adscripción sometida a crítica en la medida en que se sostiene que, pese a todo, entre el trabajador y la sociedad no hay una plena identificación, lo que se manifiesta cuando el trabajo se realiza en condiciones de dependencia. Lo que haría emigrar al RGSS a los socios de estas sociedades que no fueran calificados de autónomos al no tener poderes inherentes a la titularidad de la empresa, carecer de autonomía y plena responsabilidad¹⁸.

3.2. Comuneros de comunidades de bienes o socios de sociedades civiles irregulares

En este caso, la mención de la LGSS, igual a la contenida en el art. 1.2, b) LETA se limita a considerar autónomos a los miembros de comunidades de bienes o socios de sociedades civiles irregulares, con la única excepción de que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. Es decir, que debe tratarse de una actividad que se inserta en el proceso productivo a través de su participación como miembro de la comunidad de bienes o de una sociedad civil irregular, consistente normalmente en la puesta en común de un trabajo y bienes, en la dirección compartida de la comunidad o de la sociedad, participando tanto en el reparto, que puede ser igual o variable, de los beneficios como asumiendo, mediante una responsabilidad solidaria y personal los riesgos de la actividad productiva. Algo semejante al funcionamiento de la sociedad civil irregular que, no estando formalmente constituida, tiene la misma característica de fondo y de funcionamiento que la comunidad de bienes.

Excluido el supuesto de mera administración, una razón semejante a la alegada en el caso de las sociedades regulares colectivas y comanditarias, lleva a considerar autónomos a todos los miembros de la comunidad de bienes que aporten trabajo en razón de su participación en beneficios y costes. Y lo mismo

¹⁸ En este sentido, BLASCO LAHOZ, *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant, 1995, pp. 107-110

puede decirse de la sociedad civil irregular cuyos socios deben ser tratados como los de las sociedades regulares colectivas. Aplicándoseles, en fin, la calificación de autónomos tanto a los comuneros como a los socios de sociedades irregulares en la medida en que aportan trabajo, que es el título de su participación social, pero también participan en la gestión y en los beneficios y responden de forma universal frente a las deudas de la sociedad.

3.3. Otras hipótesis de formas societarias

Al margen de las citadas, otra hipótesis es la de la sociedad civil siempre que sus socios trabajen de forma personal y directa, con finalidad lucrativa, poniendo en común bienes y trabajo con la finalidad de repartir las ganancias mediando una responsabilidad ilimitada. También aquí existe la justificación de la aportación de trabajo personal a una comunidad de bienes que convierte el trabajo del autónomo en trabajo para sí mismo y que hace que autónomos a todos los miembros de trabajo de sociedades colectivas o comanditarias, incluso irregulares, y de las comunidades de bienes.

No obstante, se trata de una modalidad societaria que no tiene expresa acogida en el art. 305.2 LGSS por lo que puede entenderse que su régimen será el de las sociedades de capital. Sin embargo, el peso de los rasgos de funcionamiento de estas sociedades caracterizadas por una gestión compartida y una confusión de trabajo y patrimonios decantan a sus socios, como en los casos anteriores, hacia la condición de autónomos. Aunque no puede excluirse el régimen de las sociedades de capital en los casos en que el trabajo para la sociedad es interno, con ejercicio o no de funciones directivas.

3.4. Los socios de trabajo de las cooperativas

Las cooperativas son, como la anteriores, sociedades personalistas, aunque tengan carácter mercantil y desarrollen actividades empresariales. No obstante, la primera cuestión es establecer si las reglas que se comentarán ahora se refieren a todo tipo de cooperativas recogidas en el listado del art. 6 de la

Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. La respuesta es negativa permitiendo excluir de consideración las de vivienda, de consumidores y usuarios, de seguros o de créditos, en las que el cooperativista no aporta trabajo así como las cooperativas agrarias que son cooperativas de explotación. Entre las que sí puede darse esa aportación del socio, se pueden distinguir las cooperativas de trabajo asociado (que incluye las cooperativas de enseñanza, por remisión expresa del art. 103.3 de la Ley de Cooperativas), las de explotación comunitaria de la tierra, las agrarias, las de servicios, las de mar y las de transportistas. También las cooperativas sanitarias que serán, según los casos, cooperativas de trabajo asociado o cooperativas de servicios¹⁹.

Pues bien, la consideración de autónomos o de asalariados de los socios que aportan trabajo en esas cooperativas depende, en primer lugar, de tipo de cooperativa.

Así, en cuanto a la cooperativa de trabajo asociado (incluyendo a la sanitaria que funcione como tal), la primera regla que hay que recordar se refiere al hecho de que la cooperativa podrá optar, y con efectos para todos sus socios trabajadores, tanto por asimilarlos a trabajadores asalariados, adscribiéndolos al RGSS, como por considerarlos, incluso en los casos en que el trabajo reúne los requisitos para ser asalariado, trabajadores autónomos²⁰. Se trata de una opción que la LGSS permite aceptando que la cooperativa se decante por una u otra alternativa en razón de los beneficios que se esperan de ella: ahorrar costes de cotización, si la opción es por la autonomía; conseguir beneficios como el del tratamiento especial del tiempo parcial, si se opta por lo laboral.

En el resto de las cooperativas no existe esa opción por lo que, o bien se consideran asalariados por imponerlo así el art. 14 LGSS como sucede con los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, o bien serán asalariados o autónomos según la forma en que tenga lugar la aportación de trabajo.

Así, en cuanto a la cooperativa de servicios, hay que recordar que el art. 98 de la Ley de Cooperativas requiere para su constitución que se trate de auténticos trabajadores por cuenta propia, por lo que la calificación como autónomos deriva de la propia ley y, en consecuencia, su adscripción sin alternativas al RETA. Pero si la prestación de servicios del trabajador en la cooperativa de servicios tiene los rasgos del trabajador asalariado, entonces se tratará de una cooperativa de trabajo asociado y no de servicios, rigiéndose por las reglas de opción que se han descrito antes para este tipo de cooperativas.

Algo semejante sucede con las cooperativas del mar ya que el art. 99 de la Ley de Cooperativas las define como una asociación de titulares de explotación y de profesionales que el mismo artículo califica ya de trabajo autónomos, sin cuya circunstancia no será ya una cooperativa del mar sino una de trabajo asociado. Y también con las cooperativas de transportistas, en el caso de aportación de trabajo, que normalmente será en condiciones de autonomía, los que la equipara a las cooperativas de servicio; lo que hace que, si en cambio, se reúnen los rasgos del trabajo asalariado la cooperativa de transportes deberá considerarse una cooperativa de trabajo asociado.

En consecuencia, sólo las cooperativas de trabajo asociado tienen la opción, mientras que la adscripción al RGSS o al RETA de los socios de las demás cooperativas viene impuesta legalmente. Lo que sucede, calificando como autónomos, a todos los trabajadores socios de las cooperativas de servicio, del mar o de transportes. Y como asalariados a los de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, en las que la única alternativa es el RGSS, en la medida en que el art. 14.2 LGSS no permite la elección adscribiendo imperativamente al RGSS a todos los socios trabajadores²¹.

¹⁹ Sobre estos temas, LÓPEZ GANDÍA, J. *Cooperativas y Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 13-15.

²⁰ BLASCO LAHOZ, cit. pp. 111-118.

²¹ Al margen de que la desigualdad de tratamiento entre ambos tipos de cooperativas se justifique por la diferente posición social de los socios de trabajo respecto del funcionamiento de la cooperativa, al estar más alejados de los órganos de la cooperativa y de la propia empresa los socios de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra como se evidencia

Pues bien, hecha la opción por la cooperativa de trabajo asociado, ésta afecta a todos los trabajadores socios de la cooperativa, por lo que es indiferente cuál sea su tipo de trabajo, de si se desarrolla o no en situación de dependencia, y de si se tiene el control social y se ejercitan funciones directivas. Todos son autónomos o asalariados en virtud de la opción. Una opción que no plantea especiales dificultades cuando es por el RETA; como tampoco cuando la adscripción al RETA está impuesta por la ley. Sin embargo, cuando la elección es por la adscripción al RGSS (si es obligatoria como en el caso de los socios de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra), la pregunta es si, por esta razón, todos los socios de trabajo se considerarán igualmente asalariados o si cabe que algunos de ellos, precisamente por el papel que tienen en la empresa y por la forma de prestar el servicio, pudieran, no obstante, ser considerados también autónomos.

Lo que depende de cómo valore la amplitud del mandato legal ya que, si un trabajador asalariado como es el socio de una cooperativa de trabajo asociado, puede ser considerado sin más autónomo a los efectos de la Seguridad Social como resultado de la opción de la cooperativa, también un trabajador autónomo, aunque cualificado por el control social y el ejercicio de funciones directivas, puede ser considerado asalariado. No obstante, permitir que un trabajador, en una cooperativa que ha optado por el carácter asalariado, pueda demostrar su condición de autónomo pese a la opción hecha inevitablemente supone permitir también que, cuando la opción de la cooperativa sea por la condición autónoma, esta pudiera discutirse, lo que, siendo trabajadores asalariados, supondría la anulación de la opción misma. Por esta razón, la opción de la cooperativa afecta, sin discusión, a todos los trabajadores, con independencia del papel que tengan en la cooperativa y del tipo de tarea que desempeñen.

en la regulación contenida en la Ley de Cooperativas citada (arts. 80-87, para las cooperativas de trabajo asociado y 94-97, para las de explotación comunitaria de la tierra). También, LÓPEZ GANDÍA, J., *Cooperativas y Seguridad Social*, pp. 19-36.

4. LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Como ya se señaló páginas atrás, en el caso de los autónomos societarios de sociedades de capital para la que prestan sus servicios, la calificación de autónomo del trabajador, a efectos de la Seguridad Social, está determinada, no por su relación con el cliente, sino por la naturaleza de la doble relación, como trabajador y socio, que mantiene con la sociedad y, sobre todo, si su posición en la empresa es la de control. Para identificar ese control se puede recurrir a diversas referencias: la inmediata es la del grado de participación en el capital social; la segunda la del control funcional de la sociedad que es a la que parece estar refiriéndose la LGSS con el control efectivo²²; y la tercera, como una manifestación natural del control efectivo, la del ejercicio de funciones de dirección y gerencia. Aunque ya se sabe que el desempeño de estas últimas funciones no hacen por sí mismas autónomo al trabajador.

4.1. El control legalmente presumido, sin posibilidad de prueba en contra

En una sociedad de capital, la primera vía para identificar la existencia del control social por parte del trabajador consiste en la de la titularidad de la sociedad a la que el trabajador presta el servicio. Es claro que, cuando esa titularidad es absoluta, por tratarse de sociedades con un único socio, tiene lugar una identificación plena entre trabajador y sociedad que lleva inevitablemente a la calificación de autónomo. Pero se puede tener el control sin necesidad de ostentar la titularidad absoluta de la sociedad en la medida en que, tratándose de órganos colegiados, representativos del poder social en proporción a la titularidad, sus decisiones responden siempre al principio mayoritario. De forma que, algo que es por otra parte obvio, se pueden condicionar las decisiones de los diferentes órganos del ente societario en la medida en que se posea una titularidad mayoritaria de su capital. Quien controla el capital social, controla a la propia sociedad con la que acaba identificándose el

²² RODRÍGUEZ CARDO, I., *Ámbito subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi, 2006, pp. 94-105.

trabajador que la gestiona o para la que trabaja. Siendo la regla de control la tenencia de la mitad del capital social.

Es lo que establece el art. 305 LGSS señalando que son autónomos quienes “...posean el control efectivo, directo o indirecto...” de la sociedad para la que trabajan. Concluyendo, en referencia al principio mayoritario, que ese control existe, en todo caso, “...cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social...”. Es una presunción que no admite prueba en contra, al establecer, imperativamente, que quien, además de realizar un trabajo, interno para la propia sociedad y del tipo que sea, tiene una participación accionarial personal de, al menos, la mitad del capital social, tiene el control, produciéndose esa identificación entre trabajador y sociedad y, en consecuencia, su calificación como autónomo.

El trabajador por tanto se identifica con la sociedad, en la medida en que tiene, debido a la regla mayoritaria, la facultad de control de la misma y debe ser considerado como autónomo²³. Y ello, tanto si presta funciones de dirección de la sociedad o realiza otro tipo de servicios para la misma. Hay que recordar que es la propia LGSS, en su art. 305.2, b) LGSS la que permite considerar autónomos tanto a quienes realicen tareas impliquen el ejercicio de las funciones de dirección y gerencia, anexas al cargo de consejero o de administrador, como a los que hacen trabajos de otra naturaleza, refiriéndose a quienes, prestando su trabajo a la sociedad y no de forma directa al cliente, realicen “*otros servicios*”, siempre a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, lo que significa la ausencia de poderes de dirección. De manera que la LGSS privilegia el hecho del control social mayoritario, presumiéndolo efectivo al margen de las tareas concretas del trabajador a cuya diversidad no da relevancia. El control social, derivado de la mayoría del capital, se exprese o no ejercitando funciones directivas, es el que determina, por tanto, la autonomía del trabajador²⁴.

²³ LIMÓN LUQUE, M.A., cit. pp.180-181.

²⁴ Aunque haya quien sostenga que la mayoría del capital social no implica ausencia de ajenidad.

4.2. La hipótesis del control presumible y sus grados

Sin embargo, la seguridad jurídica del control mayoritario, la presunción de control efectivo y la consecuente irrelevancia del tipo de actividad desarrollada por el trabajador cambian cuando la participación social del autónomo en el capital es importante pero no mayoritaria. No obstante, aun en estos casos el trabajador podrá considerarse autónomo si demuestra la existencia del control social. Para lo cual, no siendo socio mayoritario, tendrá necesidad para esa calificación de un elemento de control adicional. Lo que sucederá si, reuniendo un mínimo porcentaje de capital social, ostenta además un grado de cualificación de su presencia en la empresa consistente en el ejercicio de los poderes directivos como expresión natural del control efectivo. Una condición que, no siendo relevante por sí misma para calificar al trabajador como autónomo, sin embargo, refuerza funcionalmente la relativa posición de control del socio, pudiéndose entender que quien las ejercita puede ser considerado autónomo. Se trata de supuestos previstos en la LGSS que amplía el espectro de las posibilidades de establecer el control, aunque ahora ofreciéndolas solo como una presunción *iuris tantum* al admitir prueba en contra²⁵.

La primera de las ampliaciones de la existencia del control social, y, en consecuencia con impacto en el ámbito subjetivo del RETA, consiste en presumir (art. 305.2 b, 2º) LGSS) que también tiene lugar ese control social en el caso de que el trabajador ostente la titularidad de, al menos, un tercio del capital social. Una presunción que se basa en la dinámica de funcionamiento de las sociedades, donde la titularidad del tercio mínimo del capital permite entender que, quien ostenta ese tercio, seguramente tiene facultades y privilegios en la toma de decisiones, que son las que manifiestan el control de la entidad y habilitan al trabajador para ser considerado autónomo. De aquí la presunción de control.

Pero puede no suceder así si se piensa en el caso de un trabajador, con la cuota de par-

²⁵ Sobre estas presunciones, LIMÓN LUQUE, cit. 185-206.

ticipación en el capital social de un tercio establecida en la ley, que carezca sin embargo de cualquier facultad de control sobre la sociedad, control que habría sido asumido por los demás socios que pueden ser mayoritarios. Se suscita entonces si ese trabajador debe ser considerado como un trabajador autónomo (por razón exclusiva de su participación social de un tercio) o como un trabajador asalariado de la sociedad (por la ausencia de ese control social que se manifiesta en la carencia de facultades de dirección en el desarrollo del trabajo social).

Por lo primero parece decantarse el art. 305.2, b, 2º LGSS ya que presume existente el control sin exigir de forma directa que, además del tercio del capital, el socio trabajador deba realizar funciones directivas expresivas de ese control al referirse también a otros servicios. Lo que sucede es que el tercio del capital, para ser una presunción de control que resista la prueba en contra, requiere un añadido a dicha participación que no es otro que el ejercicio de funciones directivas que son la manifestación indudable del control efectivo. De manera que la condición de autónomo se establece combinando un mínimo de control del capital y el ejercicio de funciones directivas que son la materialización del control. Cuando ambas circunstancias se dan el trabajador debe ser considerado autónomo, no así si no hay ejercicio de funciones directivas. Lo que excluye a los otros trabajos que no las contemplan que serán adscritos al RGSS²⁶.

La segunda de las ampliaciones es la prevista en el art. 305.2, b), 3º LGSS, según la cual, rebajando el grado de participación en el capital social que permite presumir su control, considera que se trata de un trabajo autónomo el que desarrolle para la sociedad un trabajador cuya “...participación (claramente solo personal) en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo...”. Ahora bien, esta ampliación de la calificación de autónomo sí está condicionada de forma expresa, a diferencia de lo que sucedía en el caso anterior, a que el autónomo realice efectiva-

mente funciones de dirección y de gerencia. Se trata de un condicionamiento expreso razonable ya que la tenencia de solo una cuarta parte del capital social no es un argumento suficiente por sí solo para presumir el control social efectivo; presunción que sí funciona con normalidad cuando, además del mínimo de la cuarta parte del capital social, existe un control social real cuya expresión es el ejercicio de las funciones directivas que desempeña el trabajador.

Lo que significa, como en el caso anterior de la participación de un tercio del capital, que quien no las hace porque su trabajo es otro tipo de servicios para la sociedad, no podrá acogerse a la condición de autónomo que queda desvirtuada, anulando la presunción por el hecho de que, la participación mínima requerida del capital social por parte del trabajador, al no ser mayoritaria, no le ha garantizado el control social efectivo de la sociedad; lo que se manifiesta en el hecho de que no desarrolla para la misma funciones directivas. No bastará, por tanto, a estos trabajadores, para ser calificados como autónomos, con la titularidad individual de la de la tercera o de la cuarta parte del capital social. Se requiere algo más y es que las funciones desempeñadas por el autónomo sean de tipo directivo; debiendo seguramente considerarse, si carecen de ese control social, trabajadores asalariados a efectos de la Seguridad Social, como sucede en los casos en que el control del capital social por parte del trabajador no está seguido por el control de la gestión sino por el desempeño de otros trabajos no directivos para la sociedad.

4.3. La hipótesis del control familiar

En sociedades de capital de escasa dimensión como suelen ser son las que articulan la prestación de servicios de trabajadores autónomos, es habitual que la titularidad social esté repartida entre el trabajador autónomo y otras personas de su círculo de confianza, constituido por las relaciones familiares más cercanas. De manera que, por razones de diverso tipo (familiares, económicas, fiscales, de distribución de riesgos, etc.), es normal que la titularidad de la sociedad esté repartida entre el trabajador autónomo y todos o algunos de los miembros de su familia. Esta es, justamente, la hipótesis prevista en el art. 305.2, b), 1º LGSS donde

²⁶ LOPEZ ANIORTE, M. C., y FERRANDO GARCIA, F.M., *La seguridad social de los trabajadores autónomos: nuevo régimen jurídico*, Civitas, 2005, pp. 58 y ss.

esa misma mitad del capital social que hacía claramente autónomo societario al trabajador, cualquiera que fuera el trabajo que realizara, puede estar repartida entre personas con las que el trabajador autónomo convive y a las que está unido por un vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado²⁷.

Se trata de personas que, normalmente, no prestan ningún tipo de servicios a la empresa, limitándose a ejercitar las facultades propias de los socios. En este caso, es claro que la calificación de autónomo de quien trabaja para la sociedad depende de la acumulación de titularidades con las personas con las que está unido por vínculos familiares. Una acumulación que viene impuesta por la idea de que la familia es expresión de una comunidad de ingresos y gastos en la que todos los miembros de la unidad familiar participan, beneficiándose de forma indiferenciada de sus rendimientos y soportando colectivamente sus deudas.

En consecuencia, el autónomo se convierte de esta forma en la expresión de los intereses del conjunto de la familia y, como tal, al funcionar como colectivo con una sola voz, si poseen en su conjunto la mitad del capital social, es como si esa titularidad fuera del propio trabajador autónomo que actuaría como portador de los intereses del centro de imputación patrimonial que es la familia unida por los dos lazos simultáneos de parentesco y convivencia. Un parentesco que coincide con el establecido en el art.1.3, e) de Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET, en lo sucesivo) para valorar si un trabajo es asalariado o familiar y por tanto excluido del ET. Y que se ha consolidado, unido a la convivencia en cuanto materialización de la propia unidad familiar, como la intensidad mínima necesaria del vínculo personal para considerarla expresiva de una especial relación, afectiva pero también económica, entre sus componentes.

La formulación legal, basada en la acumulación de participaciones de los miembros de

la unidad familiar que permite el control social ejercido por la única persona que trabaja para la sociedad, no deja de plantear alguna cuestión. Como, por ejemplo, si se exige que, además, el titular familiar mayoritario ejerza funciones directivas o basta, como en el caso de titularidad individual de la mayoría del capital, con el control del capital que, al ser mayoritario atribuye imperativamente el control; de forma que será autónomo, ejerza o no funciones directivas. Otra cuestión es si la LGSS exige algún tipo de distribución de ese capital que, acumulado, da el control. Lo que es indiferente siempre que la suma total arroje el resultado de la mitad del capital social. De manera que pueden ser titulares del capital social, que se agrupan para su control, todos o solo algunos de los miembros del círculo familiar y de convivencia y estar dicho capital repartido en proporción variable y desigual. Lo importante es la suma de todos esos porcentajes alcancen la mitad del capital social. Como consecuencia, el trabajador que acumula el control del capital social, debe ser considerado, desde luego, trabajador autónomo, incluso si no realiza tareas de dirección ya que la mayoría del control permite esta alternativa sin restar autonomía al trabajador desarrollado²⁸.

Sin embargo, la norma, a diferencia del caso ordinario, no permite establecer el control social a partir de porcentajes inferiores de acumulación en un trabajador, por vía familiar, de cuantías inferiores al 50 por 100. De forma que, o controla la mitad del capital social, o ese control no podrá presumirse, relacionándose con la sociedad como un socio minoritario. Aunque también aquí podría probarse que, existiendo un control sobre un porcentaje relevante pero no mayoritario del capital por acumulación de los porcentajes del núcleo familiar, ese porcentaje es el que le

²⁸ Incluso cabría preguntarse, aunque es una hipótesis claramente marginal, si es posible que un trabajador autónomo que carezca de la condición de socio, aunque trabaje de forma personal y directa para la sociedad, ejerciendo funciones de dirección u otras tareas, siempre que acumule ese mínimo del 50 por 100 del capital social sumando las participaciones de los miembros de la unidad familiar. Y la respuesta debe ser negativa. Y ello porque la lógica de la acumulación en una persona, en cuanto refuerzo de su participación social individual, de las participaciones de otros miembros de la familia así lo requiere.

²⁷ Estas cuestiones en LIMON LUQUE, cit, pp. 182-185.

ha permitido el control social expresado en el ejercicio de las funciones directivas, por lo que el trabajador debe ser considerado autónomo. En definitiva, aunque por la vía de la prueba y no de la presunción, el trabajador autónomo que acumule familiarmente participaciones del capital social puede ser considerado autónomo si, al margen una cierta relevancia de ese capital acumulado, ejercita funciones de dirección y gerencia. Una prueba que será tanto más difícil cuanto menor sea la cuantía del capital familiar acumulado tratándose entonces al trabajador de la misma forma que a los autónomos que por sí solos reúnen menos de la cuarta parte del capital, normalmente calificados como asalariados pese al ejercicio de funciones directivas.

Otra cuestión que se suscita tiene que ver con la pregunta de a quiénes alcanza esa consideración de trabajador autónomo societario en los supuestos de acumulación familiar de participaciones y acciones que garantizan el control del capital de la sociedad. Desde luego, al supuesto típico de un trabajador autónomo que sea el único de la unidad familiar que trabaja para la sociedad, de forma que el control de la misma mediante la suma de participaciones sociales, se imputa al trabajador que funciona aquí como expresión única de los intereses familiares, permaneciendo los demás socios familiares que aportan su cuota a la suma total, al margen de la sociedad para la que no trabajan.

Sin embargo, y no es una hipótesis extraña, puede suceder que sean varios los miembros de la unidad familiar los que trabajan para la sociedad, reclamando todos la consideración de autónomos societarios en virtud de la misma de cuota de control acumulada que comparten, sin ostentar ninguno la mayoría. Lo que, no estando expresamente previsto, decanta hacia una respuesta positiva, considerando que, ostentando la cuota de control, todos los que contribuyen a esa cuota son los que detentan el control social y deben ser considerados como autónomos aunque algunos no ejerzan funciones directivas. Solo en los casos en los que por la acumulación familiar no se alcanza el 50 por 100, siendo no obstante relevante el porcentaje de participación social familiar, la condición de autónomo podrá otorgarse exclusivamente a quien realice

funciones de dirección y de gerencia. De manera que, por ejercer el control social de forma conjunta, todos estos socios trabajadores para la sociedad y que contribuyen con su cuota al control social mayoritario, deberán ser considerados trabajadores autónomos a efectos de la Seguridad Social aunque algunos no ejerzan funciones de dirección y de gerencia.

Lo dicho permite la atribución de la condición de autónomo a varios miembros de la misma unidad familiar que contribuyen a la suma necesaria para poder ejercitar el control de la sociedad. De una parte, pueden ser autónomos a efectos del RETA todos los miembros de la unidad familiar que trabajen para la sociedad y que hayan contribuido a alcanzar la mitad del capital social. Y, de otra parte, serán también autónomos quienes, cuando la suma de participaciones es inferior al 50 por 100, ejercitan funciones de dirección. Una condición que se debilitará a medida que el capital acumulado sea menor hasta el extremo de ser de escasa entidad, no bastando posiblemente entonces el ejercicio de funciones directivas para ubicar al trabajador en el terreno de los autónomos.

En todo caso, sorprende que la norma no incluya en el radio de parentesco y de convivencia a las parejas de hecho. No sólo para acumular las participaciones sociales que dan el control, aunque sirvan prácticamente para ello debido a la relación de convivencia establecida para garantizarse ese control, sino también para poder ser considerados los convivientes de hecho como trabajadores autónomos, a partir de su condición de socio que contribuye al control social. En efecto, estos trabajadores no pueden aportar formalmente su cuota de participación a quien no es familiar para permitir el control social, pero tampoco pueden ser considerados socios trabajadores vinculados familiarmente al otro trabajador autónomo al no existir el tipo de vínculo exigido por la LGSS. Por lo que la única posibilidad de ser calificados como autónomos es considerando exclusivamente de forma aislada su cuota de participación igual o superior a una cuarta parte o a un tercio del capital; presunción *iuris tantum* que se destruye si el trabajador no participa en el control de la sociedad como se manifiesta en las funciones de dirección. Momento en el que solo le resta

al conviviente de hecho la posibilidad de ser considerado trabajador asalariado pese a tener una cuota de participación en el capital social superior a la tercera o a la cuarta parte del mismo pero que, sin embargo, no le atribuye el control efectivo de la sociedad.

4.4. La hipótesis de la demostración por la Administración

La última posibilidad de obtener la consideración de autónomo a los efectos de la Seguridad Social se encuentra en la habilitación legal que el art. 305.2, b), 3º, segundo párrafo, LGSS hace en el sentido de que la Administración podrá siempre demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad; y esto justamente en el caso en que no pueda presumirse que el trabajador tiene el control social porque ni tiene porcentajes relevantes de participación ni ejercita funciones de dirección y de gerencia. Lo que hace difícil la prueba de ese control que no puede ser el ejercicio de funciones directivas porque éstas solo suponen el control si se asocian a una representación social relevante, y no existiendo, aquéllas no pueden convertirse en el criterio exclusivo de la autonomía.

Por lo que lo dicho en el art. 305.2, b), 3º, LGSS debe corregirse teniendo en cuenta que de aceptarse, finalmente sería irrelevante poseer cualquier porcentaje de participación social por debajo del 50 por 100, ya que lo importante es el control expresado a través de las funciones de dirección; haciendo inútiles las previsiones específicas relativas a quienes tienen el control social de una cuarta parte o de un tercio del capital. En consecuencia, y como en todos los casos de participación social minoritaria, la característica de autónomo viene dada, en primer lugar, por la tenencia de una parte relevante del capital, lo que permite presumir que se ejerce el control, presunción reforzada por el ejercicio de funciones directivas. Una participación social inferior, en cambio, impide presumir el control; y solo la prueba de su existencia podrá llevar a la calificación de autónomo. Una prueba difícil para la que no puede acudirse solo al ejercicio de funciones directivas como única manifestación del control social.

5. EL CASO DE LAS SOCIEDADES LABORALES

Reguladas por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, comparten con la anteriores la condición de sociedades de capital ya que pueden ser, cumpliendo determinados requisitos, tanto sociedades anónimas como de responsabilidad limitada. De esos requisitos los más importantes son que la mayoría del capital social pertenezca a los trabajadores de la empresa vinculados a ella como socios y trabajadores asalariados y que la participación individual de cada socio trabajador no supere el tercio del capital. Lo que no está claro si esto quiere decir que todos los socios trabajadores de una sociedad laboral deben ser considerados trabajadores autónomos o solo algunos de ellos.

Aunque se trata de trabajadores asalariados, la LGSS permite considerar a esos trabajadores como autónomos a efectos de la Seguridad Social si se dan una serie de circunstancias, además de la esencial de ser trabajadores socios. La previsión legal se encuentra en el art. 305.2, e) LGSS cuando afirma que se considerarán, al igual que en las sociedades de capital, trabajadores autónomos los socios trabajadores de las sociedades laborales que ostenten, al menos, el 50 por 100 del capital social. Lo que, de ser por sí mismos, justifica sobradamente la caracterización como autónomo societario. Pero también puede obtener ese control del 50 por 100 por la vía de la acumulación en su persona de las acciones o participaciones sociales de los miembros de su familia más próxima, también socios pero no trabajadores. Un claro ejemplo, pues, de trabajador autónomo al añadir a su condición de socio trabajador, aunque sea asalariado, la de controlador, directo o indirecto, del capital social. Pudiendo también ser considerados autónomos societarios todos los familiares socios que trabajen para la empresa, también asalariados, cuya suma de participaciones haya contribuido al control social que todos comparten.

Y ello pese a la excepción, un tanto críptica, de la LGSS cuando acepta que la condición de autónomo ceda respecto de un socio que, aunque tenga el control mayoritario del capital por sí o por acumulación familiar, se demuestre

que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de otras personas no familiares. Que es una forma retorcida de decir que solo se es autónomo cuando, al control mayoritario del capital se suma el control efectivo de la empresa que se manifiesta mediante las funciones directivas. Una regulación más rigurosa de las sociedades de capital, en las que el control mayoritario del capital ya hace autónomo al trabajador, al margen de si desarrolla o no funciones directivas.

Lo que no es posible es presumir el control a partir de un nivel de capital inferior al 50 por 100 ya que, para los socios trabajadores de sociedades laborales, el control solo existe si se tiene una participación mayoritaria, sin que la LGSS ofrezca alternativas, como hace en las sociedades de capital ordinarias. De forma que no hay posibilidad legal de establecer esa existencia a partir de una combinación de una participación minoritaria y el ejercicio de funciones directiva, como sucede con las sociedades de capital. Y de las que, recuérdese, se deriva que, en los casos de participación inferior a la mayoritaria, solo se considerarán autónomos a quienes realicen funciones de dirección y gerencia en la medida en que ésa circunstancia completa la participación minoritaria del capital social y justifica el control.

Al no ser esto posible en las sociedades laborales, los socios que carezcan de control efectivo mayoritario serán considerados asalariados a efectos de la Seguridad Social, como consecuencia del carácter laboral de la relación que le vincula con la sociedad y con independencia de si ejercitan o no funciones directivas (art. 136.2. d) y e) LGSS). Actividad que aquí no sirve en la misma medida que en otras alternativas analizadas de sociedades de capital antes para decantar hacia la autonomía la calificación del trabajo²⁹.

6. CONCLUSIONES

Después del análisis realizado en las páginas que anteceden las conclusiones más relevantes en cuanto al encuadramiento de los

trabajadores que, prestando sus servicios la sociedad, son a la vez socios de la misma, son las siguientes:

En primer lugar, la condición de socio no hace por sí misma autónomo al trabajador, salvo en el caso de las sociedades personalistas. Como tampoco, en principio, el ejercicio de funciones directivas ya que pueden desarrollarlas quienes se consideran asalariados al carecer del control social.

En segundo lugar, en lo que se refiere a las sociedades personalistas y asimiladas, todos los trabajadores socios se consideran trabajadores autónomos por su mera condición de socio de una sociedad regular colectiva, una comanditaria simple, una sociedad civil o irregular, o una comunidad de bienes. Aunque, pese a que ésta es la regla general, pueda ser aceptable que un socio trabajador sea incluido en el RGSS si su trabajo para cualquiera de esas entidades carece de autonomía.

En tercer lugar, y en el caso de las cooperativas, todos los socios de trabajo de sus diversas modalidades (cooperativas de servicio, del mar o de transportes) se consideran autónomos y también todos los que trabajen, al margen del tipo de tareas, en una cooperativa de trabajo asociado que ha optado por esta condición a efectos de Seguridad Social. Incluso si la opción es por el RGSS, forzosa en el caso de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, tampoco podrán excluirse de esa condición aunque demuestren que su situación en la empresa podría mantenerlos como trabajadores autónomos, si alegan que su prestación de servicios reúne los rasgos necesarios de autonomía.

En cuarto lugar, en las sociedades de capital, la condición de autónomo deriva prioritariamente de la tenencia del capital social. De forma que, quien tenga ese control, que se cifra en el 50 por 100, será siempre considerado autónomo, al margen de si realiza en la sociedad funciones directivas o de otro tipo. Y lo mismo sucede con las sociedades laborales.

En quinto lugar, igualmente en las sociedades de capital, la mayoría que atribuye la naturaleza de autónomo se puede alcanzarse por la suma de aportaciones familiares.

²⁹ En el mismo sentido, LIMÓN LUQUE, cit. pp. 213-219.

Cuando esto sucede en un único miembro de la familia, éste será considerado igualmente autónomo haga las funciones que haga en la sociedad, aunque esté sometido a debate si es necesario que sea al menos socio. Cuando son varios los miembros de la familia que suman la cuota de control, todos ellos serán igualmente considerados autónomos. Lo que vale para los socios de sociedades laborales.

En sexto lugar, la condición de autónomo puede obtenerse también por una combinación de un mínimo de capital social y el ejercicio de funciones directivas en virtud de las hipótesis de control presumible. De forma que, cuando se dan ambas circunstancias, se trata de un trabajador autónomo. Y, cuando no hay ejercicio de funciones directivas, la adscripción será al RGSS. Y lo mismo sucede con los socios por acumulación familiar que no logran la mayoría, los cuales serán autónomos solo si ejercitan funciones de dirección.

En sexto lugar, en cuanto a las sociedades laborales, el control solo se entiende existente cuando es de la mayoría del capital, por lo que, cuando no se alcanza, no cabe pretender la condición de autónomo. Salvo que se considere que la hipótesis legal de un trabajador de estas sociedades con la mayoría del capital puede deshacerse si no realiza funciones de dirección da pie a permitir que un socio trabajador reclame la consideración de autónomo si, además de socio, aunque no mayoritario, realiza funciones de dirección y gerencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZAR ORTIZ, S., “La Seguridad Social de los trabajadores autónomos económicamente dependientes” (TRADE), en *Tratado de Seguridad Social* (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.), Tomo II, Laborum, 2018.
- BLASCO LAHOZ, *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant, 1995.

CRUZ VILLALÓN, J., “Capítulo 5. El Régimen Especial de trabajadores autónomos. Configuración general y elementos caracterizadores”, en el volumen *Tratado de Seguridad Social* (Dir. MONEREO PÉREZ y RODRIGUEZ INIESTA), Tomo II, Laborum, 2018.

DESDENTADO BONETE, A., y TEJERINA ALONSO, J.I., *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*. Lex Nova, 2004.

DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, 2000.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. y ALVAREZ CUESTA, H., *Régimen Profesional y de Seguridad Social del trabajo autónomo tras la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo*. Eolas ediciones, 2009.

GÓMEZ CABALLEERO, *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social. Campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo Blanch, 2000.

LIMÓN LUQUE, M.A., *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*. Aranzadi, 2004.

LÓPEZ ANIORTE, M. C. y FERRANDO GARCÍA, F. M., *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos: nuevo régimen jurídico*, Civitas, 2005.

LOPEZ GANDÍA, J., “La Seguridad Social de los trabajadores autónomos”, en el volumen, *El trabajador y el empresario autónomo*, (Dir. ALFONSO MELLADO, C.) Tirant-on line, 2018.

LÓPEZ GANDÍA, J., *Cooperativas y Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 2017.

LÓPEZ INCIARTE, M.C., *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, 1996.

RODRÍGUEZ CARDO, I., *Ámbito subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi, 2006.

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar, precisar y definir los criterios que, a efectos de la adscripción en la Seguridad Social, han de ser utilizados, por imperativo de la ley, para identificar, dentro del colectivo de los trabajadores autónomos, a los calificados comúnmente como “autónomos societarios”. Es decir de los que realizan un trabajo habitual, personal y directo, por el que pueden querer ser considerados como trabajadores autónomos, para una sociedad de la que son socios. Con la consecuencia de que, aparentemente, la existencia de la sociedad, en cuanto sujeto jurídico diferente del propio trabajador, parece justificar la naturaleza subordinada del trabajo que se presta; aunque sea esa misma condición de socio la que, al margen del tipo de trabajo de que se trate, abre la puerta a una suerte de identificación entre trabajador y empresa que, por el contrario, empujaría al trabajador hacia el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia.

Para ello, el trabajo contiene, en primer lugar, una reflexión general acerca de la heterogeneidad general del colectivo de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, destacando entre ellos los que son objeto del trabajo como son los trabajadores autónomos que realizan el trabajo, que les da derecho a ser incluido en la Seguridad Social, para la misma sociedad de la que son titulares, sea del total o, más frecuentemente, de una parte de su capital social. Una situación en la que la titularidad confirma la condición de autónomo y el trabajo para la sociedad arrastra al trabajador hacia el Régimen General de la Seguridad Social.

Pero la búsqueda y el establecimiento de los criterios decisivos no puede ignorar la propia variedad de trabajadores autónomos societarios, lo que ha obligado, de forma previa a establecer el concepto de autónomo societario, fijar sus rasgos mínimos y diferenciar entre sus diversos tipos, en la medida en que los criterios que se apliquen lo serán de forma diversa según el tipo de autónomo societario de que se trate. De aquí la diferenciación inicial entre socios de sociedades personalistas, en las que es justamente el trabajo personal el que es el fundamento de la condición de socio, y socios de sociedades de capital, donde, al menos inicialmente, es la titularidad del capital social la que caracteriza singularmente al trabajador. A su vez, se ha hecho la distinción dentro de cada grupo según ahora el tipo de sociedad y el grado de participación del autónomo en el capital social.

Por esta razón, el primer criterio que se aplica es el de la titularidad del capital social que, siendo mayoritaria, ya atribuye al trabajador que trabaja para su sociedad la condición de autónomo basada en el trabajo desempeñado que, en correspondencia con el control social que ostenta, suele ser la realización de funciones directivas; aunque no siempre. En todo caso, se suscita la cuestión, que el trabajo aborda igualmente, de los diversos modos de tener la titularidad social o, al menos, de representarla: algo particularmente relevante en los casos de autónomos societarios a los que el control mayoritario de la sociedad les viene dado por la agrupación de participación que pertenecen a miembros de la misma familia. El caso de los llamados autónomos societarios familiares.

Pero, para la ley, no basta el criterio de la participación social mayoritaria, como quiera que se llegue a ésta, sino que debe combinarse, particularmente en los casos en que el trabajador tiene una participación social de cierta relevancia, aunque no mayoritaria, con otro como es el ejercicio de funciones directivas.

De manera que el trabajador deviene autónomo en la medida en que, a una mínima titularidad que lo coloca al menos en los aledaños del control societario, une la particular condición de que el trabajo que realiza para la sociedad es expresivo de facultades de gerencia y de dirección.

Una combinación, pues, de referencias que han de manejarse con precisión para poder dictaminar con rigor si se está o no en presencia de un trabajador autónomo. Por lo que el análisis detallado de qué debe entenderse por funciones directivas constituye, por tanto, otro de los objetivos del trabajo. De lo que se desprenderá que quienes, prestando servicio para la sociedad en la que trabajan, no son socialmente mayoritarios y, no siéndolo, carecen del control social, se regularán por normas laborales, civiles o mercantiles que, o bien los expulsa de la Seguridad Social, o bien los reconducen al Régimen General.

El presente artículo tiene, en consecuencia, la intención de, partiendo de una diferenciación de los trabajadores autónomos societarios dentro del amplísimo grupo de los trabajadores por cuenta ajena y, dentro de éstos, de sus diversos tipos, precisar todos los conceptos fundamentales para determinar si un trabajador que es socio debe ser, por la titularidad social y por la naturaleza de su trabajo en la sociedad, considerado, a efectos de la adscripción en la Seguridad Social, como trabajador por cuenta propia. Por lo que el artículo pretende ser útil en lo que se refiere a la valoración que ha de hacerse, a efectos de calificación, de la titularidad del capital así como de qué rasgos y circunstancias permiten afirmar que las funciones que realiza el trabajador son de tipo directivo o gerencial.

Para la realización de este trabajo se ha acudido al método jurídico tradicional como es el análisis del material normativo con el fin de precisar su finalidad, contenido y propósitos, procurando fijar, con el mayor grado de seguridad jurídica, lo que el legislador ha tenido la voluntad de establecer. Un análisis en el que se ha recurrido al apoyo de las resoluciones judiciales así como de las opiniones doctrinales vertidas en relación con el tema. Y que tiene una relevante virtualidad práctica y aplicativa ya que incide en la gestión diaria de los procesos de adscripción de los trabajadores sea al Régimen General sea al Especial de Trabajadores por Cuenta Propia. Con las consecuencias que se derivan de dicha adscripción tanto en términos de mecanismos de encuadramiento, reglas de cotización o, incluso, respecto de las prestaciones que tales trabajadores pueden obtener del Sistema de Seguridad Social.

Palabras clave: Autónomos; socios; titularidad; control; dirección.

ABSTRACT

The article aims to analyze, specify and define the criteria that, for purposes of social security affiliation, must be used, by imperative of the law, to identify, within the collective of autonomous workers, those commonly qualified as “Corporate self-employed”. In other words, of those who perform a regular, personal and direct job, for which they may want to be considered as self-employed, for a society of which they are partners. With the consequence that, apparently, the existence of society, as a legal subject different from the worker himself, seems justify the subordinate nature of the work provided; although it is that same condition of partner that, regardless of the type of work in question, opens the door to a kind of identification between worker and company that, on the contrary, would push the worker towards the scope of the Special Social Security System of Self-Employed Workers.

To this end, the work contains, in the first place, a global reflection on the general heterogeneity of the collective of self-employed workers, highlighting among them those who are the object of this work such as the autonomous workers who perform the work, that they gives the right to be included in the Social Security, for the same company of which they are holders, either of the total or, more frequently, of a part of their social capital.

But the search and the establishment of the decisive criteria cannot ignore the own variety of self-employed corporate workers, which has forced, to establishing the concept of self-employed corporate, setting its minimum features and differentiating between its various types, in the extent to which the criteria that are applied will be different according to the type of corporate self-employed in question. So, the initial differentiation between members of personalist societies, in which it is precisely personal work that is the basis of the status of partner, and partners of capital companies, where, initially, it is the ownership of the capital stock. which uniquely characterizes the worker. In turn, the distinction has been made within each group according to the type of, set their minimum features and differentiate between their various types, to the extent that the criteria that are applied will be diverse according to the type of corporate self-employed in question and the degree of participation of the self-employed person in the share capital.

For this reason, the first approach that is applied is that of the ownership of the share capital that, being a majority, already attributes to the worker who works for his society the status of self-employed person based on the work performed which, in correspondence with the social control that it is usually the performance of managerial functions; though not always. In any case, the question arises, which the work also addresses, of the different ways of having social ownership or, at least, of representing it: something particularly relevant in the cases of corporate self-employed to whom the majority control of the company they are given by the group of participation that belong to members of the same family. The case of the so-called corporate self-employed family members.

But, for the law, the approach of majority social participation is not enough, however it may be reached, but must be combined, particularly in cases where the worker has a social participation of a certain relevance, although not majority, with another as is the exercise of managerial functions. So that the worker becomes self-employed to the extent that, to a minimum ownership that places him at least in the vicinity of the corporate control, he joins the particular condition that the work he performs for the company is expressive of management faculties.

A combination, then, of references that have to be handled with precision to be able to judge with rigor if it is or not in the presence of a self-employed worker.

Therefore, the detailed analysis of what should be understood by managerial functions constitutes, another of the objectives of the work. It will be apparent that those who, serving for the society in which they work, are not socially majority and, if not, lack social control will be regulated by labor, civil or commercial standards that, or else expel them from Social Security, or redirect them to the General Social Security System.

The present article has, therefore, the intention of, starting from a differentiation of the corporate self-employed workers within the broad group of employed persons and, within these, of their various types, to specify all the fundamental concepts to determine if a worker who is a member must be, for the social ownership and the nature of his work in the company, considered, for the purposes of membership in Social Security, as a self-employed worker. For what the article tries to be useful in what refers to the valuation that has to be done, for purposes of qualification, of the ownership of the capital as well as of what features and circumstances allow to affirm that the functions that the worker performs are of type managerial.

For the realization of this work, the traditional legal method has been used, such as the analysis of the guidance material, in order to specify its purpose and content, trying to fix, with the highest degree of legal certainty, what the legislator has had the willingness to establish. An analysis in which the support of judicial decisions as well as the doctrinal opinions expressed in relation to the subject has been used. And that it has a relevant practical and application virtuality since it affects the daily management of the processes of affiliation of workers either to the General Social Security System or to the Special of Self-Employed Workers. With the consequences that derive from said ascription both in terms of framing mechanisms, contribution rules or, even, regarding the benefits that such workers can obtain from the Social Security System.

Keywords: Self-employed; partner; ownership; control; management.

Algunas manifestaciones del trabajo autónomo precario: Principales carencias en materia de Seguridad Social

Some manifestations of precarious self-employed work: main deficiencies in Social Security system

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO*
HENAR ÁLVAREZ CUESTA**

1. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS: FUGAS EN SU CAMPO DE APLICACIÓN

Como con acierto se ha dicho, sobre el legislador ordinario recae la obligación de organizar el sistema de Seguridad Social de acuerdo con las directrices generales o principios básicos contenidos en el art. 41 CE: publicación institucional, universalidad subjetiva, generalidad objetiva y suficiencia prestacional¹. Este precepto reconoce, así, una garantía relativa a la propia existencia de la Seguridad Social, restringiendo la capacidad de diseño legislativo, no en vano éste ha de respetar un “núcleo indisponible”, el cual, no obstante, es lo suficientemente amplio como para permitir una vasta gama de soluciones concretas al legislador infracons-

titucional², en la medida en que el constituyente, de forma deliberada y en aras de una solución de consenso, no quiso establecer un modelo único, prefiriendo una fórmula abierta o indefinida, de generoso contorno y amplio alcance. El derecho que los ciudadanos pueden ostentar en esta materia es, por tanto, de estricta configuración legal, a partir de la cual cabe modular la acción protectora en atención a las circunstancias económicas y sociales que condicionan su propia viabilidad y eficacia, provocando un doble fenómeno preocupante: de un lado, quedan extramuros de la acción protectora pública determinados sujetos que no acreditan los requisitos legales exigidos; de otro, la cobertura es parcial en ciertas situaciones³.

Desde tales premisas, y más allá del deseable carácter universal predicado del sistema español de Seguridad Social, “que no funciona de forma absoluta por lo que hace a las situa-

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

** TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

¹ GARCÍA NINET, J.I.: “La Seguridad Social en la Constitución: aproximación al art. 41 CE”, en AA.VV. (MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., Coord.): *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, págs. 343 y ss.

² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (I)”, *RL*, núm. 22, 1994, págs. 4-5.

³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las especialidades de Seguridad Social de las actividades fronterizas”, en AA.VV.: *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Madrid (AEDTSS/MESS), 2016, págs. 173 y ss.

ciones de necesidad⁴, no cabe ocultar que, al mantener la regulación vigente la fórmula profesionalizada de los llamados seguros sociales que fueron el origen del actual modelo, su estructura sigue basándose en mecanismos de incorporación diferenciados de los beneficiarios en atención a su situación respecto del mercado de trabajo, ubicándose así en regímenes diversos de Seguridad Social en función de la actividad profesional desempeñada. Con carácter general, a tenor del art. 7.1 a) TRLGSS, están incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, quienes presten servicios retribuidos bajo los parámetros del art. 1.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), esto es, los trabajadores por cuenta ajena, cualesquiera que sean sus modalidades contractuales y especialidades, “bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de la relación laboral”. Esta idea se reitera en el art. 136 TRLGSS al establecer la regla llamada a definir la extensión del régimen general: “estarán obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social todos los trabajadores por cuenta ajena o asimilados a los que se refiere el artículo 7.1. a) de esta Ley”. Coincide tal dicción -salvo el matiz de estilo consistente en sustituir el término “comprendidos” por la expresión “a los que se refiere”- con la del precedente art. 97 TRLGSS/1994, sin incorporar definición alguna y remitir su delimitación a la rama laboral del ordenamiento; en concreto, a la categoría universal descrita en el art. 1.1 ET, que refiere indirectamente las notas características del contrato de trabajo.

Junto a este entramado, el marco subjetivo de los regímenes especiales va referido: a quienes son trabajadores por cuenta ajena sin duda alguna pero mantienen una tutela propia (del mar y de la minería del carbón); a cuantos materialmente no dejan de serlo pero téc-

nicamente nunca han sido considerados como tales, disfrutando de un régimen laboral y de Seguridad Social especial (Sistema de Clases Pasivas o Mutualismo de los Regímenes Especiales propios de ciertos funcionarios públicos, en una opción en vías claras de extinción a partir de la decisión contenida en el RD Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de adscribir al régimen general -manteniendo, no obstante, la estructura mutual- a los funcionarios de nuevo ingreso); y, en fin, a quienes por definición no pueden ser considerados como tales (autónomos y estudiantes) [art. 137 b) TRLGSS].

Centrando la atención en el régimen especial de trabajadores autónomos, cabe señalar cómo la Ley 20/2007, de 11 de julio, que regula el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), define la ordenación jurídico laboral de aplicación a estos profesionales⁵, entre cuyos derechos se encuentra “la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, de conformidad con la legislación de la Seguridad Social” [art. 4.2 a) LETA]⁶.

Cierto es que dentro de la categoría genérica de trabajadores por cuenta propia se agrupan multitud de formas de trabajo con contornos jurídicos bien diferenciados: autónomos económicamente dependientes, socios de cooperativas, empresarios sin trabajadores a su cargo, autónomos que trabajan con otros bajo una figura societaria, empleadores, profesionales liberales, titulares de establecimientos abiertos al público, colaboradores en negocios familiares... Todos estos son trabajadores en régimen de autoorganización, quizá no compartan una problemática laboral común, aunque sí el mismo sistema de protección a efectos de Seguridad Social⁷.

⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: “Las razones de adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2008, págs. 83 y ss. ó BARRIOS BAUDOR, G.L. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, en AA.VV. (BARRIOS BAUDOR, G.L., Dir.): *Tratado del trabajo autónomo*, 2ª ed., Pamplona (Aranzadi/Thompson Reuters), 2010, págs. 235 y ss.

⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: “El Estatuto del Trabajo Autónomo: balance sumario y perspectivas”, *Temas Laborales*, núm. 100, Vol. 1, 2009, págs. 121 y ss. ó SELMA PENALVA, A.: “El trabajo autónomo dependiente en el siglo XXI”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 133, 2007, págs. 151 y ss.

⁷ BALLESTER PASTOR, I.: “RETA: Análisis de la reformulación de

⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1997, pág. 68.

Dentro de la senda de unificación entre los distintos regímenes especiales de la Seguridad Social, queda fuera de toda discusión la pervivencia del sistema de protección de los autónomos (RETA), que, en palabras de la jurisprudencia constitucional “cuenta con una base objetiva y razonable” atendiendo a “las peculiaridades socio-económicas, laborales y productivas” de la actividad⁸, cuya principal regulación procede del Decreto 2539/1970, de 20 de agosto, desarrollado por la Orden de 24 de septiembre de 1970, acompañados de un ingente cúmulo de normas y cambios por alusión en unos casos a través de regulaciones *ex novo* y en muchos otros mediante la exportación de mejoras de la acción protectora del régimen general, dispersión que ha intentado ser parcialmente corregida a través de la regulación incorporada a los arts. 305 y ss. TRLGSS.

La LETA define al autónomo como “aquella persona física que realice de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de un tercero, una actividad económica o profesional a título lucrativo, dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena” (art. 1.1)⁹, redacción que coincide prácticamente con el concepto de trabajador autónomo que proporcionaba el Decreto 2350/1970 y que, en la actualidad, recoge el art. 305 TRLGSS al considerar incluidas en el RETA a las “personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

Por tales razones, las, cada vez más crecientes fórmulas “extralaborales” de inserción

profesional al margen del contrato de trabajo, quedarían (en principio y al margen de los cuantiosos supuestos de fraude), expulsadas del régimen general, debiendo pasar a ser tuteladas por el régimen de autónomos, si bien la precariedad en las condiciones de prestación de la actividad inherentes a estos colectivos donde proliferan actividades de escasa duración, discontinuas y generadoras de exiguos ingresos, no solo hacen difícil el cumplimiento de la nota de “habitualidad” sino también impiden asumir el pago de las cuotas sociales correspondientes, no en vano la forma de proteger a estos “trabajadores” se hace depender de su capacidad de contribución al sistema. Y ello porque existe una mutua dependencia entre sus ingresos y la intensidad de la tutela, de manera que, cuanto mayores sean los primeros, mejor disposición tendrá el autónomo para asegurar su protección social. Por el contrario, si la situación en que se prestan los servicios es precaria, circunstancia que tiene especial manifestación cuando la figura del autónomo se utiliza para encubrir una verdadera realidad laboral, ello redundará en una garantía harto débil del sistema de Seguridad Social ante una cotización que puede suponer una carga inasumible¹⁰.

2. EL PRINCIPIO DE CONTRIBUTIVIDAD Y SU ENVÉS: LA DESPROTECCIÓN EN LAS NUEVAS COORDENADAS PRODUCTIVAS

El grueso de prestaciones de la Seguridad Social tienen el carácter de “contributivas”, en el sentido de que su reconocimiento se condiciona a la inscripción, alta y cotización del beneficiario durante un período mínimo (carencia), a excepción de los supuestos de accidente (sea o no de trabajo) o enfermedad profesional, no en vano cumplen una finalidad de sustitución de las rentas de activo (de trabajo) que el sujeto ha dejado de percibir cuando se ha actualizado la contingencia protegida, de modo que la cuantía y nivel dependerá de la cantidad de

sus postulados proteccionales en el camino hacia la convergencia con el régimen general”, *RGDTSS*, núm. 29-30, 2012, pág. 426.

⁸ ATCo 460/1984, de 18 de julio. En la doctrina, BORRAJO DACRUZ, E.: “¿Qué será eso de la Seguridad Social?: factores de tensión y líneas de tendencia”, *AL*, núm. 12, 2008, págs. 3 y ss.

⁹ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Supuestos incluidos”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Dirs.): *El Estatuto del Trabajador Autónomo (Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Granada (Comares), 2009, pág. 55.

¹⁰ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Trabajo autónomo precario: una indagación sobre sus causas y sus implicaciones en materia de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pág. 98.

ingreso¹¹. Cabe recordar una vez más que el nivel contributivo-profesional sigue siendo el predominante en la realidad social española, cuya finalidad principal está destinada a la cobertura de determinadas contingencias o situaciones de necesidad previstas legalmente, mediante pensiones económicas destinadas a suplir o compensar la ausencia, inexistencia o insuficiencia de ingresos de los beneficiarios, incluidos en el campo de aplicación por razón de la realización de una actividad profesional. “El trabajador vive del fruto de su trabajo, es decir, de un salario o renta de trabajo suficientes; cuando falta o disminuye la retribución, el trabajador -o su familia- caen en una situación de necesidad (cargas familiares, falta de empleo adecuado -paro forzoso o desempleo involuntario-, pérdida o disminución de la capacidad de trabajo -incapacidad-, pérdida de la ocupación por edad -jubilación- o, en fin, fallecimiento del trabajador responsable de su familia -muerte y supervivencia-)”¹². En términos generales, “son necesidades o contingencias caracterizadas por tratarse de un daño económico que afecta a la persona y no al patrimonio, al ocasionar la imposibilidad de trabajar o un aumento de los gastos familiares de quien trabaja”¹³, de modo que la “Seguridad Social sigue manteniendo como núcleo principal de su acción protectora las técnicas “aseguratorias” (requisitos de afiliación, alta y cotización) y “contributivas” (reconocimiento y cálculo de las prestaciones en función de las cotizaciones acreditadas) que la han caracterizado en su formación y evolución históricas¹⁴. Es más, las últimas reformas han convertido el término “sostenibilidad” en sinónimo de “contributividad”, intentando hacer desapa-

recer todos los elementos que distorsionen la relación directa entre la cotización y la prestación, aproximándose más a la técnica asegurativa privada existente entre prima e indemnización¹⁵. Estos principios se manifiestan con mayor contundencia, si cabe, en el trabajo autónomo, pues las obligaciones de cotización a este régimen imponen una base mínima y otra máxima, a elección del sujeto, pero sin tomar en cuenta los ingresos reales obtenidos y sin posibilidad de trasladar la responsabilidad a otro sujeto¹⁶.

No menos cierto resulta tampoco cómo en la actualidad, “la protección de los riesgos propios de los trabajadores con ocupación está en un momento delicado”¹⁷ habida cuenta de las precarias condiciones en las que muchos trabajadores, caracterizados como autónomos, desarrollan la actividad y la escasa calidad de los empleos. La dificultad de acceso y permanencia en un mercado de trabajo cada vez más inseguro provoca la aparición de actividades laborales especialmente precarias: los trabajos atípicos, ya por su corta duración, su desarrollo a tiempo parcial con carácter prácticamente marginal o por llevarse a cabo en condiciones ínfimas, con escasas remuneraciones y falta de cotización a la Seguridad Social por el verdadero empresario bajo el pretexto de la ausencia de la condición de asalariado de quien presta los servicios. Y es que con la crisis se ha producido una difuminación de los perfiles de pobreza y exclusión social, en el sentido de que, junto a los colectivos tradicionales, aparecen otros nuevos asociados a la pérdida del empleo, al desempleo de larga duración, a la degradación de las condiciones laborales unida casi siempre su ubicación extramuros del contrato de trabajo, circunstancias que, consecuencia de las

¹¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Adecuación y sostenibilidad de las prestaciones contributivas (en especial, de las pensiones) del sistema de Seguridad Social”, *NREDT*, núm. 161, 2014, pág. 146.

¹² BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 20ª edición, Madrid (Tecnos), 2011, pág. 51.

¹³ AA.VV. (GARCÍA FERNÁNDEZ, M., Dir.): *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1999, pág. 582.

¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: “Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional”, en AA.VV. (MONEIRO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes o futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008, pág. 1130.

¹⁵ LÓPEZ CUMBRE, L.: “La reforma de la Seguridad Social de 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”, *RG-DTSS*, núm. 29-30, 2012, pág. 10.

¹⁶ LÓPEZ INSUA, B.: “Afiliación y cotización”, en AA.VV. (MONEIRO PÉREZ, J.L., Dir.): *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Granada (Bomarzo), 2017, págs. 497 y ss.

¹⁷ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Prólogo”, en AA.VV. (SUIPOT, A., Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. XXIII.

negativas perspectivas económicas, pueden agravarse y cronificarse¹⁸.

Es más, es una realidad incuestionable el sustancial cambio sufrido en los modos clásicos de desarrollo de la actividad laboral, marcados tradicionalmente por la coincidencia espacio/temporal de empresario y trabajador en el centro de trabajo dentro de una franja horaria rígida. Sin embargo, en los momentos actuales "cualquier elemento conectivo, sean correos electrónicos, móviles, tabletas, teléfonos inteligentes, etc., transmuta los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones pues ubican a los trabajadores fuera de las unidades productivas típicas: empresas, centros y puestos. La unidad locativa por excelencia, o sea, el puesto de trabajo, se antoja móvil, abierto, multifuncional y desespacializado"¹⁹. La conexión no tiene lugar únicamente entre trabajadores y empresarios, sino también entre clientes y proveedores, al menos en su denominación formal. Al tiempo, la irrupción tecnológica ha ocasionado cambios en la propia persona del trabajador, ya que la utilización de las plataformas virtuales, las nuevas herramientas basadas en la hiperconectividad y la hiperinformación, la automatización, la incorporación de internet, el uso del correo electrónico, el teléfono móvil, las cámaras de videovigilancia, la firma electrónica, el recurso a las redes sociales, etc., desencadenan, de forma abrupta, cambios a la hora de desempeñar la actividad laboral, exigiendo rápidas adaptaciones subjetivas al fin productivo centrado en la obtención de los máximos beneficios posibles al mínimo precio²⁰. En efecto, la modernización implica la transformación del sistema tradicional de la prestación de servicios, caracterizado por el prototipo de trabajador subordinado de una gran fábrica, ocupado

a tiempo pleno y en exclusiva y con total integración espacio-temporal, hacia un trabajo centrado en lo digital (teletrabajo, trabajo en la nube, plataformas de trabajo participativo, crowdwork, extensión de tareas en red, etc.) con horarios menos delimitados y más flexibles pero con mayores exigencias de rentabilidad y de cualificación.

Dicho en otros términos, la nueva organización del trabajo exige cambios en el instrumento contractual laboral, pues se difumina la nota de subordinación que, sin embargo aparece en tipos contractuales distintos del contrato de trabajo, tal y como sucede con los autónomos económicamente dependientes, se produce la eclosión de la contratación laboral atípica o de las nuevas formas de reclutamiento, donde, además de los vínculos temporales frente al contrato indefinido, a tiempo parcial frente a jornadas completas, se abusa del recurso a las becas en sus variadas modalidades, y se alimenta el sector informal o sumergido al borde de la legalidad²¹. En consecuencia, comienzan a utilizarse fraudulentamente instrumentos que difuminan aún más las diferencias entre por cuenta ajena y propia para enmascarar una u otra. Y en fin, en el sector público se hacen patentes también estas circunstancias, donde la no dotación de plazas de plantilla ha ido acompañada del recurso a empresas externas que reclutan trabajadores *low cost* o al voluntariado.

Hasta el momento no existe una definición común (o legal) de empleo precario²², pero sí una serie de factores que concurren en él. Las características del mal empleo, del empleo precario, del trabajo "indecente" (pues no otra cosa es el control abusivo de la actividad laboral de un ser humano por parte de otro²³) ha-

¹⁸ GARCÍA ROMERO, B.: "La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora", *DL*, núm. 104, 2015, vol. II, pág. 50.

¹⁹ ALEMÁN PÁEZ, F.: "El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail n° 2016-1088", *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, págs. 12 y ss.

²⁰ FREJE, A.: "Impacto organizativo de la digitalización y de los campos tecnológicos", en AA.VV.: *Nuevas tecnologías y Gestión de Recursos Humanos, Proyecto Technos. Impacto de las Redes Sociales y marco laboral neotecnológico*, Madrid (Instituto Cuatrecasas. Wolters Kluwer), 2017, págs. 53 y ss.

²¹ CASAS BAAMONDE, M.E.: "Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo", en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y MIRÓN HERÁNDEZ, M.M., Coords.): *El trabajo ante el cambio de siglo. Un tratamiento multidisciplinar*, Madrid (Marcial Pons), 2000, pág. 192 y ss.

²² Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)).

²³ A la hora de hablar de la temporalidad, constituye referencia indiscutible el trabajo, DE LA VILLA GIL, L.E.: "Do ut facias: entorno a los estímulos de la contratación laboral", *RFDUCM*, núm. 23, 1999, págs. 567-583.

cen difícil reconducirlos a una o dos categorías o ser representados en varias pinceladas²⁴. En el fondo, cabe entender que este término hace referencia a “trabajadores marginados del bienestar institucionalmente garantizado por el sistema legal y de negociación colectiva y sus respectivas redes de cobertura protectora y desmercantilizadora”²⁵.

La situación de precariedad sufrida por trabajadores (sean estos por cuenta ajena o por cuenta propia, falsos o no) acarrea consecuencias (y en ocasiones encuentra su origen o causa) en la protección dispensada por el sistema español de Seguridad Social, no en vano, el Parlamento Europeo avanza entre otros indicadores de esta deplorable circunstancia, los derechos y prestaciones de protección social nulos o limitados²⁶.

Ya no solo la pérdida, sino también la precariedad en el empleo y las deficiencias de la protección social impiden que el individuo obtenga los recursos económicos necesarios para afrontar las necesidades básicas (vivienda, alimentos, educación...), y acaba por situarles al margen de uno de los derechos propios de un Estado Social (el derecho al trabajo y a la protección social) y de los valores que los inspiran, dignidad humana, igualdad y solidaridad personal²⁷.

Dibujado el complejo panorama y las múltiples aristas a considerar a la hora de encuadrar y analizar el sistema español de Seguridad Social y en particular el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, si pretende realmente luchar contra la precariedad, dotar de una red de seguridad a quienes prestan servi-

cios fuera del General y garantizar lo previsto en la CE, cabe imponer dos tipos de obligaciones principales: de un lado, procurar ampliar el campo de aplicación del ordenamiento de la Seguridad Social hacia las “zonas grises”, a riesgo de convertirse en un paraguas que cada vez más protege a menos personas; de otro, reconfigurar la aplicación del régimen de trabajadores autónomos a sus propios términos, sin olvidar atender a la hora de fijar las cuotas al volumen real de ingresos obtenidos ni tampoco perder de vista la posibilidad de regular el trabajo en régimen de autoorganización a tiempo parcial, diseñando mecanismos de control eficaces que hagan desvanecer la tacha sobre las dificultades de comprobación de este régimen de dedicación²⁸.

3. LAS CONSECUENCIAS EN MATERIA DE TUTELA SOCIAL DE LAS DENOMINADAS “ZONAS GRISES”

El Parlamento Europeo avaló la hoja de ruta de la tercera revolución industrial en 2006 y en 2016 el Foro económico mundial colocó en la agenda mundial el concepto de la cuarta. En la actualidad, tal y como *supra* se ha anunciado, la digitalización de la economía presenta múltiples implicaciones y efectos en las formas de trabajar y de organizar el trabajo, y por ello tanto en las relaciones laborales y en las condiciones en que éste se presta como en la protección social dispensada. La digitalización de la producción de bienes y servicios puede afectar, entre otros aspectos relevantes, a la propia definición de la relación de trabajo asalariado en el contexto de la aparición de formas de empleo novedosas; al contenido de la prestación laboral; a los salarios; a la seguridad y salud en el trabajo; y, por cuanto aquí importa, al acceso a la protección social²⁹.

Esta industria 4.0 ha propiciado el nacimiento de la economía de plataformas, tam-

²⁴ Siguiendo a ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral*, Albacete (Bomarzo), 2008, págs. 15 y ss.

²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Derecho del Trabajo en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000, pág. 252 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La crisis en la identidad del modelo ‘clásico’ de contrato de trabajo: la incidencia del paro y la precariedad”, *La Ley*, núm. 4, 2002, pág. 1859.

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)).

²⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Excluidos sociales: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, pág. 178.

²⁸ CERVILLA GARZÓN, M.J.: “La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos”, *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, pág. 256.

²⁹ Álvarez Cuesta, H.: “La creación de empleo sostenible en la industria 4.0”, en AA.VV.: *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, págs. 241 y ss.

bién denominada *gig economy*³⁰ o trabajo *on demand* (el término común de *on demand economy* hace referencia a un modelo de negocio donde las nuevas tecnologías en internet permiten a las plataformas virtuales dispongan de grandes grupos de prestadores de servicios a la espera de que un consumidor solicite un servicio a través de internet o de una *app*³¹). La primera consiste en realizar una serie de pequeñas tareas o servicios a través de la red; la segunda supone realizar una actividad de trabajo tradicional pero canalizada a través de aplicaciones administradas por empresas que también intervienen en la calidad de servicio y en la selección y gestión de la mano de obra³².

Como ya advirtió el Parlamento Europeo, “las nuevas formas de empleo que están surgiendo, sobre todo en el marco de la digitalización y las nuevas tecnologías, están desdibujando los límites entre el empleo por cuenta ajena y el empleo autónomo, lo que puede ocasionar una degradación de la calidad del empleo”³³ y, por consiguiente, de la protección social. Por su parte, el Informe sobre las condiciones laborales y el empleo precario de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de 14 de junio de 2017³⁴, advierte cómo algunas de las nuevas formas de empleo pueden dar lugar a un incremento del trabajo autónomo ficticio, a un deterioro de las condiciones de trabajo y a una reducción de la protección de la Seguridad Social, y pide a los Estados miembros que garanticen que los sistemas de Seguridad Social nacio-

nales cumplen su propósito en el caso de las nuevas formas de empleo.

Los temores se han cumplido y tanto el trabajo *on demand* como vía *app* acaban generando el nacimiento de una nueva subclase social (puede ser visto también como una expansión de la precariedad laboral y la transferencia del riesgo a los trabajadores³⁵): el “precarizado” tecnológico (e-precarizado)³⁶, (en el fondo, “legiones de esclavos del click”³⁷, “esclavos de la galeras digitales” -*digital galley slaves*³⁸-): personas que obtienen la mayor parte de sus ingresos realizando prestaciones de servicios de forma esporádica, dependiendo de la llamada del cliente, de multitud de clientes, sin horario alguno ni ingreso mínimo a percibir, sin descansos, sin protección social, sometidos al escrutinio y valoración del mundo entero para continuar obteniendo retribución (quién necesita vigilancia y control si deciden las redes sociales la valía del trabajo)³⁹.

En la práctica no es más que el recurso al falso autónomo tradicional o al trabajo sumergido⁴⁰, donde las “personas trabajadoras son deshumanizadas hasta un extremo nunca antes conocido, y derechos básicos como derecho al trabajo, a la formación profesional continua, a la ocupación efectiva, a una remuneración suficiente, a la conciliación, a la seguridad y salud, a las vacaciones remuneradas”, quedan volatilizadas tanto si la pres-

³⁰ Ha sido descrita como aquella en la cual los trabajadores se ven obligados a competir entre sí para reducir sus propios salarios, SPRAGUE, R., “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy, Square Pegs Trying to Fit in Round Holes”, <https://www.alsb.org/wp-content/uploads/2016/01/NP-2015-Square-Pegs-Sprague.pdf>, 2016, pág. 4.

³¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo, un desafío para el Derecho del Trabajo”, *RTSS (CEF)*, núm. 406, 2017, pág. 43.

³² DE STEFANO, V.: “The rise of the ‘just-in-time workforce’, On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig economy’”, *Conditions of Work and Employment Series* núm. 71, OIT, 2016, pág. 1.

³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221 INI).

³⁴ (2016/2221(INI)).

³⁵ SPRAGUE, R.; “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy, Square Pegs Trying to Fit in Round Holes”, cit., pág. 4.

³⁶ Otros los denominan esclavos digitales, RISAK, M. y WARTER, J.: “Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop”, AA.VV.: *4th ILO Conference on Regulating for Decent Work, 8-10 July*, Ginebra (OIT), 2015, pág. 4.

³⁷ FELTNER, A.: “Working the Crowd, Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry”, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 32, núm. 1, 2011, pág. 160.

³⁸ RASO DELGUE, J.: “La empresa virtual, nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 5, núm. 1, 2017, pág. 9.

³⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de Seguridad Social y el Derecho laboral, 2016, pág. 8.

⁴⁰ DE STEFANO, V.: “The rise of the ‘just-in-time workforce’, On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig economy’”, cit., pág. 6.

tación es calificada como trabajo autónomo como asalariado⁴¹.

Debido a este proceso, el empleador se vuelve "invisible" hasta el punto de desaparecer totalmente⁴². Por su parte, se habla de trabajador fluido, líquido, hasta el punto de volverse transparente en su doble acepción: transparente por desaparecer para el Derecho Laboral (y para el sistema de Seguridad Social) y transparente por ser perfectamente aprehensible por el empresario en sus remozadas técnicas de control⁴³.

La repercusión sobre su protección social (y sobre el propio Sistema de Seguridad Social) es fácilmente perceptible⁴⁴. De un lado, la incorrecta y fraudulenta clasificación de estas prestaciones laborales como trabajo por cuenta propia (en el mejor de los casos) o como trabajo oculto impide su incorporación (y superior cotización y protección) en el régimen general, en tanto que el régimen especial, pese a las numerosas reformas, todavía no proporciona la misma protección que la contenida en el primero (en España, en otros países la situación es mucho más deficiente)⁴⁵ y hace recaer sobre el falso autónomo un mayor coste, en la mayoría de las ocasiones inasumible, a la hora de hacer frente a las cotizaciones (dejando a un lado las bonificaciones durante el primer período de adscripción)⁴⁶.

⁴¹ SERRANO OLIVARES, R.: "Nuevas formas de organización empresarial, economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad", en AA.VV.: *Economía colaborativa y trabajo en plataforma, realidades y desafíos*, Albacete (Bomarzo), 2017, pág. 31.

⁴² OIT: *El futuro del trabajo que queremos, un diálogo global*, Ginebra (OIT), 2017, pág. 9.

⁴³ ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La creación de empleo sostenible en la industria 4.0", cit., págs. 241 y ss.

⁴⁴ BALLIESTER, T. y ELSHEIKHI, A.: "The Future of Work: A Literature Review", *Working Paper*, núm. 29, OIT, 2018, págs. 22 y ss.

⁴⁵ OECD: *Policy Responses to New Forms of Work*, París (OECD Publishing), 2019, pág. 53.

⁴⁶ "También dentro de una perspectiva más amplia sobre las características y los perfiles que presenta el acceso a la protección social de los trabajadores en empleos atípicos y en el autoempleo, se ha apuntado a las dificultades y carencias que pueden afrontar quienes prestan servicios en el marco de nuevas formas de empleo en la economía digital y concretamente a través de plataformas en internet, señalándose una menor intensidad de la protección derivada de bajos niveles de cotización, cuando no de la dificultad para cumplir con los

De otro, "desde el punto de vista de la sostenibilidad de los sistemas de protección social, el avance de formas de empleo que se apartan del modelo de trabajo estable asalariado y a tiempo completo, que sustenta los sistemas de Seguridad Social de base fundamentalmente contributiva, debilitaría los pilares de su financiación, precisamente en un escenario en que aumentan las necesidades asociadas al envejecimiento de la población, las desigualdades y la inseguridad en el empleo derivadas de su polarización y de la proliferación de formas de empleo atípicas [...] Desde la perspectiva del alcance y la suficiencia de dichos sistemas, la proliferación de formas de empleo atípicas amparadas sobre todo en la digitalización y las TIC lleva aparejada un aumento de la inestabilidad y de previsibilidad de los ingresos y una incertidumbre en cuanto a las obligaciones de las partes⁴⁷, respecto a su vinculación (si existe) con la Seguridad Social y el régimen a través del cual se materializa.

Las soluciones ofrecidas van a descansar en la calificación otorgada a las prestaciones de servicios realizadas en estas nuevas formas de trabajo⁴⁸, teniendo como idea vertebral la protección de todos, autónomos o no⁴⁹. De ser considerado trabajo por cuenta ajena, tal y como lo han entendido la mayoría de pronunciamientos judiciales hasta ahora⁵⁰, corresponde su inclusión en el Régimen General, bien como trabajo a tiempo completo, bien a tiempo parcial (y quizá diseñando un sistema especial de cotización y cómputo ca-

requisitos de acceso", CES: *Informe sobre la digitalización de la economía*, 2017, pág. 111.

⁴⁷ CES: *Informe el futuro del trabajo*, 2018, págs. 130 y ss.

⁴⁸ Un exhaustivo recorrido por los pronunciamientos nacionales y de otros países en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Economía de las plataformas (platform economy) y contrato de trabajo", en AA.VV.: *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals*, 2019.

⁴⁹ PETROPOULOS, G.; MARCUS, J.S.; MOËS, N. y BERGAMIN, E.: "Digitalisation and European welfare states", *Bruegel Blueprint Series*, vol. 30, 2019, pág. 140.

⁵⁰ SJS, núm. 6, Valencia 1 junio 2018 (Rec. 633/2017). Con parecida argumentación, SJS, núm. 11, Barcelona 30 mayo 2018; SJS, núm. 33, Madrid 11 febrero 2019 (Sent. 53/2019). Siguiendo la precedente, SSJS, núm. 1, Madrid 3 y 4 abril 2019 (Sent. 128 y 134/2019) y SJS, núm. 1, Gijón, 20 febrero 2019 (Rec. 724/2018) y STSJ Asturias 25 julio 2019 (Rec. 1143/2019)..

paz de hacer frente a la variabilidad extrema de estas prestaciones). Precisamente los temas clave son los umbrales relacionados con los periodos de cotización, las horas de trabajo realizadas y las ganancias obtenidas, problemas de cómputo que se reproducen también en los trabajadores por cuenta propia⁵¹, si bien con otra repercusión distinta.

De resultar trabajo por cuenta propia “real”⁵², conviene entonces avanzar (no solo para este tipo de actividades) en la regulación de la cotización a tiempo parcial, capaz de aportar respuesta a las principales dificultades de los autónomos precarios y reforzar (y reformar nuevamente) la prestación por cese de actividad, tal y como se examinará en detalle en las siguientes páginas. En este último sentido, “algunas propuestas apuntan incluso a la necesidad de pasar desde el enfoque del aseguramiento del riesgo de desempleo a la creación de un ‘seguro de empleo’, más apropiado para mercados de trabajo en transición y más acorde con los desafíos de la transformación del mundo del trabajo en curso”⁵³. También, y quizá a más largo plazo, ahondar en el reparto de la carga de contributividad de los autónomos económicamente dependientes y su cliente principal, en aras a aquilatar los costes a semejanza de cuanto ocurre en el general.

Con todo, la propuesta de Recomendación del Consejo sobre el acceso a la protección social de los trabajadores y autónomos de 2018 no garantiza una protección completa en el sentido expuesto, habida cuenta únicamente prevé que “los Estados miembros deben garantizar que los trabajadores tengan acceso a la protección social extendiendo la cobertura formal de forma obligatoria a todos los trabajadores, independientemente del tipo de relación laboral que tengan”. Específicamente para los trabajadores por cuenta propia, “los

Estados miembros deberían garantizar que los trabajadores autónomos tengan acceso a la protección social ampliando su cobertura formal: (a) de forma obligatoria para prestaciones de enfermedad y asistencia sanitaria, prestaciones de maternidad/paternidad, prestaciones de vejez e invalidez, así como prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; (b) De forma voluntaria para las prestaciones de desempleo”.

Sin embargo, cabe también apuntar un riesgo mayor, la desaparición en el agujero del empleo sumergido o el trabajo informal. Por ello, distintas iniciativas han subrayado la necesidad de garantizar alguna protección social. Así, una Moción consecuencia de Interpelación Urgente, sobre medidas para asegurar unas condiciones de trabajo dignas y de calidad en la economía digital presentada por el grupo parlamentario socialista al Congreso el 15 de febrero de 2018 mencionaba medidas de protección social, para impedir la exclusión social que pudiera derivarse del proceso de digitalización.

Varios códigos de conducta de aplicación a estas nuevas formas de empleo, aun cuando alguno no menciona la protección social⁵⁴, han intentado también avanzar en la protección dispensada y establecen, entre sus puntos principales, el siguiente: independientemente de la clasificación de empleo, los trabajadores de plataforma deberían tener acceso a las protecciones de la Seguridad Social, públicas y/o privadas, incluyendo seguro de desempleo, seguro de invalidez, de salud, pensiones, maternidad y compensación en caso de falta de trabajo. En caso de enfermedad o lesión, las cotizaciones deben ser compartidas entre trabajadores, plataformas, clientes y Estado obligatoriamente⁵⁵.

Con todo, y pese a los riesgos, estas formas de trabajo pueden suponer una oportunidad (siempre y cuando se alcance la protección social demandada) para sacar a la luz diversas formas de trabajo informal y oculto, muchas veces en el seno del hogar familiar y prestado

⁵¹ Eurofound: *Non-standard forms of employment: Recent trends and future prospects*, Dublín (Eurofound), 2018, pág. 27.

⁵² Como reconocen algunos pronunciamientos, SJS, núm. 39, Madrid 3 septiembre 2018 (Sent. 1353/2017) o SJS, núm. 24, Barcelona, 21 mayo 2019 (Sent. 202/2019) y STSJ Madrid 19 septiembre 2019 (Rec. 195/2019).

⁵³ CES: *Informe el futuro del trabajo*, 2018, págs. 130 y ss.

⁵⁴ Ground Rules for Paid Crowdsourcing / Crowdworiking, Munich, 2017.

⁵⁵ Frankfurt Paper on Platform-Based Work, 2016.

por mujeres, que han quedado extramuros del sistema de Seguridad Social, con lo que ello conlleva de exclusión, no en vano los sistemas de pago proporcionan la oportunidad de incorporar dicho trabajo no declarado al Régimen de Seguridad Social que proceda⁵⁶.

4. MECANISMOS DE INTERPOSICIÓN ENTRE EMPRESARIO Y TRABAJADOR A TRAVÉS DE COOPERATIVAS Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los términos precariedad y economía social, en principio, habrían de ser antitéticos (y antagónicos); sin embargo, la realidad muestra cómo un tipo especial de estas corporaciones como son las cooperativas, en particular las de trabajo asociado y un híbrido reciente, las de facturación, son utilizadas como “paraguas” que ampara trabajo precario bajo estas dos modalidades: esta forma jurídica de organización de la prestación en muchas ocasiones supone una huida del “trabajo autónomo”⁵⁷ forzoso (el empresario huye del trabajo por cuenta ajena hacia el autónomo y el trabajador recorre el camino contrario o, dicho de otro modo, las empresas prefieren contratar a los falsos autónomos y los autónomos prefieren ser falsamente contratados laboralmente); y en otras el camino recorrido es el clásico e inverso.

Si bien su finalidad primigenia y auténtica ha de radicar, como empresa de economía social que es, en conseguir un trabajo estable y de calidad para sus socios y su estrategia empresarial ha de estar encaminada a proporcionar y mantenerlo⁵⁸; sin embargo, se insiste, se ha utilizado esta figura de forma fraudulenta

para propiciar figuras de interposición entre el empresario principal y auténtico empleador y el trabajador mutado en “falso autónomo” en el caso de las cooperativas interpuestas o en “falso trabajador”, en el caso de las de facturación (sin perjuicio que sea autónomo o bien empleado por cuenta ajena de quien le ha contratado civil o mercantilmente). En ambos casos, la figura utilizada supondrá la aplicación de un régimen de Seguridad Social con sus coordenadas propias en cuanto a protección dispensada o implicaciones legales en caso de resultar fraudulenta la adscripción realizada.

4.1. Cooperativas como vía de huida del trabajo autónomo

En cuanto hace a las primeras, en los últimos años, y debido a las cotizaciones e impuestos que tienen que afrontar los trabajadores por cuenta propia, y sin posibilidad real de cotizar a tiempo parcial a este Régimen, han surgido un subtipo de cooperativas denominadas “de facturación”, las cuales se configuran como cooperativas de trabajo asociado que “venden” un régimen fiscal, de facturación y de afiliación a la Seguridad Social más beneficioso.

Este tipo de entidades pretende responder a las necesidades de los trabajadores autónomos esporádicos y a través de su inclusión, permitirles llevar a cabo su actividad y minimizar los gastos fiscales y en materia de Seguridad Social⁵⁹. La forma de operar de estas cooperativas es la siguiente⁶⁰: la cooperativa procede a dar de alta en el régimen general como trabajadores a tiempo parcial por los días efectivamente trabajados o por los acordados (que pueden no coincidir con la ejecución del trabajo, de hecho, algunas de estas empresas utilizan a modo de cálculo el importe facturado, correspondiendo un día de alta por cada tramo facturado); y emite una fac-

⁵⁶ Eurofound: *Non-standard forms of employment: Recent trends and future prospects*, Dublin (Eurofound), 2018, pág. 26.

⁵⁷ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Cooperativas y Seguridad Social*, Albacete (Bomarzo), 2017, pág. 9.

⁵⁸ BENGOTXEA ALKORTA, A.: “La contribución de las cooperativas de trabajo asociado a la creación y mantenimiento de empleo”, en AA.VV.: *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pág. 124.

⁵⁹ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Nuevas prestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pág. 45.

⁶⁰ Lo describe también ESPÍN SÁEZ, M.: “¿Por qué lo llaman “cooperativa” cuando quieren decir “optimización de la precariedad”?”, *Economistas frente a la crisis*, 2017 y LACOMBA PÉREZ, F.R.: “El dudoso fenómeno de las cooperativas “online” de trabajo asociado o cooperativas de facturación”, *Lex Social*, núm. 2, 2017, pág. 276.

tura al cliente (del autónomo/trabajador) con su CIF. Abonada la factura, la cooperativa lo transfiere al profesional, descontando los gastos directos por el servicio y una comisión⁶¹.

Estas cooperativas de facturación, al cabo, constituyen empresas interpuestas, que, al dar de alta a los trabajadores en el régimen general, incurren en fraude conforme a la LISOS, al consignar datos falsos que provocan liquidaciones fraudulentas. Las personas que se adhieren temporalmente a estas plataformas no son socios trabajadores; en consecuencia, están empleando instrumentalmente una entidad con el resultado de incumplir obligaciones fiscales y de alta y cotización en el régimen especial correspondiente⁶².

También, si descuentan de las liquidaciones toda la cuota (incluida la parte empresarial, cometen infracción muy grave tipificada en el art. 23.1.d LISOS -“pactar con sus trabajadores de forma individual o colectiva la obligación por parte de ellos de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuotas a cargo del empresario, o bien su renuncia a los derechos que les confiere el sistema de la Seguridad Social”-). Por su parte, los falsos socios trabajadores cometen infracción grave del art. 22.7 LISOS, al no haber solicitado en tiempo y forma su alta y cotización. Cuando supere los 50.000 euros, la cooperativa podría llegar a incurrir en delito de fraude a la Seguridad Social o un delito de estafa⁶³.

Quien queda desprotegido, como suele ser habitual, es el autónomo (en la mayor parte de las ocasiones) forzoso (o falso, cuando a través de esta figura se encubra una verdadera relación laboral). A ello se añade que, al ser configurado (en la mayor parte de las ocasiones) como trabajador a tiempo parcial, padecerá los fallos que todavía persisten en la regulación de su protección por desempleo⁶⁴, en

tanto la construcción de la protección social se ha asentado sobre el ideal del contrato a tiempo completo (e indefinido, cabría añadir) y cuando se aplica dicho entramado a una relación a tiempo parcial acaba por generar precariedad⁶⁵. A ello se une la evolución atormetada de esta institución en España “entre la tendencia más fuerte hacia su flexibilización, para extraer su potencial como mecanismo generador de empleo -aunque sea precario-, y el objetivo compartido y establecido por el modelo europeo como modalidad que puede ofrecer la satisfacción de determinados intereses de los trabajadores”⁶⁶.

4.2. Cooperativas de trabajo asociado como instrumento para precarizar a sus socios trabajadores

En la segunda modalidad, se utilizan como herramienta las cooperativas de trabajo asociado como paraguas que acoge a trabajadores que prestan servicios para la empresa principal que ha externalizado esa actividad, en muchas ocasiones nuclear, a través de una contrata con la cooperativa. Dichos empleados formalmente están sometidos al régimen de aplicación a la cooperativa a la que pertenecen, pero en la práctica funcionan como empleados de la empresa que ha contratado con la cooperativa, la cual ha cedido ilegalmente esa mano de obra.

En materia de protección social, las cooperativas de trabajo asociado pueden optar, estatutaria y globalmente, por el encuadra-

teria de protección social de los trabajadores a tiempo parcial y en la STJUE C-385/11, de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, puso de manifiesto que los esfuerzos del legislador español por adaptar el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial a la normativa comunitaria no habían sido suficientes. Recientemente, la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/2018 Villar Laiz, ha vuelto a plantear objeciones a la regulación del trabajo a tiempo parcial por no incorporar a su diseño la perspectiva de género y por falta de proporcionalidad en las reglas de cálculo de las pensiones de jubilación. Sobre esta idea insiste la STCo de 3 de julio de 2019.

⁶⁵ ROQUETA BUJ, R.: “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial”, *REDT*, núm. 174, 2015 (BIB 2015\1043).

⁶⁶ ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2016 (BIB 2017\10563).

⁶¹ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Nuevas prestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, cit., pág. 46.

⁶² ESPÍN SÁEZ, M.: “¿Por qué lo llaman “cooperativa” cuando quieren decir “optimización de la precariedad”?”, cit.

⁶³ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Nuevas prestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, cit., págs. 48-49, 50 y 68.

⁶⁴ EL TSJUE ha examinado la legislación española en ma-

miento de sus socios trabajadores como autónomos o como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. La flexibilidad concedida permite elegir el régimen más conveniente en cada caso teniendo en cuenta las características de cada uno y las prestaciones que ofrece (elección de bases, compatibilidad, jubilación anticipada,...). En el caso examinado de las cooperativas instrumentales, estatutariamente eligen el Régimen de Autónomos por la posibilidad de elección de la base, y la obligación y responsabilidad que recae sobre cada socio, aun cuando las cooperativas de trabajo asociado respondan solidariamente de la obligación de cotizar de aquéllos (art. 43 RD 2064/1995).

Los trabajadores autónomos asociados a estas cooperativas, consideradas recientemente por la jurisprudencia como fraudulentas, sufren idénticas (o muy parecidas) dificultades que las examinadas a continuación para los autónomos, si bien es cierto que tienen previsiones específicas a la hora de acreditar el acceso al cese de actividad, vinculadas a su relación con la cooperativa, destacando, entre las enumeradas en el art. 335 LGSS, las siguientes: la expulsión impropia de la cooperativa; por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor; y, por finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada. Además, procede tener en cuenta que dicho precepto niega la condición de situación legal de cese de actividad a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que, tras cesar definitivamente en la prestación de trabajo, y por tanto, en la actividad desarrollada en la cooperativa, y haber percibido la prestación por cese de actividad, vuelvan a ingresar en la misma sociedad cooperativa en un plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación; y si el socio trabajador reingresa en la misma sociedad cooperativa en el plazo señalado, deberá reintegrar la prestación percibida. Circunstancia no excepcional cuando estas cooperativas contraen y expanden su número de socios en función de las necesidades de las empresas clientes recurriendo a quienes previamente ya habían prestado servicios.

5. LA ADMINISTRACIÓN COMO IMPULSORA DE LA HUÍDA DEL TRABAJO ASALARIADO

Las presiones para el ahorro de costes de personal dentro de las Administraciones, como importante contribución a la reducción del déficit público, ha tenido como uno de los efectos más destacados la opción frecuente por la prestación indirecta de servicios a los ciudadanos por medio de agentes privados, quienes, tras un procedimiento reglado en competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las atribuciones de las Administraciones. Como ha sido alertado por la doctrina, “en no pocas ocasiones, la Administración se ve obligada a recurrir a la externalización como vía de ocultación de la deuda pública y de elusión de los vetos a la reposición de efectivos que permite el mantenimiento de las exigencias -cada vez mayores- de nuestro Estado de bienestar, lo cual ha provocado una aceleración de los procesos de privatización o gestión indirecta de los servicios públicos por parte de las Administraciones, fruto tanto de las presiones para rebajar el gasto e incrementar la eficacia, como de los movimientos tendentes a reducir la dimensión del sector público”⁶⁷.

Tal devenir cuenta con tres manifestaciones principales en el incremento del trabajo autónomo: el masivo recurso al contrato de servicios y al contrato de concesión de servicios públicos; el abuso en la figura de los cuidadores no profesionales y el incremento de las prestaciones de voluntariado. Con todas estas posibilidades se evita el reclutamiento directo de efectivos y la convocatoria de procesos de selección, tras la previa dotación de plazas en la relación de puestos de trabajo, lo cual, además del ahorro en costes organizativos, implicará una rebaja en las partidas económicas, quedando asegurada, al tiempo, la prestación de servicios de interés general a favor de los ciudadanos. Otra cosa (muy preocupante, sin duda) es la precarización de las condiciones de trabajo de los implicados en estos procesos, pues quedan sumergidos en un trabajo autónomo con escasa (o nula) protección.

⁶⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, núm. 25, 2014, pág. 55.

5.1. Las difusas aristas en los contratos administrativos como subterfugio

Con gran asiduidad las Administraciones públicas han utilizado dos vías principales de generosos contornos: el contrato administrativo de servicios, cuyo “objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario” [art. 17 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)]; por otra, el contrato de concesión de servicios públicos, “en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio” [art. 15 LCSP].

Ambas modalidades conllevan, en la mayoría de los casos, a la intervención de un trabajador autónomo con un único límite: que el vínculo suscrito entre la Administración y el prestatario del servicio no “implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”⁶⁸ (art. 17.2 LCSP). A través de estos subterfugios se consigue evitar el reclutamiento directo de efectivos y la convocatoria de procesos de selección, tras la previa dotación de plazas en la relación de puestos de trabajo, lo cual, además del ahorro en costes organizativos, implicará una rebaja en las partidas económicas de los presupuestos públicos, pero encubre una verdadera relación laboral o funcional⁶⁹. Es más, queda vetado *ad futurum* cualquier incorporación de estos sujetos como efectivos de la propia Administración, pues la propia LCSP se en-

carga de aclarar que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista” (art. 308.2 LCSP). Y el art. 312 f) LCSP añade, a efectos de evitar una cesión ilegal de trabajadores, una serie de especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, señalando que “se efectuarán en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante; si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan; en estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones”⁷⁰. Estas previsiones tratan de evitar una eventual declaración de cesión ilegal con la consecuente adquisición de la condición de “indefinido no fijo” de los afectados, figura de creación jurisprudencial que intenta cohonestar el postulado de mantenimiento en el empleo con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto–, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá, generando el derecho a indemnización de 20 días de salario por año de servicio, tanto en el supuesto de amortización de la plaza cuanto en el de cobertura reglamentaria⁷¹.

⁶⁸ PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, pág. 23.

⁶⁹ RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DEPUJCH, L.: “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas a funcionarios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013, págs. 53 y ss.

⁷⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas en la Ley 9/2017”, *GAAP, nueva época*, núm. 21, 2019, págs. 20 y ss.

⁷¹ STS 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015).

Quien quiera contratar con la Administración a través de las espurias vías *supra* enunciadas, además de tener la habilitación profesional pertinente, debe encontrarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social (art. 71 LCSP), es decir, ha de asumir el pago de las cotizaciones al régimen de autónomos, lo cual muchas veces resulta harto difícil dada su inestable trayectoria en su actividad previa y los exiguos términos económicos de los pliegos de condiciones⁷².

5.2. La atención a la dependencia a través de cuidadores no profesionales: el convenio especial como única garantía

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (LD), diseña un modelo de “asistencia social externa al sistema institucional de la Seguridad Social”, justificado en el art. 149.1.1 CE, que reconoce al Estado la competencia “exclusiva” para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, a través de la implementación de tres niveles (art. 7): uno de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado; otro segundo acordado entre la citada Administración y la de cada una de las Comunidades Autónomas; y un tercer nivel adicional que puede establecer cada Autonomía⁷³.

Aun cuando se trata de un servicio público de atención a los ciudadanos más vulnerables, la Administración muchas veces se desentiende. Así, un problema particular ha venido planteando la situación en que se encontraban los cuidadores informales, pues, en situaciones extremas, después de muchos años dedicados a atender a una persona dependiente, al cesar en esta tarea, se podían

encontrar sin la posibilidad de ingresar en un trabajo, fuera por cuenta ajena o autónomo, o con tan corto período de cotizaciones que resultara imposible obtener pensiones de jubilación o de invalidez en su nivel contributivo por falta del período de carencia, e incluso en el nivel no contributivo si tenían algunas rentas o ingresos propios que superaran los mínimos establecidos.

De conformidad con lo previsto en el art. 2.1 d) Real Decreto 1620/2011, quedan excluidos del marco de la relación laboral de carácter especial de empleados de hogar los cuidadores no profesionales o del entorno de la persona dependiente que le prestan atención domiciliaria, pues la configuración no profesional de esta dispensa excluye la retribución, no considerándose, por lo tanto, de carácter laboral ni, en consecuencia, dando lugar a relación de trabajo formal, pese a que hasta el 15 de julio de 2012 –fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012–, quedaba incluida, de forma obligatoria, en el régimen general de la Seguridad Social mediante un convenio especial, que pasó a ser de suscripción voluntaria a tenor de lo previsto en la disposición adicional 14ª TRLGSS tras la modificación operada por esta norma de urgencia⁷⁴.

En sus justos términos, esta exclusión hace referencia a la figura del cuidador no profesional contemplada en el art. 18 LD, el cual, en su redacción original, preveía, con carácter excepcional, el reconocimiento de una prestación económica a la persona dependiente cuando esté siendo atendida por sujetos de su entorno familiar, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca el programa individual de atención (art. 14.4). De esta forma, el beneficiario de la prestación económica es el propio dependiente, no el cuidador, sin que se exija que se destine específicamente a remunerar la labor de este último, sino que su finalidad es contribuir a aliviar la situación económica de la unidad familiar y suplir la pérdida de ingresos provocada por tener que permanecer fuera del mercado labo-

⁷² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas en la Ley 9/2017”, cit., págs. 20 y ss.

⁷³ DURÁN BERNARDINO, M.: “La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de protección social a la dependencia”, AS, núm. 8, 2013 (BIB 2013/2373).

⁷⁴ MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Barcelona (Reus), 2013, pág. 19.

ral⁷⁵. Además, el dependiente no reúne las características de empleador, ya que la labor del cuidador no está bajo su dirección y supervisión y no tiene la obligación de contratarle, ni darle de alta ni cotizar por él a la Seguridad Social. Tampoco debe cumplir la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, derivada del vínculo laboral, puesto que no existe una relación contractual entre dependiente y cuidador, y el régimen jurídico que regula la figura se encuentra en la LD y no en el ET⁷⁶.

Estas previsiones fueron objeto de desarrollo por el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, y por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (modificado posteriormente por el Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero). Pese a que la prestación económica para cuidados no profesionales tiene una inequívoca naturaleza excepcional, lo cierto es que se convirtió, desde el principio y con mucha diferencia, en la prestación mayoritaria dentro del sistema. Por tanto, los servicios sociales, que son los que expresamente figuran en el catálogo enumerado en el art. 15 Ley 39/2006 como preferentes, se han visto relegados a un segundo plano. Un cúmulo de factores han incidido en esta realidad: de un lado, en la sociedad española existe una muy arraigada cultura del cuidado presencial realizado directamente por los familiares del dependiente que, sin lugar a duda, ha pesado extraordinariamente en el marcado relieve adquirido por la prestación económica que nos ocupa y que no fue tenido en cuenta suficientemente por el legislador; de otro, hay un sesgo de género imposible de obviar, ya que alrededor del 93 por 100 de las beneficiarias de las prestaciones por cuidados familiares son mujeres que, por medio

de esta medida, han logrado la visibilización y el reconocimiento, aunque sea muy parcial, de un trabajo, en ocasiones muy arduo y penoso, realizado en el interior del hogar, con fuertes –y no siempre bien valorados socialmente– costes físicos y psicológicos, y todo ello a costa de no obtener un nivel de rentas suficiente y de quedar excluidas de la población activa⁷⁷.

La primera de las normas reglamentarias citadas precisa que podrán tener la condición de cuidadores no profesionales el cónyuge del dependiente y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco (art. 12.2) o una persona de su entorno, que resida en el mismo municipio o en uno vecino, y haya venido atendiendo al necesitado durante el período previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud, si bien en este último caso deben concurrir una serie de circunstancias adicionales; en concreto, que la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un emplazamiento caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de diversa naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención (art. 12.3).

Para evitar cualquier duda, la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo exige que no exista ningún tipo de relación contractual, ni laboral ni de otra clase, tanto si el cuidador es un familiar de la persona dependiente como si es una persona de su entorno⁷⁸. No obstante, el Real Decreto 615/2007 dispuso la inclusión obligatoria de los cuidadores no profesionales en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial cuyas cuotas eran pagadas con cargo a fondos públicos, en concreto, por el IMSERSO que firma al efecto el oportuno convenio con la TGSS (art. 2.1). A lo que hay que unir la cotización también por

⁷⁵ SELMA PENALVA, A. y LUJÁN ALCARAZ, J.: "La reforma del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores empleados de hogar", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 113-114.

⁷⁶ GIL PÉREZ, M.E.: "Cuidadores o profesionales y derecho a la incapacidad permanente. Problemas que se plantean", *RDS*, núm. 64, 2013, pág. 112.

⁷⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Empleo en el sector de la dependencia", *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 62.

⁷⁸ CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pág. 25.

la Administración General del Estado en materia de formación mediante un tipo reducido (art. 4.4 y 5), incluyendo a los cuidadores no profesionales dentro de las acciones formativas de oferta dentro del subsistema de formación profesional para el empleo (disposición final 3ª)⁷⁹. Con este modelo, ni los cuidadores, ni tampoco las personas dependientes, tenían que participar económicamente en dichas cotizaciones⁸⁰. Únicamente en aquellos casos en los que el cuidador decidiera elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter general (tope mínimo del régimen general), asumiría personalmente la diferencia⁸¹.

En relación al convenio, cabe destacar, por una parte, que para su suscripción no era necesario que el cuidador acreditara período de cotización alguno, pero sí era preceptivo con el fin de acreditar dichos cuidados no profesionales que a la persona dependiente le hubiera sido reconocida la prestación económica en apoyo de estos cuidadores. De esta forma, se vinculaba la alternativa de la relación de inclusión en el sistema de la Seguridad Social con el reconocimiento de la prestación económica a recibir por el dependiente, asegurándose así la tarea de cuidado y asistencia que justifica su encuadramiento. Por otra parte, se ha de mencionar su carácter obligatorio, una vez que se cumplieran las exigencias legales, a no ser que el cuidador se encontrara incluido previamente en el sistema, pero al margen de su labor de cuidado. En este sentido, los cuidadores familiares se alojaban fuera de la cobertura que proporcionaba el convenio especial únicamente cuando desarrollaran una actividad profesional, fuere cual fuere su naturaleza -laboral, autónoma o funcional-, o

fueran beneficiarios de una prestación de desempleo o tuvieran la condición de pensionista de jubilación, de incapacidad permanente, o de viudedad o a favor de familiares, cuando tuvieran cumplidos 65 años de edad o, en los períodos en los que el cuidador estuviera disfrutando de una excedencia laboral en razón de cuidado de familiares (art. 2 Real Decreto 615/2007). Dichas exclusiones sólo contaban con una excepción, cual era la relativa a que el cuidador desempeñara su actividad profesional, pero hubiera decidido reducir su jornada de trabajo y, por tanto, su retribución, “como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales” (art. 2.4 Real Decreto 615/2007), supuesto en el que el convenio especial se aplicaría al mantenimiento de la base de cotización que tuviera el cuidador antes de reducir la jornada de trabajo o, dicho de otra forma, la suma de las bases de cotización por ambas situaciones no podía ser superior a dicha actividad⁸².

El descrito modelo de protección de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales instaurado por el Real Decreto 615/2007 representó un indudable avance en la dignificación y reconocimiento de los cuidados al permitir el tránsito de una “situación de invisibilidad” a la definición de un “estatuto ocupacional mínimo”⁸³, si bien no estaba exento de carencias y disfunciones, pues, en lo atinente a prestaciones, la incapacidad temporal queda excluida de la acción protectora y, además, las posibilidades de surgimiento mismo del derecho a las prestaciones incluidas -jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia- se veían seriamente mermadas por las dificultades de cobertura de los períodos de carencia exigibles, sin que fueran tampoco desdeñables los problemas de calificación de las contingencias profesionales que surgen en este escenario del cuidado del entorno familiar, debido tanto a las condiciones

⁷⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006”, *TL*, núm. 89, 2007, págs. 297 y ss.

⁸⁰ ROQUETA BUJ, R.: “Las prestaciones económicas”, en AA.VV. (ROQUETA BUJ, R., Coord.): *La protección de la dependencia*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2007, pág. 461.

⁸¹ DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la protección social de los cuidadores no profesionales tras la entrada en vigor del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 192. Sobre esta modalidad de convenio especial, BLASCO LAHOZ, J.F.: *El sistema para la autonomía y atención a la dependencia*, Albacete (Bomarzo), 2009, págs. 90 y ss.

⁸² MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: en especial sobre la prestación por cuidados familiares”, en AA.VV. (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, Madrid (Cinca), 2014, págs. 170-171.

⁸³ MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes”, *RTSS (CEF)*, núm. 297, 2007, págs. 397 y ss.

en que se desarrolla (el ámbito doméstico), cuanto a la misma naturaleza de la prestación (inespecífica)⁸⁴. Incluso, desde algún sector de la doctrina se consideró más conveniente la inclusión de los cuidadores no profesionales en el RETA al identificarse con familiares en relación de parentesco hasta el tercer grado con la persona dependiente y teniendo en cuenta que el art. 12 TRLGSS excluye la existencia de relación laboral entre parientes que convivan en el hogar del empresario⁸⁵.

Con todo y pese a estas críticas, el relativo progreso que representó esta técnica garantista se volatilizó a consecuencia de la promulgación del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de junio⁸⁶, que dio un golpe de timón a la protección social de los cuidadores no profesionales desde el momento en que puso fin al pago por la Administración General del Estado de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social de tal colectivo y pasó a convertirlo en una posibilidad voluntaria para los referidos cuidadores, recayendo, en su caso y de modo exclusivo, el coste del mismo sobre ellos (disposición adicional 8ª)⁸⁷. El Real Decreto Ley 20/2012 alteró el planteamiento regulado, hasta entonces, por el Real Decreto 615/2007, que había incluido en la Seguridad Social a dicho colectivo utilizando la vía del convenio especial obligatorio y gratuito para el cuidador, acabando con una medida beneficiosa para un amplio número de personas que quedaban desprotegidas y evidenciando, una vez más, el propósito de ahorro inmediato, con un gran impacto de género, no en vano -y como

ya consta- se trata de un sector altamente feminizado⁸⁸. En paralelo, se suprimió también la cotización de la Administración General del Estado en materia de formación⁸⁹. Desde este momento, el mecanismo del convenio especial pasó a ser de utilización voluntaria, debiendo ingresar el cuidador las cotizaciones a su exclusiva costa como si fuera un trabajador autónomo. Como era de esperar, el número de convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia descendió drásticamente y de forma inmediata a la luz de esta previsión⁹⁰.

En fin, el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, modificado por el Real Decreto 291/2015, de 17 de abril, revisó también a la baja la cuantía económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, quedándose además, como ya consta, sin protección social. Es más, dichas restricciones no se han visto compensadas con prestaciones de servicios que pudieran suplir dichas limitaciones, como sería la extensión del auxilio a domicilio o los centros de día, en tanto se ha impuesto como regla general la de incompatibilidad entre prestaciones económicas y servicios (arts. 25 bis Ley 39/2006 y 16.1 Real Decreto 1051/2013)⁹¹.

Sin embargo, merece una valoración positiva que recientemente, por el Real Decreto Ley 8/2019, la Administración General del Estado se vuelva a hacer cargo de la cuota

⁸⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El empleo en el sector de la Dependencia", cit., pág. 63.

⁸⁹ El impacto de esta decisión no se hizo esperar, ya que a partir de noviembre de 2012, momento en que los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de la Ley de la Dependencia pasan a tener un carácter voluntario, acusan un descenso generalizado. De un total de 171.713 cuidadores en alta en octubre de 2012, último mes en que la cotización era a cargo de la Administración General del Estado, a 25.350 en el mes siguiente, momento en el que son los cuidadores no profesionales los que tienen que pagar su cotización. FONTECHA LÓPEZ, A.: "Empleo y sistema para la autonomía y atención a la dependencia", *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 91.

⁹⁰ DURÁN BERNARDINO, M.: "La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas", *TL*, núm. 124, 2014, págs. 172-173.

⁹¹ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: "El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes. Una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable", *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 178.

⁸⁴ GONZÁLEZ DE PATTO, R.: "La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos", en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. y RUBIO HERRERA, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada (Comares), 2014, pág. 270.

⁸⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales", *RMTAS*, núm. 74, 2008, pág. 97.

⁸⁶ MALDONADO MOLINA, J.A.: "El reformado sistema de dependencia", *RDS*, núm. 71, 2015, pág. 95.

⁸⁷ BARCELÓN COBEDO, S.: "Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales", en AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Madrid (CES), 2013, págs. 387 y ss. ó CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar*. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, cit., pág. 25.

correspondiente a los convenios especiales en la Seguridad Social para estos cuidadores no profesionales, recuperando el régimen anterior a la reforma de 2012. Ahora bien, tal medida no deja de ser un mero parche en un trabajo “sin derechos”, marginado de la normativa laboral.

5.3. El tercer sector: la cobertura del trabajo voluntario a través de un seguro privado

A partir de los años setenta del pasado siglo, ha sido espectacular la emergencia de un sinnúmero de organizaciones sociales, normalmente laicas, que han asumido el desempeño de tareas al servicio de la colectividad con las que se sustituyen, a veces, y se complementan, otras, los compromisos de bienestar asumidos por los poderes públicos, con los que, en todos los casos colaboran, aspirando al mantenimiento y a la mejora de la eficiencia en la dispensa de los servicios sociales, la cultura, el ocio, el deporte, el medio ambiente, las actividades religiosas, el desarrollo, etc.⁹², no en vano las organizaciones filantrópicas actúan de manera más próxima a los ciudadanos, proporcionando soluciones inmediatas y una aplicación eficaz de los remedios⁹³.

Ahora bien, este fuerte dinamismo y pujanza de las organizaciones sociales hasta el punto de ocupar un papel preponderante dentro del sector socio-asistencial va acompañado de un auge del voluntariado⁹⁴. Sin ninguna duda, la gratuidad deja fuera del ámbito de aplicación del ET, “a los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad” [art. 1.3 d) ET], entendiéndose por los primeros aquellos que “implican una relación que afecta a dos personas, el uno y el otro amigo”; por los segundos, los consecuentes con “una actitud que, aunque pueda concretarse

también en una persona determinada, descansa sobre un sentimiento que afecta a una colectividad más o menos amplia, o amplísima, incluida la totalidad de los sujetos, todo el género humano”; y, en fin, por los últimos, los derivados de “un difuso sentimiento social de ayuda mutua sin sanciones jurídicas”, propio de “los núcleos de población rústicos o urbanos mínimos de épocas pasadas”⁹⁵. Igualmente, este tipo de actividades se encuentra extramuros del sistema de Seguridad Social, tal y como reconoce el art. 137 a) TRLGSS⁹⁶.

En este contexto, frente al trabajo remunerado, cabe constatar en los últimos tiempos un aumento de las prestaciones a título benévolo, en paralelo a la generalización de estructuras sociales en defensa de determinadas ideologías o intereses comunes (empresas de tendencia, partidos políticos, sindicatos, organizaciones sin ánimo de lucro, fundaciones, entidades dedicadas al culto religioso, cooperativas, mutualidades, corporaciones de desarrollo populares, clubes deportivos, instituciones de educación superior, asociaciones culturales...), para las cuales sus miembros o simpatizantes prestan servicios desinteresados, como forma de manifestar su adhesión y corresponsabilización con los objetivos y tareas del ente. Asimismo -y en relación con este fenómeno-, no cabe ocultar tampoco el auge de las prestaciones del voluntariado-moderna manifestación de trabajo prestado de forma gratuita-, caracterizadas precisamente por la realización de un trabajo social en beneficio de la comunidad en general o de colectivos específicos necesitados, por un afán altruista o solidario, sin naturaleza de ocupación laboral profesional y sin ánimo de beneficio alguno⁹⁷, sin dejar de reconocer un posible efecto perverso, es decir, una cierta tensión hacia la utilización de la fuerza de trabajo voluntaria como fórmula de sustitución fun-

⁹² MUÑOZ MACHADO, S.: “Tercer sector: entre el Estado y el mercado”, en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo: Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios laborales*, XIII Congreso Italo Español de profesores de Derecho Administrativo, Barcelona (Bosch), 2002, pág. 109.

⁹³ GUTIÉRREZ RESA, A.: *La acción no gubernamental*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pág. 321.

⁹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública*, Sevilla (Instituto Andaluz de Administración Pública), 2009, págs. 96 y ss.

⁹⁵ ALONSO OLEA, M.: “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 1999, págs. 15 y ss.

⁹⁶ FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A.: “Cuestiones jurídicas del voluntariado”, *Cuadernos de La Plataforma para la Promoción del Voluntariado*, núm. 10, pág. 13.

⁹⁷ GARCÍA NINET, J.I.: “Régimen jurídico del personal voluntario”, *RSS*, núm. 18, 1983, págs. 127 y ss.

cional de ocupaciones asalariadas, quedando un espacio para esconder formas de trabajo “irregular”⁹⁸.

La ampliación del campo objetivo de la actividad voluntaria, puesta de manifiesto por documentos tanto de la OIT⁹⁹ como de la UE¹⁰⁰, singularmente recogida en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación, los resultados y la evaluación general del Año Europeo del Voluntariado 2011¹⁰¹, se debe al aumento de las organizaciones sociales orientadas a fines de interés general, que han crecido en número, presupuesto global, en calidad y volumen de sus actividades, presencia social, capacidad de negociación con los poderes públicos, etc. El Manual de Medición del Trabajo Voluntario de la OIT de 2011 pone de manifiesto que aproximadamente 140 millones de personas participan en alguna actividad voluntaria cada año, lo cual arroja un resultado de 20,8 millones de trabajadores equivalentes a tiempo completo. Asimismo, se calcula que en la Unión Europea hay unos 100 millones de personas voluntarias, estando explícitamente regulado este fenómeno en países como Bélgica, Chipre, República Checa, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumanía, Portugal y España, e implícitamente en el marco de otras Leyes en Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Lituania, Holanda, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido. Únicamente carece de ordenación en Bulgaria y Eslovenia¹⁰².

⁹⁸ ZURDO ALAGUERO, A.: “El voluntariado como estrategia de inserción laboral en un marco de crisis del mercado de trabajo. Dinámicas de precarización en el tercer sector español”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 22, 2, 2004, págs. 11 y ss. También, SELMA PENALVA, A.: “Voluntariado y relación de trabajo: el valor indiciario del ‘compromiso de vinculación’ previsto en la Ley 6/1996, de Voluntariado Social”, *RTSS (CEF)*, núm. 10, 2007, págs. 103 y ss.

⁹⁹ OIT: *Manual de medición del trabajo voluntario*, 2011.

¹⁰⁰ BENLLOCH SANZ, P.: “La actividad en régimen de voluntariado y el aprendizaje no formal desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario”, en AA.VV. (ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Cuestiones actuales sobre el Derecho Social Comunitario*, Murcia (Laborum), 2009, págs. 29 y ss.

¹⁰¹ Bruselas, 19 febrero 2012 [COM (2012) 781 final].

¹⁰² SERRANO GARCÍA, J.M.: “El voluntariado: de fórmula de

En nuestro país, el régimen jurídico de estas tareas de voluntariado, muy ligadas a la extensión del sector servicios de utilidad social, se encuentra actualmente en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, que deroga a la Ley 6/1996, de 15 de enero (a la que hay que añadir la normativa autonómica y alguna disposición especial como la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación al Desarrollo), en virtud de la cual se definen como las prestaciones de servicios en el marco de actividades “de interés general” (art. 3), en gran parte coincidentes con los que se denominan “nuevos yacimientos de empleo” (vinculados muchas veces a la ayuda a domicilio y algunas al ocio, cultura, deporte, medioambiente...), que se realizan en el seno de organizaciones, sin ánimo de lucro, públicas o privadas (*non profit*). La presencia de una institución hace que sea natural el reembolso de los gastos realizados en el desarrollo de la actividad voluntaria, así como el aseguramiento contra los riesgos, por accidente y enfermedad, tal y como exige la Recomendación núm. (85) 9 del Consejo de Europa, de 21 de junio de 1985¹⁰³.

Con la finalidad de ahorrar costes sociales, aun cuando este tipo de trabajo se considera como altruista o no remunerado, los voluntarios tienen derecho a que la entidad suscriba una póliza de seguro u otra garantía financiera, adecuada a las características y circunstancias del cometido desarrollado, que cubra los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente de la actividad voluntaria [art. 14.2 c)]¹⁰⁴, estando excluidos, por tanto, de la acción protectora de la Seguridad Social al quedar enmarcados en el ámbito de los seguros privados. Lógicamente, la exclusión es absoluta pero se produce en el solo concepto de actuación como voluntario, no en virtud de aquellas otras situaciones que pueden acaecer -antes o durante el ejercicio de la actividad como tal-, que de ocurrir, en efecto,

participación social a instrumento para el empleo”, *TL*, núm. 126, 2014, págs. 135-136.

¹⁰³ BAVIERA, I.: “Situaciones de empleo irregular y fraude a la Seguridad Social en los trabajos de voluntariado”, *Ius Canonicum*, núm. 54, 2014, págs. 639 y ss.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La renovada ordenación jurídica del voluntariado (A propósito de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado)”, *RTSS(CEF)*, núm. 393, 2015, págs. 5 y ss.

determinarían la aplicación del sistema de Seguridad Social como beneficiarios del mismo y sus correspondientes prestaciones (por ejemplo, trabajador por cuenta ajena o funcionario, a la vez que voluntario). Igualmente, va a tener acceso a determinadas prestaciones del sistema de Seguridad Social en virtud de un título derivado, en cuanto beneficiario de otro familiar o asimilado¹⁰⁵.

Con todo, el aseguramiento no nace expresamente de lo previsto en la Ley, sino realmente de la celebración de un contrato de seguro. Es, por tanto, el mencionado nexo el que alumbra la relación jurídica de aseguramiento entre las entidades de acción voluntaria, públicas o privadas, el personal voluntario y la aseguradora y no el hecho de que su existencia venga impuesta legalmente, cosa bien distinta, aunque lógicamente interrelacionada. Al no definirse el concepto de accidente o enfermedad, la autonomía de la voluntad de las compañías puede jugar un importante papel, máxime cuando la Ley 45/2015 exige relación de causalidad directa entre la actividad y las consecuencias del riesgo cubierto. A la luz de este tenor legal surge la duda de si se incluyen o no aquellos accidentes denominados *in itinere*, entendiéndose por tales los que sufra el voluntario al ir o volver del lugar de su actividad, los motivados por acciones distintas a las habitualmente realizadas, por ejemplo, en interés del buen funcionamiento de las entidades de acción voluntaria, o los derivados de la participación en actos de salvamento y análogos que estando relacionados con su actividad no son propiamente objeto de ésta. Queda asimismo la duda de si se cubren o no las enfermedades padecidas con anterioridad pero manifestadas de nuevo o agravadas una vez iniciada su actividad de voluntariado como consecuencia de un accidente o una patología¹⁰⁶.

Aun cuando la Ley establece a las claras que la suscripción de pólizas de seguro va a

ser distinta según las diferentes actividades de los voluntarios, adecuándose y adaptándose aquéllas a las “características y circunstancias” de éstas, nada precisa para aquellos supuestos en los que la entidad incumpla su obligación por no suscribir la correspondiente póliza o cuando la suscrita sea manifiestamente insuficiente, produciéndose un supuesto de infraseguro. Lógicamente, el voluntario o sus herederos podrán reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, muchas veces imposible de asumir por el escaso presupuesto del que dispone la institución, circunstancia que lleva a plantear la conveniencia de introducir en el tenor legal una garantía adicional para estos casos en aras a cubrir ese defecto o insuficiencia de cobertura, que no estaría reñida con la posibilidad de repetir con posterioridad contra la incumplidora. *De lege ferenda*, cabe pensar, ante los problemas de desprotección que pueden sufrir los voluntarios, en su inclusión en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena o acudir a la vía del convenio especial¹⁰⁷.

Como no podía ser de otra manera, en el ámbito de los voluntariados especiales se amplían los riesgos cubiertos por las pólizas atendiendo a sus peculiares circunstancias, tal y como sucede, por ejemplo, en el seguro de los voluntarios de cooperación al desarrollo que incluye a los familiares acompañantes o los gastos de repatriación [art. 37.2 b) Ley 23/1998, de 7 de julio], si bien los cooperantes también pueden ser profesionales, estando, en este caso, incluidos dentro del ámbito de aplicación de la legislación laboral española, tal y como aclara el propio art. 1.4 TRET. Conforme aclara el RD 519/2006, de 28 de abril, en este caso, quedan encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social, recayendo en el agente de cooperación las obligaciones de afiliación, alta y cotización. Cuestión distinta es que dicho RD regule una “previsión social específica” para aquellos cooperantes que no tuviesen suficientemente cubierto alguno de los riesgos por el régimen general de la Seguridad Social recurriendo a un seguro colectivo obligatorio.

¹⁰⁵ MANRIQUE LÓPEZ, F. y ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, *REDT*, núm. 164, 2014, pág. 20.

¹⁰⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “La Ley Gallega del Voluntariado Social. El aseguramiento de la actividad del personal voluntario”, *La Ley*, núm. 5909, 2003.

¹⁰⁷ BENLLOCH SANZ, P.: *La actividad en régimen de voluntariado*, Pamplona (Aranzadi), 2007, págs. 325 y ss.

La razón justificativa de este aseguramiento especial, que se suma a la protección pública, estriba en la inexistencia de convenios en materia de Seguridad Social con los países de destino o en la inexistencia de un sistema público de salud con garantías suficientes. En concreto, los riesgos a cubrir por el seguro colectivo son: a) Una atención médica y hospitalaria similar a la cobertura española por cualquier contingencia acaecida en el país de destino, incluyendo las revisiones periódicas generales y ginecológicas, embarazo, parto, maternidad y las derivadas de cualquier enfermedad o accidente, así como el gasto farmacéutico ocasionado y la medicina preventiva que requieren determinadas enfermedades, epidemias o pandemias existentes en los países de destino, al igual que la atención psicológica o psiquiátrica por sufrir angustias, estrés postraumático o cualquier otro trastorno de índole similar durante o al finalizar su actividad laboral y una revisión médico-sanitaria específica a su regreso a España; y b) La repatriación en caso de accidente, enfermedad grave, fallecimiento, catástrofe o conflicto bélico en el país o territorio de destino. Ello sin olvidar la posibilidad de aplicar a tales cooperantes el régimen previsto en el RD Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, cuando se den las condiciones establecidas, siendo incompatibles, no obstante, con las prestaciones derivadas del seguro colectivo por pérdida de la vida e incapacidad permanente¹⁰⁸.

Ahora bien y pese a la aparente claridad de este régimen jurídico, aun cuando en España la cifra de personas voluntarias (19 por 100) es inferior a la media de la Unión Europea (30 por 100), lo cierto es que la extensión de campos en los que pueden actuar las entidades sociales y la competencia por obtener subvenciones públicas ha contribuido a desdibujar los contornos clásicos de la figura del voluntario, que se ha profesionalizado en muchos casos, pasando de realizar actividades que precisaban personas con escasa formación a

otras que demandan gran especialización¹⁰⁹, circunstancia explícitamente reconocida por el art. 6 Ley 45/2015, que adopta un carácter multidimensional al mencionar diversos tipos como el “voluntariado social, internacional, ambiental, cultural, deportivo, educativo, socio-sanitario, de ocio y tiempo libre, comunitario y de protección civil”.

Así, aunque el legislador se encarga de aclarar que el voluntariado no implica la suplencia de profesionales remunerados, pues no admite contraprestación económica o material, ni se trata de prácticas o becas, lo cierto es que esta figura se viene utilizando como entrenamiento o pasarela para acceder al mundo laboral, como cauce para la dispensa de servicios sociales sin encuadramiento en la Seguridad Social, mediante un quehacer extralaboral en la que no puede percibir una ayuda económica que vaya más allá de la compensación de los gastos reembolsables¹¹⁰, brillando por su ausencia, en muchos casos, una motivación altruista o solidaria¹¹¹.

6. ASPECTOS COMUNES: LOS FALLOS EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS “FALSOS AUTÓNOMOS” O DE LOS “AUTÓNOMOS PRECARIOS”

En las páginas anteriores se apunta como idea transversal la especial consideración que ha de merecer la protección social de los trabajadores autónomos en los supuestos de mayor precariedad examinados, “dado que la tradicional dicotomía entre trabajo dependiente y no dependiente puede no resultar suficiente para clasificar la diversidad de situaciones que pueden surgir en una realidad del trabajo cambiante”¹¹².

Es más, cabe reseñar cómo ha aumentado el número de trabajadores autónomos que se

¹⁰⁸ MANRIQUE LÓPEZ, F. y ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, cit., pág. 22.

¹⁰⁹ BENLLOCH SANZ, P.: “Una nueva oportunidad para repensar el voluntariado: ¿hacia una nueva configuración legal de la acción voluntaria organizada?”, *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 18, 2011, págs. 129 y ss.

¹¹⁰ STSJ Andalucía/Sevilla 13 febrero 2013 (rec. 2130/2011).

¹¹¹ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para el empleo”, cit., pág. 151.

¹¹² CES: *Informe el futuro del trabajo*, cit., págs. 130 y ss.

encuentran en situación de vulnerabilidad y que desarrollan su actividad en el plano de la economía de supervivencia, mediante trabajos esporádicos e infrarretrotribuidos¹¹³, polarizándose el tiempo entre los períodos de mucha actividad y otros sin ella¹¹⁴.

Al panorama dibujado se suma que “para poder ejercer legalmente su profesión, junto con los gastos que genera el desarrollo de su actividad, deben acometer los costes sociales y fiscales derivados de la misma, lo que ha mermado todavía más los ingresos percibidos”. Los autónomos deben asumir el coste de los requisitos de carácter administrativo y fiscal que desincentivan la realización de la actividad, sobre todo si no llegan a cubrir costes. En el sistema español siguen persistiendo obstáculos para emprender, entre los cuales cabe destacar la excesiva burocracia administrativa en la creación de empresas, los costes fiscales y laborales que conlleva el inicio y mantenimiento de una actividad productiva, las dudas que surgen respecto al concepto de habitualidad para su encuadramiento o no en el RETA, la ausencia de formación empresarial para afrontar nuevos retos, o la dificultad para acceder a créditos y servicios financieros¹¹⁵. Desde luego, el acceso a la financiación es fundamental para las empresas en las diversas fases de desarrollo¹¹⁶; sin embargo, el peso de los costes laborales aparece también como barrera recurrente, al generar un “sistema económicamente asfixiante”¹¹⁷. Frente a tal situación, muchos deciden asumir el riesgo

de desenvolverse en el ámbito de la economía sumergida¹¹⁸, quedando extramuros de la protección social contributiva y al albur de reunir los requisitos de la asistencial.

En resumen, estas prestaciones de servicios iniciadas o mantenidas con grandes dosis de precariedad en cuanto a ingresos y estabilidad, dificultan el alta de los trabajadores en los plazos establecidos y se reducen cualitativa y cuantitativamente las cotizaciones al sistema de Seguridad Social, incluso quedando al margen del sistema público que impone el requisito de la habitualidad, u ocupando fraudulentamente el espacio de la economía informal, para eludir el cumplimiento de las obligaciones fiscales y, en su caso, la cuota mensual de autónomos. La invisibilidad respecto al sistema de Seguridad Social no hace sino agravar la desigualdad y desprotección padecida¹¹⁹.

Precisamente, y centrando la atención en los costes sociales, el sistema de cotización del RETA que fija una base mínima (sin importar los ingresos reales percibidos) genera una sobrecarga a los profesionales con ingresos bajos, dado que puede absorber un porcentaje muy importante (o la práctica totalidad) de la facturación realizada. Esta situación favorece la huida a la economía sumergida (como ya ha sido apuntado), la tramitación del alta una sola vez al año acumulando las facturas en tal fecha (aun cuando no la actividad) o el recurso a facturar a través de un tercero (por ejemplo, las ya examinadas cooperativas de facturación)¹²⁰.

Como soluciones a esta situación se han apuntado las siguientes, aplicables tanto a

¹¹³ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Nuevas prestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, cit., pág. 10.

¹¹⁴ ROWAN, J.: *Emprendizajes en cultura*, Madrid (Traficantes de Sueños), 2010.

¹¹⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y RICO BUENO, N.: “Nuevas reglas en la protección por desempleo para facilitar el emprendimiento”, en AA.VV.: *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Albaicete (Bomarzo), 2013, pág. 141.

¹¹⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Las nuevas becas (prácticas) no laborales para los jóvenes: ¿obstáculo o trampolín?”, en AA.VV.: *Empleo juvenil: un reto para Europa (Youth employment: a challenge for Europe)*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2016, págs. 267 y ss.

¹¹⁷ CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Incidencia del Real Decreto-ley 4/2013, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estimulo del Crecimiento y de la Creación de Empleo, en el Fomento del Autoempleo de los Jóvenes”, *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, núm. 33, 2015, pág. 166.

¹¹⁸ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Nuevas prestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, cit., pág. 10.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “El acceso a una protección social suficiente en el empleo autónomo atípico”, en AA.VV.: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, Madrid (MTRAMYSS), 2019, pág. 221; MOLINA NAVARRETE, C.: “Derecho y trabajo ven la era digital: ¿revolución industrial 4.0 o economía sumergida 3.0?”, en AA.VV.: *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid (OIT), 2017, pág. 413.

¹²⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y la economía sumergida”, en AA.VV.: *Derecho social y trabajo informal*, Granada (Comares), 2016, págs. 325-326.

las nuevas formas de trabajo como a aquellas otras “tradicionales” que sufren idéntica precariedad y enmascarado bajo las formas jurídicas examinadas:

a.- Cuota gratuita por debajo del SMI. Dado que los costes laborales que recaen sobre los autónomos son flexibles entre la base mínima y máxima, se demanda la aplicación de dicha fórmula en el extremo inferior: no faltan voces que piden aplicar la cuota gratuita cuando los ingresos sean inferiores al SMI, y/o que dependa la cuota de la cuantía real de dichos ingresos (creciendo o menguando conforme a ellos y no vinculada a la voluntad del trabajador)¹²¹.

De seguir esta opción, se trataría de formular dicho mínimo como exento, no de excluir a estos autónomos del sistema protector¹²². Dejar extramuros del sistema (a través de la inexistencia de la afiliación) podría producir un efecto de desprotección social nada deseable, y la inexistencia de la obligación de afiliación y cotización puede suponer la falta de pensiones en el futuro (o, incluso, en el presente)¹²³. Dicho de otro modo, ceñir todo el problema a la habitualidad como criterio definidor de la inclusión, vinculándola a los ingresos, podría dejar extramuros del ámbito protector de la Seguridad Social a profesionales que dedican muchas horas, pero no obtienen la remuneración necesaria.

Parece más conveniente (y más eficaz) la demandada opción legal de correlación entre ingresos y base¹²⁴, tomando como referencia el IRPF, la cual permitiría ajustar la presión

contributiva y seguir las recomendaciones del Pacto de Toledo: “asimismo, a juicio de la Comisión, deben promoverse, de manera gradual, las medidas necesarias para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a los ingresos percibidos por los mismos”¹²⁵.

b.- Cotización a tiempo parcial. También lleva demasiado tiempo demandándose la posibilidad de cotización a tiempo parcial, precisamente para atenuar el peso que lleva la cuota íntegra y la dedicación parcial (vertical, en ciertas épocas del año, u horizontal) de determinadas actividades¹²⁶.

La primera norma que incorporó tal previsión en su articulado fue la disposición final 10ª de la Ley 27/2011, que dio redacción a los arts. 24 (“los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial estarán incluidos, en los supuestos y conforme a las condiciones reglamentariamente establecidas, en el Régimen de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos”) y 25.4 LETA (“considerando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, la Ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral. En su defecto, se aplicarán la disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social sobre normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial”).

Sin embargo, se suspendió su aplicación, en principio, hasta el 1 de enero de 2019 en todo lo relativo a los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial por la disposición final 17.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, permaneciendo por tanto esta posibilidad en un “limbo”¹²⁷. Y, con

¹²¹ Aplicándolo a la prestación de servicios de los artistas, ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad en el sector del arte: un estatuto del artista como propuesta de solución*, Albacete (Bombarzo), 2019.

¹²² DESDENTADO BONETE, A.: “El futuro de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos: reflexiones críticas con algunas propuestas”, *AL*, núm. 15, 2011 y ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y la economía sumergida”, cit., págs. 339.

¹²³ ALFONSO MELLADO, C.L.; FABREGAT MONFORT, G. y PARDO GABALDÓN, R.: “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo: medidas laborales”, *RDS*, núm. 89, 2018, pág. 53.

¹²⁴ DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Valladolid (Lex Nova), 2004.

¹²⁵ Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo 2011-2015.

¹²⁶ Siguiendo a ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad en el sector del arte: un estatuto del artista como propuesta de solución*, cit.

¹²⁷ BALLESTER PASTOR, I.: *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Barcelona (Atelier), 2017, pág. 159.

posterioridad, la disposición adicional 2ª del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ha aplazado *sine die* las referencias contenidas en la Ley 20/2007 a la cotización a tiempo parcial de los autónomos.

El problema es que la determinación de la parcialidad es “sumamente complejo”, tanto por su delimitación como por su posible control¹²⁸. Pero, pese a las dificultades, significaría dar acceso a una protección social inferior (pero existente) para el trabajo autónomo en precario o de escasos rendimientos y/o al que se dedica menos tiempo¹²⁹, además de clarificar la línea, borrosa e indeterminada, para el encuadramiento en el RETA de determinados profesionales.

c.- En el desarrollo de una actividad de modo parcial caben dos modalidades, la parcialidad horizontal ya examinada (cotización a tiempo parcial) y la parcialidad vertical, que supone facilitar el acceso a la protección de modo discontinuo. La temporalidad ínsita a determinadas actividades puede demandar la posibilidad de cotizar parcialmente (hasta ahora en estudio) y la opción de darse de alta y baja varias veces a lo largo del año, cuando coincida con la actividad realizada. Esta última medida ha sido también incorporada en la mencionada Ley 6/2017: es legal darse de alta en el RETA hasta un máximo de 3 veces por año y en esos tres supuestos, en lugar de la cotización fija mensual ha desaparecido con la nueva normativa, solo cotizará los días en alta ese mes. Las restantes altas surten efectos desde el día primero del mes que se producen y las restantes bajas desde el último día del mes. Con esta medida el autónomo evita cotizar por más tiempo del que realmente está de alta y en principio no perdería las reducciones y bonificaciones en la cotización que venía disfrutando, únicamente se entiende transcurrido el tiempo transcurrido entre una

y otra activación¹³⁰. Sin embargo, ve reducida su carrera de cotización a la hora de acceder a aquellas prestaciones que demanda una larga carrera de carencia como la jubilación.

d.- Las Leyes 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y RD-Ley 28/2008, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, han optado por seguir ahondando en la vía de las reducciones y bonificaciones temporales de la cuota (arts. 31 y 32 Ley 20/2007)¹³¹. Además, esta última ha ampliado la protección de los autónomos al configurar como obligatoria la cotización por contingencias profesionales y por cese de actividad, mejorando la cobertura de esta última prestación, así como de la derivada de incapacidad temporal.

Otra posibilidad para minimizar el impacto que el coste de la cuota tiene estriba en la facultad en manos de los autónomos para modificar su base de cotización mensual hasta 4 veces en un año (en lugar de las dos ocasiones precedentes). Al final, el legislador asume una flexibilidad no mensual, pero sí trimestral que, ciertamente, es un avance¹³², pero acaba lastrando, si es ficticia la base elegida con relación a los ingresos, la cuantía de las futuras prestaciones.

e.- Se ha propuesto la creación de un sistema especial de Seguridad Social para los trabajadores, asalariados o autónomos, que presten servicios a través de plataformas digitales¹³³. Sin embargo, parece preferible no fo-

¹²⁸ Un riguroso examen en ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y la economía sumergida”, cit., pág. 337.

¹²⁹ BALLESTER PASTOR, I.: *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, cit., pág. 161.

¹³⁰ ALFONSO MELLADO, C.L.; FABREGAT MONFORT, G. y PARDO GABALDÓN, R.: “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo: medidas laborales”, cit., pág. 36.

¹³¹ Un estudio en profundidad en DE VAL TENA, A.L.: “El fomento del trabajo autónomo mediante el sistema de reducciones, bonificaciones y exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social”, en AA.VV.: *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 2017, págs. 153 y ss.

¹³² ALFONSO MELLADO, C.L.; FABREGAT MONFORT, G. y PARDO GABALDÓN, R.: “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo: medidas laborales”, cit., pág. 38.

¹³³ HERNÁNDEZ BEJARANO, M., “El apoyo europeo al modelo de

calizar los cambios del sistema de protección social en quienes prestan servicios para este tipo de empresas, sino pensar en el conjunto de trabajadores atípicos¹³⁴ o bien iniciar la senda en la que se redistribuyan los costes de Seguridad Social entre cliente principal y autónomo económicamente dependiente.

Con carácter general, desde instancias europeas se proponen las siguientes líneas maestras¹³⁵, entre otras, la continuidad de la protección al cambiar de un trabajo a otro; promover el alejamiento de los sistemas contributivos hacia sistemas basados en impuestos; en fin, promover una regulación con menos exigencias a la hora de acceder a prestaciones y orientada hacia una renta básica.

f.- Por último, siguiendo la propuesta *supra* efectuada, desde varias instancias internacionales se ha apuntado la conveniencia de reflexionar sobre el establecimiento de alguna de las modalidades de renta básica o universal debido a los riesgos aparejados a la digitalización y la automatización¹³⁶.

Si el auge del trabajo (por cuenta propia o ajena) precario, con las consiguientes lagunas en los períodos de carencia e infracotizaciones (cuando no de ausencia de ambas por el trabajo informal) acaba por lastrar (o impedir) el acceso a unas prestaciones contributivas dignas, estos trabajadores quedan abocados a la deficiente protección de las asistenciales¹³⁷. Sin embargo, las reformas de esta legislación, en principio encaminadas a la lucha contra la exclusión, se han dirigido, en lugar de ampliar y extender su manto protector, al establecimiento de criterios más restrictivos de acceso a las distintas presta-

ciones económicas y a enfatizar los mecanismos de activación y acceso¹³⁸.

Ante un panorama presente (la precariedad en el trabajo lastra la protección social) y un futuro incierto, cerrar los ojos y no proporcionar protección alguna (red de seguridad última) no es una opción¹³⁹. En la actualidad, además de las prestaciones no contributivas (de escasa cuantía) y solo destinadas a colectivos específicos de trabajadores por cuenta ajena (desempleo) o expulsados del mercado laboral (invalidez y jubilación), permanecen como última esperanza las Rentas Mínimas de Inserción autonómicas, destinadas a las capas más débiles de la población¹⁴⁰. Estos subsidios, aun cuando deberían responder a los criterios básicos de universalidad y suficiencia, no en todas las Autonomías (y al margen de la discusión científica en torno a su naturaleza y distribución competencial) aparecen diseñados como derechos subjetivos perfectos¹⁴¹ y acaban por esconder una profunda desigualdad en el impacto de estos programas¹⁴². Al final, las distintas prestaciones articuladas que existen en el ordenamiento español que tratan de responder a la situación de carencia de rentas generan tantos agujeros en su protección que “evidencian que es imprescindible (y urgente) diseñar una prestación económica estatal dirigida a paliar las situaciones de pobreza y marginación más graves que se están produciendo [y que pudieran hacerlo] en nuestra sociedad”¹⁴³.

economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, *NREDT*, núm. 192, 2016, pág. 9.

¹³⁴ AA.VV.: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Parlamento Europeo, 2017, págs. 106 y ss.

¹³⁵ AA.VV.: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, cit., págs. 106 y ss.

¹³⁶ AA.VV.: *EU and ILO: Shaping the Future of Work*, Parlamento Europeo, 2019, pág. 102.

¹³⁷ West, D.M.: “What happens if robots take the jobs? The impact of emerging technologies on employment and public policy”, <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/robotwork.pdf>, 2015, pág. 12.

¹³⁸ TORREJÓN VELARDIEZ, M.: “Las políticas contra la exclusión social en España desde una perspectiva territorial”, en AA.VV. (CARDONA RUBERT, M.B., Coord.): *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Albacete (Bomarzo), 2009, pág. 89.

¹³⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, Coruña (Colex), 2017.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ TORRES, M.: “Las rentas mínimas desde una perspectiva comparada”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 23, 2005, pág. 157.

¹⁴¹ SARAGOSSÁ I SARAGOSSÁ, J.-V.: “Asistencia social y rentas mínimas de inserción: un debate inacabado”, en AA.VV. (CARDONA RUBERT, M.B., Coord.): *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Albacete (Bomarzo), 2009, pág. 206.

¹⁴² SANZO GONZÁLEZ, L.: “La introducción de la renta básica en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005, pág. 128.

¹⁴³ CARRIZOSA PRIETO, E.: “Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español”, *Revista*

En el fondo, parece más una cuestión de eficacia en el gasto público, al menos en esta primera demanda: frente a numerosas prestaciones autonómicas y estatales, destinadas (con especificidades) a aportar recursos imprescindibles en caso de carencia de rentas, que se solapan en requisitos y destinatarios, autoexcluyéndose, resulta necesario aclarar y proporcionar el soporte vital, un mínimo de seguridad económica común a todos los ciudadanos en España y garantizar su libertad e igualdad¹⁴⁴. Como razón añadida se unen las ya expuestas consecuencias que acarrea la digitalización, la automatización y la precariedad de las nuevas formas de empleo; ante todas ellas no han faltado voces (se insiste) que han demandado el estudio y aplicación de una renta básica universal (o no)¹⁴⁵.

Desde luego, la renta básica universal no es una novedad, sino que aparece y desaparece cíclicamente del imaginario político, económico y social, recogiendo por igual adhesiones y críticas¹⁴⁶. Por un lado, favorecería la igualdad entre mujeres y hombres; aumentaría el poder de negociación de los trabajadores, erradicaría la pobreza¹⁴⁷ y desaparecerían varios problemas asociados a la precariedad ya examinados. Por otro, y quizá el mayor obstáculo, su financiación, pese a que desaparecerían las prestaciones asistenciales y se sufragaría vía impuestos, queda todavía la duda y el cálculo exacto de su posibilidad (que no pasa por reflexiones jurídicas sino de carácter contable); también, el temor a desincentivar el trabajo cuando no sea necesario para garantizar unos mínimos de subsistencia, en particular las

ocupaciones mal pagadas y poco reconocidas socialmente. En tal caso, el último obstáculo mencionado desaparecería, quedando solo el de su viabilidad. Con todo, como primer paso se pretende, por distintos autores, “racionalizar” la renta garantizada ciudadana¹⁴⁸ como prototipo 1.0 de la universal¹⁴⁹ respecto a individuos como los sujetos beneficiarios, permanencia en el territorio, umbral de pobreza (en un primer momento), cuantía y duración de la prestación¹⁵⁰.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (GARCÍA FERNÁNDEZ, M., Dir.): *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1999.

AA.VV.: *EU and ILO: Shaping the Future of Work*, Parlamento Europeo, 2019.

AA.VV.: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Parlamento Europeo, 2017.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1997.

ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail nº 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017.

ALFONSO MELLADO, C.L.; FABREGAT MONFORT, G. y PARDO GABALDÓN, R.: “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo: medidas laborales”, *RDS*, núm. 89, 2018.

ALONSO OLEA, M.: “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo*

Española de Derecho del Trabajo, núm. 192, 2016, pág. 227.

¹⁴⁴ CARMONA CUENCA, E.: “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978”, *Estudios Internacionales*, núm. 172, 2012, pág. 65.

¹⁴⁵ BALLIESTER, T. y ELSHEIKHI, A.: “The Future of Work: A Literature Review”, cit., págs. 22 y ss. y UGT/CC.OO.: *El futuro del trabajo que queremos*, 2017, pág. 9.

¹⁴⁶ La propuesta de una Renta Básica Universal en Europa fue lanzada por los catedráticos Philippe Van Parijs y Robert Van der Veen desde la Universidad católica de Lovaina en 1985, HIDALGO LAVIÉ, A.: “La renta básica universal como herramienta para combatir la exclusión social económica. Una aproximación analítica”, cit., pág. 147.

¹⁴⁷ Enumerando ventajas y desventajas, por todos, PEÑA-MIGUEL, N. y DE LA PEÑA ESTEBAN, J.I.: “Hacia una prestación social básica en un Estado de Bienestar”, cit., pág. 25.

¹⁴⁸ CARRIZOSA PRIETO, E.: “Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español”, cit., pág. 231.

¹⁴⁹ Sobre las características de la universal, por todos, ISPÍZUA DORNA, E.: “Industria 4.0 ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan Harremanak*, núm. 40, 2018, págs. 11 y ss.

¹⁵⁰ Siguiendo en la exposición a CARRIZOSA PRIETO, E.: “Hacia la articulación de una renta básica ciudadana en el ordenamiento jurídico español”, cit., pág. 235 y ss.

- en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Madrid (Tecnos), 1999.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Nuevas prestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y RICO BUENO, N.: “Nuevas reglas en la protección por desempleo para facilitar el emprendimiento”, en AA.VV.: *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Albacete (Bomarzo), 2013.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral*, Albacete (Bomarzo), 2008.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Las nuevas becas (prácticas) no laborales para los jóvenes: ¿obstáculo o trampolín?”, en AA.VV., *Empleo juvenil: un reto para Europa (Youth employment: a challenge for Europe)*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2016.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, Coruña (Colec), 2017.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La creación de empleo sostenible en la industria 4.0”, en AA.VV.: *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad en el sector del arte: un estatuto del artista como propuesta de solución*, Albacete (Bomarzo), 2019.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y la economía sumergida”, en AA.VV.: *Derecho social y trabajo informal*, Granada (Comares), 2016.
- BALLESTER PASTOR, I.: “RETA: Análisis de la reformulación de sus postulados protectores en el camino hacia la convergencia con el régimen general”, *RGDTSS*, núm. 29-30, 2012.
- BALLESTER PASTOR, I.: *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*, Barcelona (Atelier), 2017.
- BALLIESTER, T. y ELSHEIKHI, A.: “The Future of Work: A Literature Review”, *Working Paper*, núm. 29, OIT, 2018.
- BARCELÓN COBEDO, S.: “Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales”, en AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Madrid (CES), 2013.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “La Ley Gallega del Voluntariado Social. El aseguramiento de la actividad del personal voluntario”, *La Ley*, núm. 5909, 2003.
- BARRIOS BAUDOR, G.L. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, en AA.VV. (BARRIOS BAUDOR, G.L., Dir.): *Tratado del trabajo autónomo*, 2ª ed., Pamplona (Aranzadi/Thompson Reuters), 2010.
- BAVIERA, I.: “Situaciones de empleo irregular y fraude a la Seguridad Social en los trabajos de voluntariado”, *Ius Canonicum*, núm. 54, 2014.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Economía de las plataformas (platform economy) y contrato de trabajo”, en AA.VV.: *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals*, 2019.
- BENGOETXEA ALKORTA, A.: “La contribución de las cooperativas de trabajo asociado a la creación y mantenimiento de empleo”, en AA.VV.: *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- BENLLOCH SANZ, P.: *La actividad en régimen de voluntariado*, Pamplona (Aranzadi), 2007.
- BENLLOCH SANZ, P.: “La actividad en régimen de voluntariado y el aprendizaje no formal desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario”, en AA.VV. (ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Cuestiones actuales sobre el Derecho Social Comunitario*, Murcia (Laborum), 2009.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: *El sistema para la autonomía y atención a la dependencia*, Albacete (Bomarzo), 2009.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “¿Qué será eso de la Seguridad Social?: factores de tensión y líneas de tendencia”, *AL*, núm. 12, 2008.
- BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 20ª edición, Madrid (Tecnos), 2011.

- CARMONA CUENCA, E.: “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978”, *Estudios Internacionales*, núm. 172, 2012.
- 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.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “Prólogo”, en AA.VV. (SUPIOT, A., Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y MIRÓN HERÁNDEZ, M.M., Coords.): *El trabajo ante el cambio de siglo. Un tratamiento multidisciplinar*, Madrid (Marcial Pons), 2000.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo, un desafío para el Derecho del Trabajo”, *RTSS (CEF)*, núm. 406, 2017.
- CERVILLA GARZÓN, M.J.: “La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos”, *Temas Laborales*, núm. 81, 2005.
- CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Incidencia del Real Decreto-ley 4/2013, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y de la Creación de Empleo, en el Fomento del Autoempleo de los Jóvenes”, *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, núm. 33, 2015.
- CES: *Informe sobre la digitalización de la economía*, 2017.
- CES: *Informe el futuro del trabajo*, 2018.
- CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: “Do ut facias: entorno a los estímulos de la contratación laboral”, *RFUDCM*, núm. 23, 1999.
- DE VAL TENA, A.L.: “El fomento del trabajo autónomo mediante el sistema de reducciones, bonificaciones y exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social”, en AA.VV.: *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 2017.
- DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Valladolid (Lex Nova), 2004.
- DESDENTADO BONETE, A.: “El futuro de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos: reflexiones críticas con algunas propuestas”, *AL*, núm. 15, 2011.
- DE STEFANO, V.: “The rise of the ‘just-in-time workforce’, On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gigeconomy’”, *Conditions of Work and Employment Series* núm. 71, OIT, 2016.
- DURÁN BERNARDINO, M.: “La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de protección social a la dependencia”, *AS*, núm. 8, 2013 (BIB 2013/2373).
- DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la protección social de los cuidadores no profesionales tras la entrada en vigor del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III.
- DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas”, *TL*, núm. 124, 2014.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Empleo en el sector de la dependencia”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III.
- ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2016 (BIB 2017\10563).
- ESPÍN SÁEZ, M.: “¿Por qué lo llaman “cooperativa” cuando quieren decir “optimización de la precariedad”?”, *Economistas frente a la crisis*, 2017.
- EUROFOUND: *Non-standard forms of employment: Recent trends and future prospects*, Dublín (Eurofound), 2018.
- FELSTINER, A.: “Working the Crowd, Employment and Labor Law in the Crowdsour-

- cing Industry”, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 32, núm. 1, 2011.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La renovada ordenación jurídica del voluntariado (A propósito de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado)”, *RTSS(CEF)*, núm. 393, 2015.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Trabajo autónomo precario: una indagación sobre sus causas y sus implicaciones en materia de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, *RMTAS*, núm. 74, 2008.
- FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A.: “Cuestiones jurídicas del voluntariado”, *Cuadernos de La Plataforma para la Promoción del Voluntariado*, núm. 10.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “El acceso a una protección social suficiente en el empleo autónomo atípico”, en AA.VV.: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, Madrid (MTRAMYSS), 2019.
- FONTECHA LÓPEZ, A.: “Empleo y sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III.
- FRELJE, A.: “Impacto organizativo de la digitalización y de los campos tecnológicos”, en AA.VV.: *Nuevas tecnologías y Gestión de Recursos Humanos, Proyecto Technos. Impacto de las Redes Sociales y marco laboral neotecnológico*, Madrid (Instituto Cuatrecasas. Wolters Kluwer), 2017.
- GARCÍA NINET, J.I.: “Régimen jurídico del personal voluntario”, *RSS*, núm. 18, 1983.
- GARCÍA NINET, J.I.: “La Seguridad Social en la Constitución: aproximación al art. 41 CE”, en AA.VV. (MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., Coord.): *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995.
- GARCÍA ROMERO, B.: “La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora”, *DL*, núm. 104, 2015.
- GIL PÉREZ, M.E.: “Cuidadores o profesionales y derecho a la incapacidad permanente. Problemas que se plantean”, *RDS*, núm. 64, 2013.
- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: “El ingreso permanente de Alaska como forma de articular la renta básica universal e incondicionada”, *RTSS (CEF)*, núm. 407, 2017.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.: “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. y RUBIO HERRERA, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada (Comares), 2014.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006”, *TL*, núm. 89, 2007.
- GUTIÉRREZ RESA, A.: *La acción no gubernamental*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, *NREDT*, núm. 192, 2016.
- HIDALGO LAVIÉ, A.: “La renta básica universal como herramienta para combatir la exclusión social económica. Una aproximación analítica”, *RMTIn*, núm. 75, 2008.
- ISPIZUA DORNA, E.: “Industria 4.0 ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan Harremanak*, núm. 40, 2018.
- LACOMBA PÉREZ, F.R.: “El dudoso fenómeno de las cooperativas “online” de trabajo asociado o cooperativas de facturación”, *Lex Social*, núm. 2, 2017.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “La reforma de la Seguridad Social de 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”, *RGDTSS*, núm. 29-30, 2012.
- LÓPEZ GANDÍA, J.: *Cooperativas y Seguridad Social*, Albacete (Bomarzo), 2017.
- LÓPEZ INSUA, B.: “Afiliación y cotización”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del*

- Trabajo y de la Seguridad Social*, Granada (Bomarzo), 2017.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: “El reformado sistema de dependencia”, *RDS*, núm. 71, 2015.
- MANRIQUE LÓPEZ, F. y ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euzkadi”, *REDT*, núm. 164, 2014.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes o futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “El Estatuto del Trabajo Autónomo: balance sumario y perspectivas”, *Temas Laborales*, núm. 100, Vol. 1, 2009.
- MARTÍNEZ TORRES, M.: “Las rentas mínimas desde una perspectiva comparada”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 23, 2005.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Supuestos incluidos”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Dirs.): *El Estatuto del Trabajador Autónomo (Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Granada (Comares), 2009.
- MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Barcelona (Reus), 2013.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: en especial sobre la prestación por cuidados familiares”, en AA.VV. (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, Madrid (Cinca), 2014.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes. Una reflexión sobre el sistema de cuidados de-seable”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes”, *RTSS (CEF)*, núm. 297, 2007.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Derecho y trabajo ven la era digital: ¿revolución industrial 4.0 o economía sumergida 3.0?”, en AA.VV.: *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid (OIT), 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Derecho del Trabajo en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S.: “Tercer sector: entre el Estado y el mercado”, en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo: Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios laborales, XIII Congreso Italo Español de profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona (Bosch), 2002.
- OECD: *Policy Responses to New Forms of Work*, París (OECD Publishing), 2019.
- OIT: *Manual de medición del trabajo voluntario*, 2011.
- OIT: *El futuro del trabajo que queremos, un diálogo global*, Ginebra (OIT), 2017.
- PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989.
- PEÑA-MIGUEL, N. y DE LA PEÑA ESTEBAN, J.I.: “Hacia una prestación social básica en un Estado de Bienestar”, *Lan Harremanak*, núm. 31, 2014.
- PETROPOULOS, G.; MARCUS, J.S.; MOËS, N. y BERGAMIN, E.: “Digitalisation and European welfare states”, *Bruegel Blueprint Series*, vol. 30, 2019.
- RASO DELGUE, J.: “La empresa virtual, nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 5, núm. 1, 2017.
- RAVENTÓS PAÑELLA, D.: “La renta básica: in-troito”, en AA.VV.: *La Renta Básica. Por*

- una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelona (Ariel), 2002.
- RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DEPUECH, L.: “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas a funcionarios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013.
- RISAK, M. y WARTER, J.: “Legal Strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop”, AA.VV.: *4th ILO Conference on Regulating for Decent Work, 8–10 July*, Ginebra (OIT), 2015.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La crisis en la identidad del modelo ‘clásico’ de contrato de trabajo: la incidencia del paro y la precariedad”, *La Ley*, núm. 4, 2002.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación pública*, Sevilla (Instituto Andaluz de Administración Pública), 2009.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las especialidades de Seguridad Social de las actividades fronterizas”, en AA.VV.: *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Madrid (AEDTSS/MESS), 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas en la Ley 9/2017”, *GAAP, nueva época*, núm. 21, 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, núm. 25, 2014.
- ROQUETA BUJ, R.: “Las prestaciones económicas”, en AA.VV. (ROQUETA BUJ, R., Coord.): *La protección de la dependencia*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2007.
- ROQUETA BUJ, R.: “La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial”, *REDT*, núm. 174, 2015 (BIB 2015\1043).
- ROWAN, J.: *Emprendizajes en cultura*, Madrid (Traficantes de Sueños), 2010.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Excluidos sociales: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Adecuación y sostenibilidad de las prestaciones contributivas (en especial, de las pensiones) del sistema de Seguridad Social”, *NREDT*, núm. 161, 2014.
- SANZO GONZÁLEZ, L.: “La introducción de la renta básica en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005.
- SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.-V.: “Asistencia social y rentas mínimas de inserción: un debate inacabado”, en AA.VV. (CARDONA RUBERT, M.B., Coord.): *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Albacete (Bomarzo), 2009.
- SELMA PENALVA, A.: “Voluntariado y relación de trabajo: el valor indiciario del ‘compromiso de vinculación’ previsto en la Ley 6/1996, de Voluntariado Social”, *RTSS (CEF)*, núm. 10, 2007.
- SELMA PENALVA, A. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “La reforma del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores empleados de hogar”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.
- SELMA PENALVA, A.: “El trabajo autónomo dependiente en el siglo XXI”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 133, 2007.
- SERRANO GARCÍA, J.M.: “El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para el empleo”, *TL*, núm. 126, 2014.
- SERRANO OLIVARES, R.: “Nuevas formas de organización empresarial, economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad”, en AA.VV.: *Economía colaborativa y trabajo en plataforma, realidades y desafíos*, Albacete (Bomarzo), 2017.
- SPRAGUE, R., “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy, Square Pegs Trying to Fit in Round Holes”, <https://www.alsb.org/wp-content/uploads/2016/01/NP-2015-Square-Pegs-Sprague.pdf>, 2016.
- TORREJÓN VELARDIEZ, M.: “Las políticas contra la exclusión social en España desde una perspectiva territorial”, en AA.VV. (CARDONA RUBERT, M.B., Coord.): *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Albacete (Bomarzo), 2009.

- UGT/CC.OO.: *El futuro del trabajo que queremos*, 2017.
- VALDÉS DAL-RE, F.: “Estado Social y Seguridad Social (I)”, *RL*, núm. 22, 1994.
- VALDÉS DAL-RE, F.: “Las razones de adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2008.
- WEST, D.M.: “What happens if robots take the jobs? The impact of emerging technologies on employment and public policy”, <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/robotwork.pdf>, 2015.
- ZURDO ALAGUERO, A.: “El voluntariado como estrategia de inserción laboral en un marco de crisis del mercado de trabajo. Dinámicas de precarización en el tercer sector español”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 22, 2, 2004.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

El trabajo de investigación desarrollado parte de un análisis detallado del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Ajena o Autónomos, dentro del cual se plantean como objetivos a alcanzar los siguientes: en primer lugar, hallar sus puntos de fuga y el elemento en el que se asienta, hasta el momento, nuclear, cual es el de la contributividad; en segundo, examinar las distorsiones que se producen cuando se aplica a las nuevas coordenadas productivas o a los distintos mecanismos de interposición entre la figura de trabajador y empresario; y, por último, reflexionar sobre los cambios legislativos necesarios para erradicar la precariedad detectada en el Sistema de Seguridad Social.

Dentro de la categoría genérica de trabajadores por cuenta propia (reales o falsos) se agrupan cada vez más sujetos sometidos a condiciones de actividad de escasa duración, discontinuas y generadoras de exiguos ingresos, bien sea por su encuadramiento indebido en el Régimen Especial o por las propias características de su prestación, muchas veces a través de los medios tecnológicos, bien por la utilización de empresas instrumentales para regularizar su ubicación en el sistema, o bien por el masivo recurso al contrato de servicios por las Administraciones, el abuso de la figura de los cuidadores no profesionales o el incremento de los cometidos de voluntariado.

Respecto a las primeras, las modernas formas de ocupación que están surgiendo, sobre todo en el marco de la digitalización y las nuevas tecnologías, están desdibujando los límites entre el empleo por cuenta ajena y el empleo autónomo, lo que puede ocasionar una degradación de la calidad de las condiciones de trabajo y, por consiguiente, de la protección social. De hecho, y tal y como se muestra en el presente ensayo, acaban por generar el nacimiento de una nueva subclase, denominada “precariado” tecnológico (e-precariado): personas que obtienen la mayor parte de sus ingresos realizando prestaciones de servicios de forma esporádica, dependiendo de la llamada del cliente, de multitud de clientes, sin horario alguno ni ingreso mínimo a percibir, sin descansos, sin cobertura social, sometidos, al tiempo, al escrutinio y valoración del mundo entero para continuar obteniendo una mísera retribución.

Bajo tales premisas, el estudio aborda la legislación vigente aplicable y las repercusiones sobre su protección social (y sobre el propio Sistema de Seguridad Social). De un lado, la incorrecta y fraudulenta clasificación de estos quehaceres laborales como trabajo por cuenta propia (en el mejor de los casos) o como trabajo oculto que impide su incorporación (y superior cotización y protección) en el Régimen General, en tanto que el Régimen Especial, pese a las numerosas reformas, todavía no proporciona la misma protección que la contenida en el Régimen General (en España, en otros países la situación es mucho más deficiente) y hace recaer sobre el falso autónomo un mayor coste, en la mayoría de las ocasiones inasumible, a la hora de hacer frente a las cotizaciones.

En cuanto hace a los mecanismos de interposición, el estudio analiza con rigor y exhaustividad las cooperativas, en particular las de trabajo asociado y un híbrido reciente, las de facturación, las cuales son utilizadas como “paraguas” que cobija trabajo precario bajo estas dos modalidades, mostrando cómo esta forma jurídica de organización de la prestación en muchas ocasiones supone una huida del trabajo autónomo forzoso (el empresario huye del trabajo por cuenta ajena hacia el autónomo y el trabajador recorre el camino contrario o,

dicho de otro modo, las empresas prefieren contratar a los falsos autónomos y los autónomos prefieren ser falsamente contratados laboralmente); y en otras el iter transitado es el clásico e inverso. En materia de protección social, la flexibilidad concedida (las cooperativas de trabajo asociado pueden optar, estatutaria y globalmente, por el encuadramiento de sus socios trabajadores como autónomos o como asimilados a trabajadores por cuenta ajena) permite elegir el régimen más conveniente en cada caso teniendo en cuenta las características de cada uno y las prestaciones que ofrece, pero sin proporcionar, en muchas ocasiones, la debida tutela al socio trabajador.

Por otra parte, las presiones para el ahorro de costes de personal dentro de las Administraciones, como importante contribución a la reducción del déficit público, ha tenido como uno de los efectos más destacados la opción frecuente por la prestación indirecta de servicios a los usuarios por medio de agentes privados. Tal devenir cuenta con tres manifestaciones principales en el incremento del trabajo autónomo: el masivo recurso al contrato de servicios y al contrato de concesión de servicios públicos; el abuso en la figura de los cuidadores no profesionales y el incremento de las prestaciones de voluntariado. Con todas estas posibilidades se evita el reclutamiento directo de efectivos y la convocatoria de procesos de selección, tras la previa dotación de plazas en la relación de puestos de trabajo, lo cual, además del ahorro en costes organizativos en las distintas Administraciones Públicas, implicará una rebaja en las partidas económicas, quedando asegurada la dispensa de servicios de interés general a favor de los ciudadanos exigida por el Estado de Bienestar. Al propio tiempo, esta opción supone la precarización de las condiciones de trabajo de los implicados en estos procesos, pues quedan sumergidos en un trabajo autónomo en sentido estricto o encubierto por un convenio especial o un seguro con escasa (o nula) protección.

Ante estas situaciones de precariedad y vulnerabilidad, se apunta como idea transversal la especial consideración que ha de merecer la protección social de dichos trabajadores autónomos y, para ello, se reflexiona sobre el umbral de ingresos necesarios, la siempre postergada cotización a tiempo parcial, la política de bonificaciones y reducciones de cuotas, la redistribución de la contributividad o, por no seguir, la extensión de una red universal de seguridad para todo tipo de actividades.

Respecto a esta última y como una de las conclusiones fruto de la investigación realizada, si se pretende realmente luchar contra la precariedad, es necesario dotar de un entramado de seguridad a quienes prestan servicios fuera del Régimen General y garantizar lo previsto en la CE (art. 41), razón por la cual cabe imponer dos tipos de obligaciones principales: de un lado, procurar ampliar el campo de aplicación del ordenamiento de la Seguridad Social hacia las “zonas grises”, a riesgo de convertirse en un paraguas que cada vez más protege a menos personas; de otro, reconfigurar la aplicación del régimen de trabajadores autónomos a sus propios términos, sin olvidar atender a la hora de fijar las cuotas al volumen real de ingresos obtenidos ni tampoco perder de vista la posibilidad de regular el trabajo en régimen de autoorganización a tiempo parcial, diseñando, en paralelo, mecanismos de control eficaces.

Palabras clave: Trabajo autónomo; precariedad; protección social; desigualdad; contributividad; tiempo parcial; trabajo oculto; empleados públicos; cooperativas; base mínima.

ABSTRACT

The research work developed is based on a detailed analysis of the Special Regime for the Social Security of Self-Employed or Self-Employed Workers, in which it is proposed as objectives to be achieved, firstly, to find its principle points and the element in which it is based, so far, nuclear, of the contributivity; second, to examine the distortions that happen when they are applied to the new productive situation or to the different mechanisms of interposition between the figure of worker and employer; and, finally, reflect on the legislative changes necessary to eradicate the precariousness detected in the Social Security System.

Within the generic category of self-employed workers (real or false), more and more subjects are subject to low-term, discontinuous and low-income activity conditions; either due to its wrong framing in the Special Regime or due to the characteristics of its provision, often through technological means; or by the use of instrumental companies to regularize their framework in the system; or because of the massive use of the services contract by the Administrations, the abuse of the figure of non-professional caregivers or the increase in volunteer jobs.

Therefore, the new forms of employment that are emerging, especially in the context of digitalization and new technologies, are blurring the boundaries between employment and self-employment, which can cause a degradation of the quality of employment and, consequently, of social protection. In fact, and as it is shown in the work, they end up generating the birth of a new social subclass, called “technological precarious” (e-precarious): people who obtain most of their income by providing services in a way sporadic, depending on the client's call, from a multitude of clients, without any hours or minimum income to be received, without breaks, without social protection, subject to scrutiny and assessment of the entire world to continue obtaining compensation.

The study analyzes the applicable current legislation and the repercussions on its social protection (and on the Social Security System itself). On the one hand, the incorrect and fraudulent classification of these labor benefits as self-employment (in the best case) or as hidden work prevents their incorporation (and higher contribution and protection) in the General Regime, while the Autonomous Regime, despite the numerous reforms, it still does not provide the same protection as that contained in the General Regime (in Spain, in other countries the situation is much more deficient) and causes a higher cost to fall on the false autonomous, in most the unattainable occasions, when dealing with quotes.

As for the interposition mechanisms, the study analyzes with rigor and thoroughness the cooperatives, in particular those of associated work and a recent hybrid, those of billing, which are used as “umbrellas” that protect precarious work under these two modalities. The study shows how this legal form of organization of the benefit often involves the escape of forced autonomous work (the employer “runs” from work for the self-employed person and the worker travels the opposite way or, in other words, companies they prefer to hire the false freelancers and the freelancers prefer to be falsely hired at work); and in others the road traveled is the classic and inverse. In terms of social protection, the flexibility granted (the associated labor cooperatives may opt, both statutory and globally, for the framework of their working partners as self-employed or as assimilated to employed persons) allows to choose the most convenient regime in each case taking taking into account the characteristics of each one and the benefits it offers, but without providing, in many cases, due protection to the working partner.

Pressures to save personnel costs within the Administrations, as an important contribution to the reduction of the public deficit, have had as one of the most prominent effects the frequent option for the indirect provision of services to citizens through private agents. Such becoming has three main manifestations in the increase of autonomous work: the massive use of the service contract and the public service concession contract; the abuse in the figure of non-professional caregivers and the increase in volunteer benefits. With all these possibilities, the direct recruitment of personnel and the call for selection processes are avoided, after the previous provision of places in the list of jobs, which, in addition to the saving in organizational costs in the different Public Administrations, will imply a reduction in economic items, while ensuring the provision of services of general interest in favor of citizens. At the same time, this option implies the precariousness of the working conditions of those involved in these processes, as they are immersed in autonomous work with little (or no) protection, sometimes, hidden by a special agreement or accident insurance.

Given these situations of precariousness and vulnerability, the special consideration that the social protection of these self-employed workers must deserve is pointed out as a transversal idea and, for this, the threshold of necessary income is reflected, the always postponed part-time contribution, the policy of bonuses and reductions of quotas, the redistribution of the contributivity or, for not following, the extension of a universal safety net for all types of activities.

One of the conclusions resulting from the research carried out, it is necessary to fight against precariousness, and provide a safety net to those who provide services outside the General Regime and guarantee the provisions of the Spanish Constitution (art. 41). Regarding with these, two types can be imposed of main obligations: on the one hand, to try to expand the field of application of the Social Security system towards the “gray zones”, at the risk of becoming an umbrella that increasingly protects fewer people; on the other, reconfiguring the application of the autonomous workers regime on their own terms, without forgetting to pay attention when setting the quotas to the real volume of income obtained, or the possibility of regulating work under a self-organization part time autonomous work with effective control mechanisms.

Key words: Autonomous work; precariousness; social protection; inequality; contributivity; part time; hidden work; public employees; cooperatives; minimum base.

Maternidad y trabajo autónomo

Maternity and self-employment

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA*

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO A CONCEPTOS: MATERNIDAD Y TRABAJADOR AUTÓNOMO

Antes de entrar en materia, es necesario realizar una serie de consideraciones sobre la maternidad y sobre qué se entiende por trabajador autónomo.

En cuanto a la maternidad, no se debe perder, como punto de mira, el hecho de que la mujer es la única que está en condiciones de tener un embarazo, de aquí que no se puedan olvidar las normas particulares que protegen la maternidad en un sentido omnicompreensivo, lo que abarca el embarazo, el parto y el puerperio, e incluye, la lactancia natural, premisa decisiva en materia de prevención de riesgos laborales, tema al que aludiremos. No en vano, la protección que dispensa el ordenamiento en esta materia se traduce en normas especiales que obedecen a la división del trabajo entre sexos basadas en la condición biológica de la mujer. Como señala la doctrina más cualificada (Alonso Olea): “la necesidad de reglas especiales puede tenerse por perenne cuando deriven del embarazo, posible o ac-

tual, parto y crianza de los hijos, raíz última de la división del trabajo entre los sexos. Las demás pueden encubrir formas conscientes y arraigadas tanto de discriminación contra el trabajo femenino como limitaciones que, o no debieran existir para la mujer, o debieran ser comunes para ésta y para el varón”¹.

Aunque se haya avanzado mucho en esta materia, lo cierto es que la discriminación real que sufren las mujeres, no es tanto por tal condición, sino por el hecho de ser (o vayan a ser) madres cuando lo cierto es que es ésta una cuestión que afecta a la sociedad en general, en la que deberían estar involucrados todos los poderes, públicos y privados, los interlocutores sociales, la sociedad en general. En este sentido, es muy gratificante que los tratados internacionales se estén haciendo eco de esta realidad, como es el caso del Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000) de la OIT –por cierto, no ratificado aun por España-, en el que expresamente se dice que se ha de tener en cuenta “la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad” (Preámbulo).

* Letrada de la Administración de la Seguridad Social. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UNED.

¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, vigésimo tercera edición, Civitas Thomson (2005), pp.143-144.

La preocupación por esta interrelación se manifiesta, asimismo, en el ámbito de la Unión Europea. Muestra de ello, son las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia contenidas en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE) que tiene por finalidad, no solo perseguir la protección, en cualquiera de estas situaciones, sino también, como señala uno de sus Considerandos, que esta protección “no debe(a) desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe(a) atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”, es decir, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Y no solo el legislador comunitario se muestra sensible a esta interrelación sino que, su Tribunal, basa su jurisprudencia en esta línea argumental declarando al respecto que “el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz (Directiva 92/85/CEE), consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz” [sentencias de 8 de septiembre de 2005 (C-191/03), apartado 42; y 11 de noviembre de 2010 (C-232/09), apartado 68].

Fruto de ello es la recientemente publicada Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE, cuyas medidas han de ser traspuestas a los ordenamientos internos de los Estados miembros, a más tardar, el 2 de agosto del 2022 (artículo 20), de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena (artículo 2 de la Directiva).

Los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 25 de septiembre de 2015, en especial, el 5 (igualdad de género y empoderamiento de mujeres y niñas) y 8 (trabajo decente) con el enorme impacto y repercusión que ha tenido a nivel mundial. La Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo (2019) la cual manifiesta que, al ejercer su mandato constitucional, la OIT debe orientar sus esfuerzos a lograr la igualdad de género en el trabajo mediante un programa transformador que: asegure la igualdad de oportunidades, la participación equitativa y la igualdad de trato, incluida, la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor; posibilite una repartición más equilibrada de las responsabilidades familiares; permita una mejor conciliación de la vida profesional y privada, de modo que los trabajadores y empleadores acuerden soluciones, inclusive, en relación con el tiempo de trabajo, que tengan en cuenta sus necesidades y beneficios respectivos; y promueva la inversión en la economía del cuidado.

En nuestro país, este cambio de mentalidad progresivo, esperemos que imparable, es la publicación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ley a la que de continuo aludiremos, de suma importancia, en cuanto a la consecución real y efectiva del derecho de igualdad (artículo 9.2 Const.), así como en materia de conciliación y (auténtica novedad) de corresponsabilidad de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos de la que se hace eco también la Directiva 2019/1158, reconociendo el derecho al permiso de paternidad (10 días) y al permiso parental (4 meses) -respectivamente, artículos 4, 5 y 8 de la Directiva- así como abogando por fórmulas de trabajo flexible como el “trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo” (artículo 3.1.f), en los términos previstos en el artículo 9 de la Directiva.

En cuanto al concepto de trabajador autónomo, otra premisa de la que hay que partir es la pluralidad de supuestos que abarca. De nuevo, a los efectos de este estudio, partimos de Alonso Olea, “trabajador autónomo es quien dedica su actividad a la producción de bienes y servicios sin estar ligado por un contrato de

trabajo, esto es, sin haber cedido a tercero previamente a su ejecución la titularidad de los frutos de su trabajo ni haber adquirido tampoco previamente esta titularidad mediante el pago de una remuneración...Característico del trabajador autónomo es que los bienes y servicios producidos, aisladamente o en comunidad familiar, son propiedad de su productor, pasando, si no son autoconsumidos, a la de adquirentes posteriores en virtud de actos jurídicos varios, posteriores a la ejecución del trabajo, tales como, por citar los más frecuentes, contratos de compraventa, ejecución de obra por ajuste o precio alzado o, respecto a los profesionales denominados `libres, contratos atípicos regidos por reglas corporativas o acostumbradas". Menciona también, como otro supuesto frecuente de trabajo autónomo, el desempeñado por "albañiles, fontaneros, electricistas, carpinteros y otros oficios en casas particulares...que no pueden considerarse empresarios a quienes solicitan sus servicios ni trabajadores por cuenta ajena a quienes los realizan"². Añadamos a esta realidad, el trabajador económicamente dependiente o los llamados falsos autónomos porque "uno de los principales problemas que plantea el trabajo autónomo es que en no pocas ocasiones se realizan contrataciones aparentemente sujetas a este régimen pero que, en realidad, encubren auténticas relaciones laborales"³.

Todo ello, en un contexto en el que el propio concepto de trabajo está en plena evolución y transformación por la revolución tecnológica (digitalización y automatización), por los cambios en su realización y organización (plataformas digitales), lo que nos lleva a la reflexión de que, realmente, lo que hay que proteger es el "trabajo decente" de Somavía en su Memoria presentada en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1999), es decir, un buen trabajo, un empleo digno, que respete los principios y derechos laborales fundamentales, que permita un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier

otro tipo, que se lleve a cabo con protección social y que incluya el diálogo social. Este concepto se ha convertido en la piedra angular de la OIT y se ha insertado en la Agenda 2030 como un medio y un fin en la consecución del desarrollo sostenible. Este trabajo decente es el que deben de tener garantizado todos los trabajadores, con independencia de la relación jurídica de base, los cuales deben de estar protegidos, en el caso que nos ocupa, en la situación de maternidad.

En todo caso, como es obvio, hay que partir de los artículos 1 y 2 del Estatuto del Trabajador Autónomo, para su definición, y de los artículos 305 y 306 de la Ley General de la Seguridad Social, para determinar si están dentro del campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Muchas reformas han operado recientemente en torno a la protección social de estos trabajadores tras la publicación de las siguientes leyes: La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo; el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. A ellas hay que sumar la crucial sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de octubre de 2018 que ha dado origen a la publicación del Real Decreto-ley 17/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral que, aun tratándose de materia tributaria, afecta igualmente al Derecho de la Seguridad Social.

Estas leyes introducen modificaciones de calado en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo; en 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; y en el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Ge-

² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª E., *Derecho del Trabajo*, Ob. Cit, pp.174 y 176.

³ ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., *Concepto y régimen profesional del trabajador autónomo* en *El trabajador y empresario autónomo*, Tirant lo Blanch (2018), p.24.

neral sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, y son a las que, prioritariamente, se va a atender. En su exposición, salvo salvedades imprescindibles, no se aludirá a la ley que introduce la regulación novedosa, sino a la ley que modifica.

2. LAS (NUEVAS) PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Se ha apuntado en el epígrafe anterior el gran cambio operado con la publicación del Real Decreto-ley 6/2019. Debido a esta ley, el trabajador autónomo, ya hombre ya mujer, tiene reconocido, como derecho básico individual, con el contenido y alcance que disponga su normativa específica, “a la conciliación de su actividad profesional con su vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de nacimiento, ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, riesgo durante el embarazo, riesgos durante la lactancia natural, y adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en éste último caso su duración no sea inferior a un año” [artículo 4.3.g) de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo]. Este derecho no tendría virtualidad si, en paralelo, no se hubiese reconocido también, como derecho básico individual, “a la asistencia y prestaciones sociales de necesidad, de conformidad con la legislación de la Seguridad Social, incluido el derecho a la protección en las situaciones de nacimiento, ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, riesgo durante el embarazo, riesgos durante la lactancia natural, y adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en éste último caso su duración no sea inferior a un año” [artículo 4.3.h) del referido Estatuto].

En su virtud el presente epígrafe se divide en: (II.1) el subsidio por nacimiento y cuidado de menor; (II.2) el subsidio de corresponsabilidad en el cuidado del lactante; y (II.3) los subsidios durante el embarazo y la lactancia natural.

2.1. El subsidio por nacimiento y cuidado de menor

Qué duda cabe que una de las novedades más importantes es el establecimiento del subsidio por nacimiento y cuidado de un menor introducido en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social por el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2019, dando nueva redacción a los artículos 42.1.c), 177 a 181 y 318.a) de la Ley General de la Seguridad Social, resultado de equiparar, como señala su Exposición de Motivos, “la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores” dándose, de esta forma, “un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”.

En su virtud, a partir de 1 de abril de 2019, desaparecen los subsidios de maternidad y paternidad para convertirse en un único subsidio por nacimiento y cuidado de un menor, de tal forma que, “todas las referencias realizadas en los textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados” en el Real Decreto-ley (disposición adicional única Real Decreto-ley 6/2019).

Según establece la Ley General de la Seguridad Social, el trabajador autónomo tiene derecho a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General [artículo 318.a)]. Al efecto, tienen que estar afiliados, en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y al corriente en el pago de las cotizaciones para que se proceda a su reconocimiento y abono (artículo 314). En su virtud, la primera idea que hay que extraer es que tiene derecho al subsidio por nacimiento y cuidado de un menor, contributivo (artículos 177 a 180) y no contributivo (artículo 181).

Solo se expondrá las especialidades respecto al Régimen General, y del subsidio contri-

butivo, puesto que en el no contributivo no ha habido modificación alguna, es decir, la trabajadora autónoma (solo pues mujer/madre) que, en caso de parto (solo pues maternidad biológica), reúna los requisitos exigidos para acceder al subsidio por maternidad contributiva, salvo el período mínimo de cotización exigido, sigue siendo beneficiaria, como la trabajadora por cuenta ajena, del subsidio por nacimiento y cuidado de menor de naturaleza no contributiva (artículos 181 y 182 de la Ley General de la Seguridad Social).

Entrando en materia, a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4.5.y 6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Estos períodos de suspensión del contrato de trabajo han sido también modificados por el Real Decreto-ley 6/2019, tanto en el caso de nacimiento biológico (artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) como en los supuestos de adopción y de guarda con fines de adopción y de acogimiento (artículo 48.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Según establece el artículo 178.1 de la Ley General de la Seguridad Social, beneficiarias del subsidio son las personas trabajadoras por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, siempre que, se encuentren en situación de alta o asimilada al alta, estén al corriente, del pago de las cuotas de y acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) Si la persona trabajadora tiene menos de 21 años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si la persona trabajadora tiene cumplidos 21 años de edad y es menor de 26 en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la

decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si la persona trabajadora tiene cumplidos 26 años de edad en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de nacimiento, a efectos de determinación de la edad “será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda” (artículo 178.2 de la Ley General de la Seguridad Social). En los supuestos de adopción internacional, la edad “será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda” (artículo 178.3 de la Ley General de la Seguridad Social).

Esta regulación hay que ponerla en relación con el artículo 310 Ley General de la Seguridad Social, elección de la base de cotización con independencia de la edad, y el artículo 43 bis del Reglamento General de Cotización, a cuyo tenor, “los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de este régimen especial podrán cambiar hasta cuatro veces al año la base por la que viniesen obligados a cotizar, eligiendo otra dentro de los límites mínimo y máximo que les resulten aplicables en cada ejercicio, siempre que así lo soliciten

a la Tesorería General de la Seguridad Social, con los siguientes efectos: a) 1 de abril, si la solicitud se formula entre el 1 de enero y el 31 de marzo; b) 1 de julio, si la solicitud se formula entre el 1 de abril y el 30 de junio; c) 1 de octubre, si la solicitud se formula entre el 1 de julio y el 30 de septiembre; d) 1 de enero del año siguiente, si la solicitud se formula entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre”.

La novedad reside en que, a diferencia del régimen anterior, y al permitir la Ley General de la Seguridad Social y el reglamento de cotización que el beneficiario puede ajustar su base de cotización cuatro veces al año, éste podrá acomodarla a su situación, lo que repercutirá positivamente en el cálculo de la base reguladora de la prestación, sin que ello, se considere, sea compra de la prestación pues se trata de un subsidio y no de una pensión, así como por la propia naturaleza de la misma, fundamentada en las consideraciones preliminares del presente trabajo.

La prestación consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de una base reguladora cuya cuantía diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas a este régimen especial durante los 6 meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre 180. Si no ha permanecido en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos durante la totalidad del período de seis meses, “la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización al régimen especial acreditadas en los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre los días en que el trabajador haya estado en alta en dicho régimen dentro de ese período” [artículo 318.a) Ley General de la Seguridad Social].

La duración del subsidio es igual que la del Régimen General, es decir, 16 semanas tal y como expresamente establece el artículo 318.a) de la Ley General de la Seguridad Social: “los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir el subsidio por nacimiento y cuidado de menor serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena”. El disfrute del permiso será ininterrumpido

y sólo podrá modificarse a iniciativa del trabajador debido a causas relacionadas con su salud o la del menor. Otra de las peculiaridades de la nueva regulación es la posibilidad de que se pueda percibir la prestación en régimen de jornada parcial, en cuyo caso, la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100 [artículo 318.a) Ley General de la Seguridad Social].

Ahora bien, ello no es tan sencillo como aparenta. Hay que distinguir según sea maternidad biológica o por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; conjugar los períodos obligatorios y voluntarios; y aplicar el período transitorio establecido en la disposición transitoria 32 de la Ley General de la Seguridad Social para el otro progenitor, a cuyo tenor, en el supuesto de que los beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado de menor “una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, disfruten de las diez semanas de manera interrumpida, el abono de la prestación de estos periodos no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute de los mismos, en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación”. Así, tenemos:

1) Maternidad biológica. Hay que diferenciar entre la madre y el otro progenitor.

Madre: Su duración total es de 16 semanas (ampliables en tres supuestos que luego de expondrán). Parte obligatoria (6 semanas obligatorias e ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente posteriores al parto, cuyo disfrute puede ser anticipado hasta 4 semanas antes de la fecha previsible del parto). Parte voluntaria (10 semanas, continuadas al periodo obligatorio o de manera interrumpida, en periodos semanales, cedibles, en régimen jornada completa o parcial desde la finalización del periodo obligatorio hasta los 12 meses del hijo).

El otro progenitor: Hay que conjugar los períodos de disfrute obligatorio y voluntario con el período transitorio. En el 2019: La duración total es de 8 semanas, pudiendo disponer de 4 semanas más, si la madre se las cede

de su período voluntario. Parte obligatoria: 2 semanas obligatorias e ininterrumpidas a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. Parte Voluntaria: 6 semanas, continuadas o interrumpidas en periodos semanales, en régimen de jornada completa o parcial, hasta los 12 meses del menor. En el 2020: La duración total es de 12 semanas, pudiendo disponer de 2 semanas más, si la madre se las cede de su período voluntario. Parte obligatoria: 4 semanas obligatorias e ininterrumpidas a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. Parte Voluntaria: 8 semanas, continuadas o interrumpidas en periodos semanales, en régimen de jornada completa o parcial, hasta los 12 meses del menor. A partir del 1 de enero de 2021 la prestación será igual que la de la madre biológica.

2) Adopción y guarda con fines de adopción o acogimiento. Hay que conjugar, también, los períodos de disfrute obligatorio y voluntario con el período transitorio.

En el 2019: Parte obligatoria: Cada progenitor dispondrá 6 semanas obligatorias, ininterrumpidas e inmediatamente después de la resolución judicial o decisión administrativa y a tiempo completo. Parte voluntaria: 12 semanas voluntarias, a distribuir entre los dos progenitores, ininterrumpidas dentro de los 12 meses siguientes a resolución judicial o decisión administrativa, con un máximo de 10 semanas para uno de ellos.

En el 2020: Parte obligatoria: Cada progenitor dispondrá 6 semanas obligatorias, ininterrumpidas e inmediatamente después de la resolución judicial o decisión administrativa y a tiempo completo. Parte voluntaria: 16 semanas voluntarias, a distribuir entre los dos progenitores, ininterrumpidas dentro de los 12 meses siguientes a resolución judicial o decisión administrativa, con un máximo de 10 semanas para uno de ellos.

A partir del 1 de enero de 2021, la duración total para cada progenitor es de 16 semanas (ampliables en tres supuestos que se relacionan a continuación). 6 semanas obligatorias, ininterrumpidas y a jornada completa, inmediatamente posteriores a la fecha de la resolución judicial o decisión administrativa. Las 10 semanas restantes, en periodos sema-

nales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa.

Cuando jueguen los supuestos de ampliación, éstos serán:

a) 1 semana para cada progenitor por cada hijo, a partir del segundo, en caso de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples.

b) 1 semana, para cada progenitor, en caso de que el hijo padezca una discapacidad.

c) Tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas, en caso de parto prematuro y hospitalización del neonato, a continuación del parto, por un periodo superior a 7 días, que podrá computarse a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir del alta hospitalaria, excluyéndose de dicho cómputo las semanas de descanso obligatorio.

El derecho al subsidio puede ser “denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o por cuenta ajena durante los correspondientes períodos de descanso” (artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social).

Las solicitudes deberán ser presentadas en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, entidades gestoras que tienen también encomendado su pago (disposición adicional octava Ley General de la Seguridad Social). Los modelos oficiales figuran en la página web del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

2.2. El subsidio de corresponsabilidad en el cuidado del lactante

Otra de las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 6/2019 es el denominado subsidio de corresponsabilidad en el cuidado del lactante. La situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la mis-

ma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad (artículo 183.1 Ley General de la Seguridad Social) a la que se aplican las mismas reglas que el Régimen General, en los mismos términos y condiciones [artículo 318.b) de la Ley General de la Seguridad Social]. La nueva regulación transforma el permiso de lactancia en permiso para el cuidado del lactante, al que tienen derecho ambos progenitores, “constituye un derecho individual” y su ejercicio es intransferible al otro “progenitor, adoptante, guardador o acogedor” (artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores).

Los requisitos exigidos para ser beneficiario son los mismos que para la prestación por nacimiento y cuidado de menor ya vistos (artículo 184.1 de la Ley General de la Seguridad Social). Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, “reúnan las condiciones para ser beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos” (artículo 184.2 de la Ley General de la Seguridad Social).

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora “establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo” (artículo 185.1 de la Ley General de la Seguridad Social). Se extingue cuando el menor cumple 12 meses de edad (artículo 185.2 de la Ley General de la Seguridad Social).

La gestión y el pago están encomendados al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina.

2.3. Los subsidios de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural

Las trabajadoras autónomas tienen derecho a estos subsidios en los mismos términos y condiciones que los trabajadores por cuenta ajena [artículo 318.b) LGSS]. A nuestros efectos, se debe indicar que el artículo 316 de la Ley General de la Seguridad Social establece la cober-

tura obligatoria de las contingencias profesionales para los trabajadores autónomos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2018, pero permanece, con carácter voluntario, para los autónomos incluidos en el sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrario (artículo 326 de la Ley General de la Seguridad Social). En el caso de que no se haya optado por cubrir las contingencias profesionales, estas trabajadoras deberán efectuar una cotización adicional (0.10 por 100) para la financiación de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural en los términos previstos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado [artículo 325.c) de la Ley General de la Seguridad Social].

De otra parte, se pone de manifiesto la problemática que se está planteando sobre la evaluación de los riesgos -especialmente, durante la lactancia natural, especialmente, en nuestro país- que ha originado el pronunciamiento de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación efectuada de la Directiva 92/85/CEE y del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en ambos casos, tras plantear dos cuestiones prejudiciales el Tribunal Superior de Justicia de Galicia: sentencia de 19 de octubre de 2017 (C-531/15) y sentencia de 19 de septiembre de 2018 (C-41/17). La doctrina que sientan, se considera, que es aplicable tanto a la trabajadora por cuenta ajena como a la trabajadora por cuenta propia; no solo a la lactancia natural, sino también al riesgo durante el embarazo.

En la sentencia de 19 de octubre de 2017 (C-531/15), la cuestión prejudicial versa sobre cómo ha de interpretarse el artículo 19.1 (inversión de la carga de la prueba) de la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, a un supuesto de trabajadora en período de lactancia natural, para lo cual, el Alto Tribunal tiene que razonar, previamente, si nos hallamos ante un supuesto de discriminación. Para poder solventar la cuestión, tiene que reformular la cuestión prejudicial y añadir la interpretación de otro precepto, el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 -esto es, de cómo ha de

practicarse la evaluación de un riesgo de una trabajadora en período de lactancia natural- para lo cual aplica las Directrices elaboradas por la Comisión, en desarrollo del artículo 3 Directiva 92/85/CEE, contenidas en la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [Bruselas, 05.10.2000. COM (2000) 466 final].

Ello supone el cumplimiento de tres fases: 1) identificación de los peligros; 2) identificación de las categorías de trabajadoras y 3) evaluación de los riesgos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos (apartados 46 a 50). De este modo, “de las Directrices se desprende que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico (y no genérica como en autos) que tenga en cuenta la situación individual (y no general como en autos) de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo” (apartado 51).

Es resuelta declarando que la inversión de la carga de la prueba procede cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente pero, con anterioridad, la trabajadora perjudicada tiene que acreditar los hechos, o aportar los elementos de prueba, que demuestren que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo con arreglo al artículo 4.1 de la Directiva 92/85 porque, en tal caso, nos hallamos ante un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. La valoración de estos hechos y/o elementos de prueba (de si el riesgo se ha evaluado de conformidad con la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo por cuya virtud se aprecia si existe o no discriminación) es competencia del órgano jurisdiccional nacional quien está obligado, al aplicar el Derecho nacional, a interpretarlo a la luz y la finalidad perseguida por las Directivas 2006/54 y 92/85 para así

alcanzar el resultado que éstas persiguen, a saber: la protección omnicompreensiva de la maternidad, lo que engloba el embarazo, parto y puerperio, e incluye, la lactancia natural.

En la sentencia de 19 de septiembre de 2018 (C-41/17) se discute la misma situación -de riesgos durante la lactancia natural- pero, en este caso, de una trabajadora a turnos cuando, algunas de tales tareas, como en el caso de autos, se realizan en horario nocturno, trabajo éste que “debe calificarse de ‘trabajador nocturno’, en el sentido de la Directiva 2003/88” del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y del artículo 7 de la Directiva 92/85 .

De nuevo, por una incorrecta, en palabras del Alto tribunal de una “inexistencia”, de evaluación del riesgo durante la lactancia natural, “con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54” procediendo, en su virtud e igualmente, la inversión de la carga de la prueba (apartado 63).

Honestamente, ya va siendo hora que nos tomemos en serio esta cuestión. No solo para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, sino también para que las empresas y administración(es) pública(s) de(n) estricto cumplimiento a las leyes sobre prevención, promoviendo, primero, el cambio a un puesto de trabajo compatible con el estado de la mujer embarazada y lactante, segundo, si no es viable, garantizando el derecho a los respectivos subsidios.

3. BONIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Una de las medidas más destacadas para el colectivo de trabajadoras por cuenta propia fue la bonificación de la cuota de Seguridad Social tras la reincorporación al trabajo una vez finali-

zada la baja por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, prevista en el artículo 38 *bis* de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo, que entró en vigor en el año 2017, y de aplicación tanto a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia como a las trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La bonificación de su cuota por contingencias comunes y profesionales se traduce, si se opta por la base mínima de cotización establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia, en una cuota mensual de 60 euros durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo. Si se opta por una base de cotización superior a la mínima indicada, se aplicará una bonificación del 80 por 100 sobre la cotización por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo de cotización por contingencias comunes vigente en cada momento.

La novedad a resaltar es que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha emitido un nuevo criterio, publicado en la Revista electrónica Seguridad Social de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, para que las trabajadoras autónomas que regresen del descanso por maternidad puedan acogerse a una bonificación en sus cuotas por contingencias comunes y profesionales, aunque no se hayan dado de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. De esta forma, la mencionada Dirección General rectifica, a la vista de la nueva redacción del mencionado precepto por el Real Decreto-ley 6/2019, la interpretación que hasta ahora se había hecho del artículo 38 *bis* del Estatuto del Trabajador Autónomo considerando que el requisito de cese, no solo se cumple en el caso de las trabajadoras que hayan decidido no reanudar su actividad laboral y hayan producido baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sino también en aquellos casos en que la trabajadora autónoma, tras disfrutar del correspondiente descanso por maternidad, haya optado, sin solución de continuidad, por reanudar la actividad laboral.

Este nuevo criterio tiene carácter retroactivo, con efectos a 1 de enero 2019.

Asimismo, es de resaltar la bonificación de las cuotas de Seguridad Social de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como personas trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural prevista en el artículo 38 de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo. Consiste en un 100 por 100 de la cuota de autónomos, “que resulte de aplicar a la base media que tuviera la persona trabajadora en los 12 meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadoras y trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia”. Para poder beneficiarse de la misma, el período de descanso ha de tener una duración de al menos un mes.

4. EXENCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Finalmente, otra de las novedades importantes a resaltar es la exención en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las prestaciones por maternidad y paternidad obra de la crucial sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de octubre de 2018 (recurso 4483/2017).

El tema casacional versaba en determinar si las prestaciones públicas por maternidad del sistema de la Seguridad Social estaban o no exentas del mencionado impuesto, para lo cual, el Tribunal Supremo tenía que interpretar si el subsidio por maternidad podía incardinarse en el supuesto previsto en el artículo 7.h, párrafo tercero, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de

las Personas Físicas, en concreto, cuando establece que “igualmente estarán exentas las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad”, seguido de un cuarto párrafo, en el que se dispone que “también estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades locales”.

Esta exención fue introducida en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y el Alto Tribunal, como primer fundamento, a nuestros efectos, basa su argumentación en la Exposición de Motivos de la citada Ley de la que se desprende que la exención que se establece “comprende la prestación de maternidad y no sólo las de nacimiento, parto múltiple, adopción e hijo a cargo, pues se refiere expresamente a la prestación por maternidad y no parece pretender que su alcance se limite a las concedidas por las comunidades autónomas o entidades locales, sino que trata de establecer la exención de todas las prestaciones por maternidad, sin distinción del órgano público del que se perciban”, como sostenía la Abogacía del Estado.

En segundo lugar, realiza una interpretación sistemática de la Ley General de la Seguridad Social en virtud de la cual afirma que “la prestación por maternidad es el subsidio que gestiona la Seguridad Social que trata de compensar la pérdida de ingresos del trabajador a consecuencia del permiso de descanso por el nacimiento de un hijo, adopción, tutela o acogimiento, y durante ese periodo el contrato de trabajo queda en suspenso interrumpiéndose la actividad laboral; y a tenor del artículo 177 de dicha norma, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen”, extrayendo como consecuencia que “la prestación por maternidad puede incardinarse en el supuesto previsto en el párrafo tercero de la letra h del artículo 7 de la LIRPF”. Ello conlleva a declarar como doctrina legal que “las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social

están exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

Sin entrar, como es obvio, en una apreciación desde el punto de vista tributario, la valoración de esta sentencia desde la perspectiva del Derecho Social es más que positiva. Son resoluciones como éstas las que dan sentido a una protección real de la maternidad, aunque, ciertamente, se pueda hacer y avanzar mucho más en esta materia. Adquiere sentido la jurisprudencia constitucional que viene declarando que, los preceptos contenidos de los principios rectores de la política económica y social (entre ellos, los artículos 39 y 41 Const.), no son meras normas programáticas, vacías de contenido, sino que tiene que informar la actuación de los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial), sentencias del Tribunal Constitucional 233/2007, de 5 de noviembre; 154/2006, de 22 de mayo; 139/2016, de 21 de julio, entre otras.

Su repercusión ha sido innegable y ha llevado consigo el que dictara el Real Decreto-ley 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral, modificando el artículo 7.h) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para adaptarlo a esta doctrina legal, ampliando la exención también a las prestaciones por paternidad de la Seguridad Social debido, como señala su Exposición de Motivos, “a su misma naturaleza, causa y régimen regulador”. De esta manera, “los contribuyentes beneficiarios de tales prestaciones no tendrán que tributar por las mismas y podrán solicitar la devolución de lo tributado por ellas en ejercicios anteriores no prescritos, habiéndose articulado por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria los cauces necesarios para facilitar tal devolución”.

El Real Decreto-ley 27/2018 va más allá porque, además ampliar también la exención al subsidio de paternidad del sistema de la Seguridad Social, extiende la exención a las prestaciones percibidas a otros colectivos, hasta el límite de la prestación máxima que la Seguridad Social reconoce por tal concepto, por entender que perciben igualmente prestaciones por paternidad o maternidad que, al no estar amparados ni por dicha sen-

tencia ni por la regulación del impuesto sobre la renta tendrían que tributar, “lo que provocaría una situación de clara discriminación difícilmente justificable”, como continúa expresando la Exposición de Motivos. En concreto, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 27/2018 (30 de diciembre de 2018), se amplía la exención a los profesionales no integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que perciben las prestaciones por maternidad y paternidad de las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, muy a tener en cuenta a los efectos del presente trabajo, así como a los empleados públicos encuadrados en un régimen de Seguridad Social que no dé derecho a percibir la prestación por maternidad o paternidad de la Seguridad Social pero que perciben sus retribuciones durante los permisos por parto, adopción o guarda y paternidad, a que se refieren el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. La ley se extiende, igualmente, a ejercicios anteriores no prescritos “para lograr la total equiparación entre colectivos y eliminar cualquier posible discriminación”.

A resulta de ello, la nueva redacción del artículo 7.h LIRPF es la siguiente: “Estarán exentas las siguientes rentas...las prestaciones por maternidad o paternidad y las familiares no contributivas reguladas, respectivamente, en los Capítulos VI y VII del Título II y en el Capítulo I del título VI del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre y las pensiones y los haberes pasivos de orfandad y a favor de nietos y hermanos, menores de veintidós años o incapacitados para todo trabajo, percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas.

Asimismo, las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones

en situaciones idénticas a las previstas en el párrafo anterior por la Seguridad Social para los profesionales integrados en dicho régimen especial. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo, entendiéndose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades antes citadas, en las prestaciones de estas últimas.

En el caso de los empleados públicos encuadrados en un régimen de Seguridad Social que no de derecho a percibir la prestación por maternidad o paternidad a que se refiere el primer párrafo de esta letra, estará exenta la retribución percibida durante los permisos por parto, adopción o guarda y paternidad a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre o la reconocida por la legislación específica que le resulte de aplicación por situaciones idénticas a las previstas anteriormente. La cuantía exenta de las retribuciones o prestaciones referidas en este párrafo tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo.

Igualmente estarán exentas las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, maternidad o paternidad, hijos a cargo y orfandad”.

La Agencia Tributaria ha elaborado una nota informativa, sin fecha ni firma que se puede localizar en su página web. En la misma, para la aplicación de la exención, distingue tres supuestos: 1) Prestaciones percibidas durante el año 2018; 2) Prestaciones percibidas en los años 2014, 2015, 2016 y 2017, esto es, no prescritas; 3) Solicitudes previamente presentadas que se encuentren pendientes de resolución de un recurso o reclamación. Llama la atención que en ella no se aluda a un cuarto supuesto, la de aquellos beneficiarios del subsidio, que no tenían la obligación de presentar la renta por tener

rendimientos iguales o inferiores a la cuantía establecida, pero se les practicó la retención correspondiente al percibirlo, entendiéndose que procede, igualmente, su devolución porque caso contrario sería un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Tributaria.

La duda ahora a solventar es si se aplican también estas exenciones a la nueva prestación de la Seguridad Social (subsidio por nacimiento o cuidado de menor) sustitutiva de los subsidios de maternidad y paternidad, a lo que se contesta afirmativamente dado que tienen la misma (y aun mayor) razón de ser.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

El artículo analiza las recientes e importantes modificaciones legislativas introducidas por La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo; el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. A ellas hay que sumar la incidencia que ha supuesto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 3 de octubre de 2018 sobre la exención en el Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas de las prestaciones por maternidad, que ha dado origen a la publicación del Real Decreto-ley 17/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral que, aun tratándose de materia tributaria, afecta igualmente al Derecho de la Seguridad Social.

Estas leyes introducen modificaciones de calado en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo; en 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; y en el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. De entre ellas, el presente trabajo analiza las que se refieren a la maternidad y al trabajo autónomo.

En primer lugar, aborda las dos nuevas prestaciones de Seguridad Social instauradas: por nacimiento y cuidado de menor, que sustituye a los desaparecidos subsidios de maternidad y paternidad, y de corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Estas dos nuevas prestaciones son reconocidas a los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones que las previstos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General, lo que conlleva el estudio del artículo 48, apartados, 4, 5 y 6, y del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores. Se incide en la filosofía que impregna su regulación, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la conciliación de la actividad profesional con la vida personal y familiar, pero también en el nuevo criterio que se está implantando en los ordenamientos jurídicos como fundamento regulatorio: la corresponsabilidad de los progenitores en la crianza y educación de los hijos, auténtica novedad legislativa, no solo en nuestro país, sino también perceptible en el ámbito de la Unión Europea, como acredita la recientemente publicada Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE, la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y la Declaración del centenario de la OIT para el futuro en el trabajo (2019).

En segundo lugar, respecto a los subsidios durante el embarazo y la lactancia natural, se alude a la cotización adicional que ha de practicarse en el sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrario al permanecer, en este caso, con carácter voluntario la cobertura de las contingencias profesionales. Igualmente, refleja la problemática existente sobre la evaluación de los riesgos -especialmente, durante la lactancia natural, especialmente, en nuestro país-

que ha originado el pronunciamiento de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación efectuada de la Directiva 92/85/CEE y del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en ambos casos, tras plantear dos cuestiones prejudiciales el Tribunal Superior de Justicia de Galicia: sentencia de 19 de octubre de 2017 (C-531/15) y sentencia de 19 de septiembre de 2018 (C-41/17). En ellas, se pone de manifiesto la incorrecta -incluso el Alto Tribunal habla de inexistente- evaluación del riesgo practicada con arreglo a las exigencias establecidas en normativa de la Unión Europea, lo que comporta un trato menos favorable a una mujer embarazada o lactante y constituye una discriminación directa por razón de sexo, con las consecuencias que ello conlleva. Esta jurisprudencia se considera que es asimismo aplicable a las trabajadoras autónomas.

En tercer lugar, se exponen las bonificaciones en la cuota de Seguridad Social previstas para las trabajadoras autónomas que se reincorporen al trabajo una vez finalizada la baja por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, señalando el nuevo criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social al respecto, y las establecidas para personas trabajadoras autónomas durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

Finalmente, en cuarto lugar, se hace referencia a la reciente exención en el impuesto sobre la renta de las personas físicas de las prestaciones por maternidad tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, a raíz de la cual, se ha modificado el artículo 7.h) de la ley reguladora del mencionado impuesto. La nueva regulación, no solo establece la exención del subsidio por maternidad, sino que la amplía al subsidio de paternidad del sistema de la Seguridad Social y a las prestaciones percibidas por los profesionales no integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que perciben las prestaciones por maternidad y paternidad de las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

El trabajo va precedido de unas consideraciones preliminares sobre los conceptos de maternidad y trabajador autónomo, teniendo en cuenta la (nueva) perspectiva internacional de estas dos cuestiones: Naciones Unidas, Organización Internacional del Trabajo y Unión Europea.

Palabras clave: Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; conciliación de la actividad profesional con la vida personal y familiar; el criterio de la corresponsabilidad de los progenitores como fundamento de las nuevas prestaciones de Seguridad Social; bonificaciones en la cuota de Seguridad Social; jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre maternidad y prevención de riesgos laborales y del Tribunal Supremo sobre las exenciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

ABSTRACT

The article analyses the recent major legislative changes introduced by Law 6/2017 of 24 October on Urgent Reforms of Self-Employment; Royal Decree-Law 28/2018 of 28 December on the revaluation of public pensions and other urgent measures on social, labour and employment issues; and Royal Decree-Law 6/2019 of 1 March on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities for women and men in employment and occupation. In addition to these, on 3 October 2018 the Administrative Chamber of the Supreme Court ruled that the Personal Income Tax from maternity benefits should be waived, which has led to the publication of Royal Decree-Law No. 17/2018 of 28 December, adopting certain measures on taxes and land registration which, even though they are related to tax issues, also affect Social Security Law.

These laws introduce substantive amendments to Royal Legislative Decree 2/2015 of 23 October, approving the consolidated text of the Workers' Statute Act; Law 20/2007 of 11 July on the Self-Employed Workers' Statute Act; Royal Legislative Decree 8/2015 of 30 October, approving the consolidated text of the General Law of Social Security; and Royal Decree 2064/1995 of 22 December, approving the consolidated text of the General Rules on Contribution and Assessment of other Social Security Payments. Among them, the present work analyses those relating to maternity and self-employment.

First, it addresses the two new benefits introduced by the Social Security: childbirth and care for minors and co-responsibility in the care of infants, replacing the disappeared maternity and paternity allowances. These two new benefits are granted to self-employed workers on the same terms and conditions as those provided for employees included in the General Scheme, which entails the study of Article 48, sections 4.5 and 6 and Article 37.4 of the Workers' Statute Act. It focuses on the philosophy that governs its regulation, the equal treatment and opportunities for women and men and work-life balance policies, but also on the new approach being introduced in legal systems as a regulatory basis: The co-responsibility of parents in the upbringing and education of their children, a genuine legislative novelty, not only in our country but also noticeable within the European Union, as evidenced by the recently published Directive 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance policies for parents and caregivers, and repealing Directive 2010/18/EU.

Secondly, with regard to subsidies during pregnancy and breastfeeding, reference is made to the additional contribution to be made in the Special System of Agricultural Self-Employed Workers, in which the coverage of occupational contingencies is voluntary. It also reflects the problem of assessing risks - especially during breastfeeding and particularly in our country - which has resulted in the pronouncement of two judgements by the Court of Justice of the European Union on the interpretation of Directive 92/85/EEC and article 26 of the Law on Prevention of Occupational Risks, both of which have been raised by the High Court of Justice of Galicia: judgement of 19 October 2017 (C-531/15) and judgement of 19 September 2018 (C-41/17). They reveal the incorrect assessment - even the High Court refers to it as non-existent - of the risk carried out in accordance with the requirements established by the European Union legislation, which results in less favourable treatment for pregnant or nursing women and constitutes direct discrimination on the basis of sex, with the consequences that this entails. This case law is also considered to apply to self-employed women.

Thirdly, we analyse the Social Security quota benefits provided for self-employed women returning to work after the termination of maternal leave due to the

birth of a son or a daughter, adoption, care for adoption, care and guardianship purposes, noting the new approach of the Directorate-General for Social Security Management in this regard, and those established for self-employed women during maternity leave, adoption, care for adoption, care, risk during pregnancy or risk during breastfeeding.

Finally, fourthly, reference is made to the recent exemption in the Personal Income Tax from maternity benefits following the judgement of the Administrative Chamber of the Supreme Court, which has resulted in the amendment of article 7.h) of the Act regulating such Tax. The new regulation not only provides for the exemption from maternity allowance, but also for the extended paternity allowance of the Social Security system and benefits received by professionals not included in Special System of Self-Employed Workers who receive maternity and paternity benefits from social welfare mutual societies acting as alternatives to the Special System of Self-Employed Workers.

The work is preceded by preliminary considerations on the concepts of maternity and self-employed workers.

Keywords: Equal treatment and opportunity between women and men; work and family life balance; parental joint responsibility as the basis for the new Social Security benefits; Social Security allowances; Case law of the European Court of Justice on maternity and occupational health and safety and of the Spanish Supreme Court on income tax exemptions.

Compatibilidad del pensionista de jubilación con actividades posteriores como trabajador autónomo

Compatibility of retired pensioners with later labour activities as a self-employed worker

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ*

La promulgación del Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula una compatibilidad entre la pensión de jubilación y el ejercicio de actividades de creación artística, ha devuelto a la actualidad el hecho de que en nuestro sistema de Seguridad Social existe una pluralidad de supuestos de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el ejercicio posterior de actividades lucrativas. Este RD 302/2019 desarrolló lo dispuesto en el Real Decreto-ley 26/2018 por el que se dictaron medidas urgentes sobre la creación artística y cinematografía, y su elaboración había sido precedida por una intensa campaña mediática promovida por la plataforma *Seguir Creando*, que se vio potenciada cuando plumas de renombre como Antonio Fraguas (Forges), Eduardo Mendoza o Javier Reverte, fueron sancionados por haber compatibilizado su pensión con el cobro de derechos de autor. De la acritud de tal campaña es una muestra significativa la columna publicada el pasado 1 de febrero por el escritor y periodista Javier Reverte en el diario *El País*, en el que se compara su situación con las leyes del apartheid, o la del indigno policía torturador apodado *Billy el Niño*.

Más allá del ruido que acompañó el advenimiento de la nueva norma, su promulgación es una invitación a preguntarse si tal compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación

debe existir; en su caso, para quien y con qué límites y efectos; para pronunciarnos finalmente acerca del mantenimiento o la reforma de la pluralidad reguladora de esta compatibilidad, pluralidad que, como es típico en nuestro sistema normativo de protección social, viene originada por un aluvión normativo no completamente coherente ni coordinado.

La regulación de tales supuestos de compatibilidad se halla normalmente en preceptos del Régimen General de la Seguridad Social, pero ello no debería llevarnos a la conclusión de que son aplicables únicamente a quienes hayan sido trabajadores por cuenta ajena, porque se halla establecida la aplicabilidad a los regímenes especiales de los principales artículos que regulan la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, si bien esta aplicabilidad, que en el texto refundido de 1994 de la LGSS se hallaba en la disposición adicional octava, en el texto refundido de 2015 se ha disgregado en diversas normas: disposición adicional primera, para la minería del carbón; 318.d para el RETA ; y artículos 30 y 37 de la Ley 47/2015 para el régimen especial de trabajadores del mar. Por ello, lo que determinará diferencias en cuanto a la compatibilidad entre trabajo y pensión no será en la mayor parte de ocasiones bajo qué régimen se reconoció y calculó la pensión, o si en el citado cálculo intervinieron cotizaciones efectuadas en distintos regímenes, sino que deberemos centrar nuestra atención en los parámetros jurídicos distintivos del trabajo

* Profesor Titular, Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.

futuro que desea realizar el pensionista: si se desarrollaría como trabajador asalariado o como autónomo, en el sector privado o público, o la cuantía de las rentas obtenidas, que son elementos que aparecen como relevantes en las normas que regulan la compatibilidad estudiada.

1. LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE JUBILACIÓN Y TRABAJO DEL PENSIONISTA, Y SU UTILIDAD PARA MEJORAR LA PENSIÓN YA CAUSADA

El punto de partida inicial es el principio de que el disfrute de una pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, y con esta afirmación se inicia el redactado del artículo 213.1 LGSS; similar afirmación podemos hallarla en el art. 33 de la Ley de Clases Pasivas del Estado (LCP), y se repite en el art. 93.1 de la Orden de 24 de septiembre de 1970; sin embargo, inmediatamente se precisa en la LGSS que ello dependerá de las salvedades y los términos que legal o reglamentariamente se determinen, lo cual nos anticipa que, en realidad, existen numerosas excepciones, y que todos los pensionistas de jubilación tienen la posibilidad de compaginar su pensión con un trabajo realizado por cuenta propia, si bien las consecuencias anudadas a cada uno de los supuestos de compatibilidad existentes aconsejan una reflexión previa antes de emprender alguna de tales actividades compatibles.

Desarrollando lo dispuesto en la LGSS, el art. 94 de la Orden de 1970 citada, en un redactado muy similar al que para el Régimen General se contiene en el art. 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1967, invierte el principio e indica que el pensionista sí que podrá realizar trabajos por cuenta propia o ajena siempre que antes lo comunique a la entidad gestora de la pensión (que en aquel entonces era una Mutualidad Laboral y ahora sería el INSS). Sin embargo, inmediatamente advierte el citado artículo de los efectos que comporta realizar dicha actividad: suspensión de la pensión, de la condición de pensionista en la asistencia sanitaria, y obligación de cotizar por la nueva actividad, precisando que podrá optarse por elegir la última base por la que se

cotizó al causar la pensión, aun cuando haya transcurrido un largo período desde aquella cotización.

En el apartado siguiente, al regularse el cese en dichos trabajos por cuenta propia, o en otros regímenes, pues cita expresamente la aplicabilidad de las normas de cómputo recíproco, se prevé el restablecimiento del estatus de pensionista a los efectos de asistencia sanitaria y la reanudación en el cobro de una pensión con recálculo más favorable de la misma, ya que el período recientemente cotizado se sumará al histórico de su vida laboral pudiendo conjuntamente dar lugar a la aplicación de un porcentaje superior. Es decir, que tras sentar el principio de incompatibilidad entre estar jubilado y trabajar se aprovecha para regular una opción para revertir la decisión de jubilarse y mejorar la pensión causada en su día. Esta posibilidad es lo que coloquialmente se denomina *congelar la base*, aludiendo al hecho de que se conserva la misma base que sirvió para el cálculo inicial de la pensión mejorando el porcentaje aplicable. Esta opción puede ser útil para quien hallándose en edad jubilatoria ya prevé que sus condiciones laborales pueden empeorar, y al solicitar inmediatamente la pensión *congela* la base de cálculo, para posteriormente reanudar su actividad, pero destinando únicamente los nuevos períodos de carrera laboral a obtener un mejor porcentaje en el cálculo de su pensión.

Más aún, a diferencia de quienes realicen trabajos por cuenta ajena, los pensionistas que opten por realizar trabajos por cuenta propia suspendiendo el cobro de su pensión de jubilación, pueden optar, si así lo solicitan por mejorar también la base reguladora en el recálculo de la pensión, si tales trabajos y su correspondiente cotización han durado un mínimo de un año [art. 94.2.b de la Orden de 24 de septiembre de 1970]. Por consiguiente, quien realice una actividad como trabajador autónomo ya causada su pensión de jubilación, recibe un trato más favorable que quien sea trabajador por cuenta ajena en tal período de actividad post jubilatoria, en la medida en que puede mejorar —voluntariamente en todos los casos, recordemos— tanto la base reguladora como el porcentaje a aplicar a la misma, en el recálculo de su pensión que puede solicitar al reintegrarse al estatus

de pensionista. No es evidente el motivo por el cual se da esta facilidad a quienes pueden determinar con casi total libertad su base de cotización y por lo tanto optimizar el pago de la misma a lo estrictamente necesario para mejorar su pensión y limitar al máximo cualquier aportación solidaria.

2. LA INCOMPATIBILIDAD TOTAL CON EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DEL SECTOR PÚBLICO O REMUNERADAS CON DINERO PÚBLICO

El artículo 213.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece una incompatibilidad clara entre percibir una pensión de jubilación y el desempeño simultáneo de un puesto de trabajo en el sector público, definido éste por remisión a la Ley 53/1984 de incompatibilidades que en el segundo párrafo de su art. 1.1 indica que “se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismo y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria”. Y, viceversa, la citada ley en su artículo 3.2 establece similar interdicción de compatibilidad, aunque en sentido contrario, al indicar que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de una pensión de jubilación en cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.

La remisión a la ley de incompatibilidades en lugar de transcribir la misma o similar definición transmite el mensaje que lo importante es evitar la percepción dual de retribuciones del erario público, por razones de solidaridad —principio expresamente aludido en la exposición de motivos de la Ley de incompatibilidades—; pero observemos que tanto el art. 213.2 LGSS como el 3.2 de la ley de incompatibilidades limitan tal incompatibili-

dad al desempeño de un “puesto de trabajo en el sector público” o asimilado, como los de las entidades concertadas; por consiguiente, será posible una relación a título lucrativo entre el pensionista y una administración pública siempre que no suponga la cobertura de un puesto de trabajo.

Resulta interesante comparar esta regulación de la LGSS con la contenida en el artículo 33 de la Ley de Clases Pasivas del Estado (LCP) aprobada por Real Decreto Legislativo 670/1987, que inicia su apartado primero reproduciendo casi literalmente la incompatibilidad antes vista en el Régimen General, para seguidamente establecer una nueva y rotunda incompatibilidad: “Además, no se podrá percibir la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas con cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales. A estos efectos, se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional”. Es decir, a un jubilado por las normas del Régimen General una administración pública, por ejemplo, un ayuntamiento o una universidad, puede solicitarle una conferencia, un informe o dictamen, un análisis pericial u otra actividad personalísima similar y remunerarle tal encargo mediante honorarios y dietas por desplazamiento; por el contrario, si tal pensionista de jubilación lo fue por el régimen de clases pasivas, tal encargo se halla lisa y llanamente prohibido.

En caso de producirse la dualidad que remuneraciones por el desempeño de un cargo o puesto de trabajo en el sector público la situación es de incompatibilidad, en la que el interesado por la misma aceptación del cargo o puesto de trabajo incompatible tácitamente ha efectuado una opción por el mismo, por lo que los efectos serán los de suspensión de la pensión pública [213.2, 2º LGSS; 33.4 LCP] con la posible obligación de reintegros de los últimos cuatro (antes cinco) años [art. 55 LGSS] si se percibieron indebidamente algunas mensualidades, aunque no hubiese mediado engaño ni malicia en el goce de las

remuneraciones incompatibles [STS 6/2/1995 ECLI:ES:TS:1995:7607 y las en ella citadas].

Parecería razonable que exista un diferencia de trato entre quienes se sean pensionistas por el régimen general u otros especiales y quienes sean pensionistas por el régimen de clases pasivas a los que se les aplica esta mayor severidad en la incompatibilidad de remuneraciones, porque quien se ha jubilado y percibe su pensión por el régimen de clases pasivas, en la gran mayoría de casos (no siempre, por mor de las complejas normas de cómputo recíproco) es una persona que ha trabajado la mayor parte de su vida laboral para la administración pública, por lo que goza de contactos y conocimiento interno, es un *insider*, que se hallaría en situación ventajosa para obtener dichos encargos. Asimismo, tal taxativa prohibición evitaría la posibilidad de que el pensionista de clases pasivas pudiera verse tentado de beneficiarse, en fraude de ley, de encargos de actividades, episódicas pero no irrelevantes, por parte de la misma administración pública que le jubiló forzosamente como funcionario. Sin embargo, tal argumentación debería poder aplicarse a todos quienes fueran jubilados tras haber trabajado en la administración pública, y no resulta comprensible que quien sea pensionista de jubilación del Régimen General tras haber trabajado en la administración pública, pueda realizar colaboraciones para la misma administración, mientras que tales colaboraciones se hallan prohibidas para el pensionista de clases pasivas.

3. LA COMPATIBILIDAD TOTAL DE LOS TRABAJOS POR CUENTA PROPIA CON REMUNERACIÓN INFERIOR AL SALARIO MÍNIMO

El art. 213.4 LGSS establece una compatibilidad absoluta entre percibir una pensión de jubilación y la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional (SMI). Este precepto fue incorporado a la LGSS mediante la Ley 27/2011 de modernización del sistema de Seguridad Social. No figuraba en el proyecto de ley remitido por

el gobierno, sino que fue planteado mediante una enmienda del grupo CiU que proponía una más amplia compatibilidad “con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, o con la realización de actividades para cualesquiera de las Administraciones Públicas cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional”. En la discusión de la Ponencia, se aprobó una enmienda transaccional que limitó la compatibilidad a los trabajos por cuenta propia, sin que conste en el diario de sesiones los argumentos en pro de tal redactado que no sufriría ya modificación alguna en el resto de los trámites parlamentarios.

Parece racional limitar la compatibilidad de la pensión de jubilación a los trabajos por cuenta propia si lo relacionamos con el precepto que excluye de cotización a tales trabajos, por lo que consecuentemente no van a suponer ninguna modificación de la pensión ya reconocida. En el Régimen General todos los trabajos realizados por cuenta ajena deben cotizar, sin que el hecho de que el salario obtenido en aquella concreta actividad sea inferior en cómputo anual al salario mínimo sea motivo para evitar tal cotización, porque en este régimen incluso los trabajos más marginales realizados por cuenta ajena deben sumarse (salvo que se produjera una nueva excepción como la dispensa franquista [Decreto 1382/1972 de 6 de mayo] a la Sociedad de Fomento de la Cría Caballar, hoy liquidada tras millonarias deudas al erario público) y con más motivo en una época en que los trabajos a tiempo parcial son la única opción para muchos trabajadores; sería pues contradictorio que se excluyera a algunos de ellos de cotización. Por el contrario, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) no existe aún ninguna regulación específica para trabajo autónomo a tiempo parcial, y es sabido que, si bien la escasez de rentas no es causa suficiente para excluir la cotización, sí que es el indicio más frecuentemente utilizado por la jurisprudencia para considerar si se cumple o no con el requisito de habitualidad propio del RETA, por lo que es coherente que sea el trabajo autónomo de escasa remuneración el que el legislador haya declarado plenamente compatible con la pensión de jubilación, a la vez que no encuadrable ni cotizante.

La falta de regulación reglamentaria de tal supuesto plantea algunos interrogantes referidos al tiempo y modo de evaluar el parámetro que determina la compatibilidad: la evaluación de si las rentas obtenidas son inferiores al SMI. En primer lugar, la norma se refiere a un cómputo anual, y podemos preguntarnos si la comparación debe efectuarse por años naturales o si el requisito debe cumplirse en cualquier momento referido a los 12 meses anteriores a cuando se evalúe la compatibilidad. Si se tratase de un plazo sería de aplicación el criterio de fecha a fecha (art. 6.4 C.Cv y 30 LPr.Ad.Com), pero como no se trata de la tramitación de un procedimiento sino de el elemento temporal de referencia, el sentido propio de la expresión cómputo anual viene referido al año natural por ser este el criterio que desde antaño se utiliza para establecer normativamente el salario mínimo interprofesional [véanse el RD 1462/2018, de 21 de diciembre, y los anteriores].

La ausencia de reglamentación provoca asimismo la duda de cuando debe hacerse la evaluación de la compatibilidad, ya que el ciudadano debe decidir el inicio o no de una actividad simultánea al percibo de la pensión, pero en aquel momento ignora cuales van a ser sus ingresos anuales totales por las distintas actividades presuntamente compatibles; y no es claro si debe llevar una contabilidad de tales ingresos para interrumpir toda actividad cuando se alcance un determinado nivel de rentas, o si debe realizarse una evaluación en períodos cortos, ya que la realización de actividades y el percibo de ingresos no son hechos simultáneos. Imaginemos un jubilado al que le ofrecen dar un par de conferencias en la universidad, impartir un cursillo, escribir una columna de vez en cuando, y participar de forma episódica en una tertulia televisiva; la mayoría de tales encargos serán pagados probablemente meses después de realizarse, y demasiado tarde para interrumpir la actividad si se supera el importe del SMI. En ausencia de una norma expresa, no puede exigirse una comparación mensual, ni una evaluación de parámetros inciertos cual son las rentas que podrán obtenerse por actividades realizadas por cuenta propia.

Otro ámbito de incertidumbre se refiere a los posibles actos de encuadramiento de este

jubilado-trabajador por cuenta propia, ya que el artículo 213.4 LGSS exonera de cotización, pero nada dice de la afiliación de quienes realicen las actividades compatibles. Ante el silencio de la norma más bien debemos considerar que no hay motivo para omitir la obligación general de afiliación, puesto que si los trabajos por cuenta propia a que se refiere el artículo fuesen claramente episódicos y no habituales no hubiera sido preciso la existencia de una dispensa expresa de cotización, ya que naturalmente no serían causa de obligaciones de encuadramiento y cotización. Si ha sido preciso que se instaure una norma de compatibilidad es porque nos estamos refiriendo a trabajos que en ausencia de tal dispensa quedarían bajo la prohibición genérica del art. 213.1 “el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista”. Por consiguiente, el jubilado que desee realizar trabajos por cuenta propia deberá darse de alta en el RETA, así como de las paralelas obligaciones en el ámbito fiscal de las que no se hallará excepcionado, siempre que, a pesar de su escasa rentabilidad, pueda razonablemente considerarse que tales trabajos presentan un carácter habitual. Las recientes modificaciones en el art. 46 del reglamento de afiliación, permitirán ajustar un mayor número de veces el alta y la baja en el RETA a los días en que se realicen las actividades.

Un supuesto especial de trabajo autónomo compatible es el que el art. 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 describe como “el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad”. La mera titularidad de un negocio parecería que no debería ser motivo de duda por cuanto la administración de elementos patrimoniales personales sea un negocio, sea una inversión cualquiera, no debería interferir en el derecho a percibir una prestación contributiva que entre los requisitos para causarla no está ninguno referido al patrimonio del beneficiario. Si ha sido preciso clarificar normativamente que la titularidad del negocio es un supuesto distinto es porque sigue vigente el art. 2. tres del Decreto 2529/1970 que presume *ius tantom* que la titularidad de un negocio abierto al público supone la existencia de un trabajador por cuenta propia o autónomo, es decir, que ejerce en el mismo una actividad personal, habitual y di-

recta. Por consiguiente, si la titularidad de un negocio público supone ser trabajador autónomo; ser trabajador autónomo es normalmente incompatible con ser pensionista de jubilación; y una norma establece que ser titular de un negocio no supone la incompatibilidad con la pensión, ello únicamente puede darse cuando se haya vencido la presunción de trabajo autónomo mediante la demostración de que el titular se autolimita a una gestión patrimonial, gestión patrimonial que puede realizarse de forma personal y directa, que es más que la mera tenencia de la titularidad, puesto que se habla de “desempeñar funciones”, y estas pueden ser directivas, de control o de iniciativa, pero que no pueden comprender los actos de disposición del funcionamiento ordinario del negocio; y si el trabajador autónomo jubilado no puede realizar tales actos de disposición parece que debería poder demostrar que se ha apoderado para ello a algún colaborador. Ello no obstante, una vieja resolución de 13/08/1999 de la Dirección General de ordenación de la Seguridad Social estableció el criterio administrativo de que tal apoderamiento no es exigible al empresario individual o persona física que controla una sociedad mercantil, por los costes que ello supondría.

Finalmente, debemos observar que en el régimen especial de Clases Pasivas no existe un precepto similar al comentado, que proporcione la seguridad al funcionario jubilado de que puede emprender pequeñas actividades por cuenta propia compatibles con su pensión de jubilación. El artículo 23 LCP no incluye una disposición similar a la del 213.4 LGSS, por lo que la posible compatibilidad con trabajos por cuenta propia de escasa retribución deberá ser evaluada desde el supuesto que examinaremos seguidamente de que los trabajos simultáneos con la pensión no comporten la inclusión en ningún régimen de la Seguridad Social.

4. LA COMPATIBILIDAD TOTAL DE LOS TRABAJOS POR CUENTA PROPIA QUE NO CONLLEVEN EL ENCUADRAMIENTO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

El precepto legal que sienta el principio de incompatibilidad entre trabajo y pensión de

jubilación remite a las salvedades y términos que legal o reglamentariamente se determinen, y por ello debemos acudir al art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, que precisa que tal incompatibilidad se produce “con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social”, por lo que sensu contrario la realización de trabajos que no sean causa de encuadramiento en la Seguridad Social serán compatibles con la pensión de jubilación. Este es un criterio que goza de gran tradición en nuestro sistema de protección social, puesto que ya la Orden de 10 de agosto de 1957 establecía para el Seguro de vejez e Invalidez (SOVI) que el percibo de pensiones “es incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que determine la inclusión del pensionista en un régimen o rama de subsidios o seguros sociales obligatorios”.

En el caso de los trabajos realizados por cuenta propia, el primero de los supuestos excluidos de afiliación o alta será el de aquellos trabajos que, a pesar de ser lucrativos, de realizarse realmente de forma personal, directa y sin sujeción a una relación laboral de ajenidad, no tengan la intensidad necesaria para ser conceptuados como una actividad habitual. La falta de concreción de este requisito que el art. 305.1 configura como necesario para el encuadramiento en el RETA ha propiciado que cíclicamente se levanten voces que solicitan una mayor concreción de este requisito oficializando el indicio jurisprudencial de la obtención del SMI como rentabilidad mínima.

Frente a este criterio del *ius œonomicus* que valora una actividad por su rentabilidad, muchos menos partidarios parece tener el dar más relevancia al *ius volis*: otorgar más relevancia a la voluntad de su protagonista que declare trabajar a tiempo completo o parcial por cuenta propia.

No faltan precedentes históricos de determinación cuantitativa de la existencia de un trabajo por cuenta propia: el antiguo Régimen Especial de Escritores de Libros determi-

naba la profesionalidad [art. 2.2 del decreto 3262/1970] mediante una serie precisa de parámetros cuantitativos, que incluían un número mínimo y regular de obras publicadas, especificando un número mínimo de ejemplares, diferenciando entre poesía y otros géneros, o bien acreditando haber obtenido una rentabilidad mínima por las obras publicadas; o el antiguo Régimen Especial Agrario [arts. 2 y 5 del Decreto 3772/1972] se condicionaba el encuadramiento a un balance cuantitativo referido al propio trabajador: dedicar la mayor parte de su tiempo, más obtener la mayor parte de sus ingresos, más que la Contribución Territorial no superase un cierto umbral. En el Régimen Especial de Trabajadores del Mar [art. 3 del Decreto 1867/1970] se valoraba la existencia de trabajo autónomo por la dimensión del buque medido en toneladas de registro bruto, i el número de técnicos y tripulantes que figurasen en el rol de la embarcación. En resumen: cifras y cifras que dificultan la adaptación del encuadramiento a una creciente realidad de pluriactividad y dedicación a tiempo parcial a diversas actividades.

El segundo e importante supuesto de exclusión de afiliación y alta es el de aquellos trabajadores por cuenta propia, ejercientes de una profesión liberal, que conservan en derecho a escoger su encuadramiento en alguna de la docena de mutualidades de profesionales que actúan como alternativa a la Seguridad Social para los colectivos de sus respectivos colegios profesionales, pudiendo pues elegir afiliarse al RETA o a la mutualidad colegial en los términos de la disposición adicional decimoquinta de la ley 30/1995 de Ordenación y supervisión de los seguros privados. La interpretación vigente es que todas las referencias normativas que regulan incompatibilidades entre la pensión de jubilación y un trabajo por cuenta ajena o propia son normas referidas al Sistema de Seguridad Social, y que no pueden establecerse incompatibilidades entre los derechos adquiridos a una pensión de jubilación y el ejercicio de una opción de protección social que *ex lege* se entiende privada y extraña al sistema.

Que es discutible que tales profesionales liberales deban considerarse inmunes a las normas de incompatibilidad entre pensión y trabajo lo muestra la Orden TIN/1362/2011, la

cual consideró que, siendo la obligación básica de quienes ejercen una actividad profesional el darse de alta en el RETA, quienes se hallaban habilitados para sustituir el RETA por otra entidad de previsión no debían gozar de un régimen de compatibilidad distinto al que rige en el Régimen General y en los especiales, que se reconoce uniforme por las remisiones o calcos de redactado. Poco tardó el Estado en rectificar tal decisión, y tres semanas después en el Congreso de los Diputados, que se hallaba discutiendo el proyecto de lo que sería la Ley 27/2011 de modernización del sistema de Seguridad Social se introduzco una enmienda del Grupo Popular que finalmente, se transformó en la disposición adicional trigésimo séptima que dispone que “se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011”, en una curiosa técnica legislativa mediante la cual una ley remite a un criterio aplicativo que no se transcribe ni tan sólo se describe; y, curiosamente, la orden de 2011 que se ordena inaplicar no se ha derogado en ningún momento.

Corresponde al legislador administrar las excepciones al encuadramiento obligatorio en el sistema de Seguridad Social, y sin entrar en especulaciones acerca del poder de las corporaciones profesionales que resultarían afectadas, no podemos dejar de señalar lo paradójico que resulta que un segmento de población formado por profesionales liberales no tenga ninguna cortapisa para complementar su pensión con trabajos simultáneos a su pensión, mientras se mantienen limitaciones para el resto de pensionistas; resulta paradójico también que quienes con su trabajo simultáneo aportarían cotizaciones al sistema vean limitada tal posibilidad, mientras carecen de limitación para obtener estas rentas adicionales quienes de los ingresos obtenidos en el ejercicio profesional nada detraerían en concepto de cotizaciones al sistema público de protección social.

5. LA COMPATIBILIDAD PARCIAL ENTRE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

En los artículos 213 y 214 LGSS se regulan dos supuestos, de incorporación moderna a la regulación de la pensión de jubilación,

que permiten al pensionista compaginar parcialmente su pensión con el ejercicio de actividades lucrativas. El primero de ellos, denominado jubilación flexible, es el regulado en el art. 213.12 LGSS que permite compaginar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial, reduciendo proporcionalmente la pensión mientras dure la simultaneidad de rentas. Al no existir por ahora en nuestro sistema una concreción jurídica y cuantificable del trabajo autónomo a tiempo parcial, más allá de una mención simbólica en el Estatuto del Trabajador Autónomo, la regulación reglamentaria de este supuesto legal [arts. 4 y ss. del RD 1132/2002] exige que el trabajo compatible sea un contrato de trabajo a tiempo parcial que se halle dentro de los límites del art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Como mero ejercicio teórico, podríamos suponer compatible el cobro de una pensión contributiva de jubilación con el trabajo autónomo a tiempo parcial en alguno de los países que sí lo tenga regulado, especialmente si es uno de los integrantes de la Unión Europea (por ejemplo: Malta), puesto que en ningún momento se prohíbe que el pensionista que desee compatibilizar su pensión con una nueva actividad pueda haber exportado la misma a otro país de residencia; en este caso debería aplicarse *mutatis mutandi* la misma solución jurídica que se aplica a los trabajos por cuenta ajena a tiempo parcial.

El segundo supuesto existente de compatibilidad parcial entre pensión y trabajo se halla regulado en el art. 214 LGSS bajo la denominación de envejecimiento activo, y en términos similares en el art. 33.2 LCP para los funcionarios del régimen de Clases Pasivas; en tal supuesto se prevé expresamente en la primera frase de dicho artículo que se trata de una compatibilidad con cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. En este supuesto, y cumplidos los requisitos que la norma establece para causar la situación de compatibilidad (pensión al 100 %, edad de jubilación ordinaria) la pensión se reduce a un porcentaje uniforme: el 50 % sea cual sea el tipo de trabajo, la jornada y la retribución conseguida en el mismo, con una excepción: si la actividad realizada es por cuenta propia, y el trabajador autónomo contrata a otra persona como trabajadora asalariada, la pensión permanece al 100 % de su importe.

En este supuesto de compatibilidad por “envejecimiento activo” el trabajador casi no cotizará por la nueva actividad: el art. 153 LGSS, heredero del art. 4 del RDL 5/2013, establece que se cotizará únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, en una habitual expresión referida a reducciones de cotización que nos recuerda que nuestro sistema sigue funcionando bajo la lógica de seguros sociales unificados, y que viene a decir que estas serán las únicas contingencias por las que se hallará protegido quien realice los trabajos compatibles que comentamos, y adicionalmente se establece una “cotización especial de solidaridad” del 8 % que no será computable a efectos de prestaciones sin que se haya argumentado en la norma acerca de la causa de tal solidaridad.

Como ya hemos señalado, los funcionarios jubilados en el régimen de Clases Pasivas que deseen realizar un trabajo autónomo a la vez que perciben su pensión de jubilación tienen una regulación casi idéntica a la que rige en el Régimen general para este supuesto de compatibilidad, con dos excepciones: en primer lugar, nada se dice acerca de que el funcionario jubilado que contrate a un trabajador a la vez que él mismo ejerce una nueva actividad por cuenta propia pueda conservar su pensión al 100 %; en segundo lugar el art. 309 (similar al 153) LGSS al referirse a la cotización en los supuestos de compatibilidad entre jubilación y nueva actividad se refiere expresamente a los jubilados a los que se les aplique el art. 214 LGSS, sin ninguna mención a la cotización de quienes compatibilicen un trabajo autónomo en virtud del art. 33 LCP, por lo que parece que no sería aplicable ni el recargo de solidaridad del 8 % ni la cotización reducida a determinadas contingencias.

La posibilidad de conservar el 100 % de la pensión si se contrata a un empleado no parece que pueda aplicarse mediante una interpretación analógica, puesto que tal previsión fue incorporada mediante la disposición final quinta de la ley 6/2017 de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, que inmediatamente incorporó una nueva disposición final sexta bis a la LGSS prometiendo (¡qué mal vicio de publicidad política las leyes que prometen hacer lo que no hacen!) que en el futuro se ampliaría la regulación de lo regulado en cuanto

a compatibilidad de la pensión de jubilación. Era consciente, por tanto, el legislador de que la regulación no abarcaba todos los supuestos posibles, y en este caso es difícil argumentar que nos hallamos ante una laguna a integrar mediante analogía.

Por el contrario, la ausencia de regulación en cuanto a la cotización a satisfacer por parte del funcionario que realice un nuevo trabajo por cuenta propia parece que sí podría ser colmada mediante una aplicación analógica, puesto que el artículo 309 LGSS, que se halla en el capítulo que regula la cotización de los trabajadores autónomos, se refiere a “durante la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, *en los términos establecidos* en el artículo 214” y los términos en que en tal artículo se establece la compatibilidad son los mismos términos con los que el art. 33 LCP lo hace para los funcionarios jubilados que emprendan una nueva actividad por lo que entiendo podría argumentarse que existe identidad de razón y aplicarse a tales funcionarios emprendedores la cotización reducida por una parte pero con el recargo de solidaridad por la otra.

6. EL PENSIONISTA NO CONTRIBUTIVO DE JUBILACIÓN Y EL TRABAJO COMO AUTÓNOMO

El supuesto de quien perciba una pensión no contributiva de jubilación (PNC) regulado en los arts. 369 y ss. LGSS es tan distinto a los anteriores que no resulta fácil encontrar elementos comparativos. En primer lugar, porque en realidad se trata de una pensión de vejez más que de jubilación, ya que el elemento que determina la contingencia protegible es haber sobrepasado determinada edad y no el cese en el trabajo, y si en ningún momento se solicita para causar una PNC haber cesado en el trabajo, más que de compatibilidad debe considerarse la simultaneidad de lo que siempre pudo ejercerse al mismo tiempo. La real norma de incompatibilidad se halla en la limitación cuantitativa de rentas que condiciona el acceso y pervivencia de la PNC, límite que se determina esencialmente por el número y grado de parentesco de los miembros de la familia que convivan con el beneficiario, más

una franquicia del treinta y cinco por ciento del importe anual de base de las PNC, importe que cuando se implantaron dichas pensiones no estaba contemplado, con el nefasto efecto de que céntimo que pudiese percibir el pensionista de PNC por una actividad propia, o por cualquier otra prestación que tuviese derecho a percibir, era céntimo que se detraía de su PNC, lo que provocaba una desincentivación total a intentar un —tardío— desarrollo profesional personal.

En este supuesto de un pensionista no contributivo que iniciase una actividad como trabajador autónomo, no le serían aplicables a mi entender los pequeños incentivos que el artículo 366 insta para facilitar que el pensionista no contributivo por invalidez tenga un estímulo económico para ejercer una actividad lucrativa; a pesar de que en ambos casos puede argumentarse que el ejercicio de tal actividad tendría los mismos efectos beneficiosos, y que incluso podría suponer el pase a percibir una pensión contributiva de importe muy superior cuando el beneficiario de una PNC hubiera carecido de un escaso número de días de carencia para causar una pensión contributiva. Por esta última posibilidad sí que parece lógico que al beneficiario de una PNC que realice trabajos lucrativos no se le apliquen las exenciones de cotización que antes hemos visto que se aplicaban en los supuestos de envejecimiento activo, puesto que tal beneficio a corto plazo excluiría la posibilidad de que a medio plazo pudiera accederse al nivel contributivo de protección.

7. LA NUEVA COMPATIBILIDAD TOTAL ENTRE DERECHOS DE AUTOR Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, regula un nuevo supuesto de compatibilidad con la pensión de jubilación estableciendo que “la actividad artística” será plenamente compatible con la pensión de jubilación. Lógicamente, lo que se regula como compatible es la actividad artística realizada de forma lucrativa que, en ausencia de regulación, podría ser considerada causa suficiente para el encuadramiento de quien la ejerza en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. Expresamente

samente se indica que la compatibilidad que se establece no supondrá merma en el posible derecho a percibir el complemento por maternidad del art. 60 LGSS, el complemento por jubilación tardía del art. 210.2 LGSS, los complementos por mínimos del art. 59 LGSS, o el estatus de pensionista a los efectos de asistencia sanitaria y otros.

Tal compatibilidad tiene un componente de exclusividad, puesto que quien se acoja a la misma no puede acogerse simultáneamente a ninguna de las posibilidades de compatibilidad que anteriormente hemos examinado [art. 4] ni podrá desarrollar ningún otro trabajo por cuenta ajena o como trabajador autónomo [art. 22]. Para ello la compatibilidad no es que simplemente se reconozca como un mandato hacia la entidad gestora de la pensión para que se abstenga de afectar la misma por razón de la actividad artística desarrollada, sino que se instaura un procedimiento especial de encuadramiento en el régimen que corresponda (puesto que es compatible tanto si la actividad se desarrolla en régimen de trabajador asalariado o como trabajador autónomo).

Para tramitar la correspondiente alta en esta especial causa de encuadramiento se solicita que el interesado aporte un certificado (si se trata de un asalariado) o una declaración responsable (si se trata de un autónomo) conforme las retribuciones que va a percibir provienen de la liquidación de sus derechos de propiedad intelectual. Esta certificación o declaración delimita con este concepto más precisamente el ámbito de la compatibilidad: las actividades artísticas a las que se alude en los primeros artículos del real decreto incluyen todas las compensaciones patrimoniales que puedan percibirse por la cesión de obras literarias, artísticas o científicas, reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/1996 que probó el texto refundido de la ley de propiedad intelectual. Así pues, se trata de una visión no reduccionista de tales actividades artísticas, que da solución a la demanda anteriormente planteada desde variados sectores de la creación intelectual (escritores, músicos, fotógrafos, etc.). Sin embargo, en el real decreto se precisa [art. 21] que la compatibilidad regulada lo es con independencia de que el pensionista-artista pueda percibir otras remunera-

ciones conexas, que podrían comprender las compensaciones por su participación en actos de promoción, los premios literarios que no fuesen anticipo de los derechos de autor, etc. y en el art. 3.1 se precisa también que las retribuciones que se declaran compatibles son las que le corresponda percibir (en el futuro, pues) o las que ya viniera percibiendo (desde el pasado, claro) por sus obras.

Durante el alta en esta particular vía de encuadramiento por las actividades artísticas compatibles, el interesado cotizará únicamente por Incapacidad temporal y por Contingencias Profesionales, más una cuota especial de solidaridad similar a la que hemos visto en otros supuestos: un 8 % no computable a efectos de prestaciones, tal como viene regulado para el conjunto de situaciones de compatibilidad entre pensión y trabajo en los artículos 153 y 309 LGSS para, respectivamente, las actividades por cuenta ajena o por cuenta propia.

Pero acerca de las prestaciones que pueden causarse a partir de este momento se regula una situación peculiar: por una parte se indica que se cotiza por IT y por contingencias profesionales, lo cual se supone indica que únicamente podrán causarse tales prestaciones, e inmediatamente se dedica un artículo a establecer con carácter general que para causar nuevas prestaciones únicamente se tendrán en cuenta los períodos de carencia posteriores al hecho causante de la jubilación; sin embargo de los dos tipos de prestaciones que pueden causarse, las derivadas de contingencias profesionales no requieren de período de carencia alguno, por lo que el precepto tiene aplicabilidad únicamente a la incapacidad temporal, aunque no se diga tan concretamente. Ciertamente podríamos pensar en situaciones mixtas en las que el beneficiario hubiese pasado alternativamente por situaciones de compatibilidad diversas en las que hubiese acumulado períodos de carencia que intentase hacer valer cuando su situación fuese la especial compatibilidad por trabajos artísticos (por ejemplo que fuese en este momento que le sobreviniese una enfermedad causante de una incapacidad permanente, pero en este caso no se comprende por qué motivo el precepto de que únicamente se considerará la carencia ganada tras la jubilación

se formula únicamente para los titulares de actividades artísticas compatibles en el real decreto 302/2019 comentado.

Asimismo se indica que quien cause una prestación por Incapacidad Temporal con posterioridad a causar esta pensión de jubilación compatible con las rentas de propiedad intelectual, será incompatible con la pensión de jubilación si el beneficiario cesa en la actividad, y causa baja en el régimen correspondiente; es decir, se sanciona severamente a quien cause una incapacidad temporal y pretenda dejar de cotizar durante tal situación de baja: la sanción será la suspensión de la pensión de jubilación que se venía percibiendo.

8. REFLEXIÓN FINAL ACERCA DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN

Aunque la jubilación consiste en la decisión de dejar de trabajar a partir de determinada edad, parece que un número no despreciable de personas se interesa por la posibilidad de seguir trabajado tras la jubilación, que pasaría a ser no sinónimo de inactividad, de cese en el trabajo, sino cambio a una etapa subsidiada de vida. La Confederación Española de Organizaciones de Mayores (CEOMA) habla de más de un millón y medio de jubilados que trabajan, la mayoría de forma opaca, y que aproximadamente la mitad de quienes van a jubilarse tienen la intención real de seguir trabajando. Sean o no ciertas tales estimaciones, hay una constante petición de fórmulas de compatibilidad que ha dado lugar a la diversidad que acabamos de sintetizar, más alguna de adicional que hemos omitido por cuenta es claro que no podía ejercerse mediante trabajo autónomo, Asimismo, es habitual recordar que en las recomendaciones del denominado Pacto de Toledo, en su renovación de 2011, se incluyó la recomendación número 12 solicitando se permita e incrementemente la coexistencia de salario y pensión, siguiendo diversas sugerencias europeas en similar sentido, como las formuladas en 2010 en el Libro Verde de la Comisión Europea [COM (2010) 365 final, SEC(2010)830] sobre sistemas de pensiones; en el Libro Blanco del Comité de las Regiones [COM(2012) 55 final]

Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles.

Las reflexiones acerca de la compatibilidad o incompatibilidad giran alrededor de dos parámetros: el del posible impacto en el sistema de pensiones, (por ejemplo, el estudio de finales de 2012, dirigido por el profesor J. Mercader de “Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo”, financiado por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social); o estudios que más bien se centran en la repercusión en el estado y suficiencia económica de los beneficiarios (por ejemplo, estudio de M^a del Carmen Aniorte, “Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad”, publicado en la REDT en 2014. Especialmente pensando en los beneficiarios, la cuestión clave es cuales serían los motivos suficientes para que quien haya causado una pensión de jubilación pueda ver reducida o suspendida tal pensión a causa del ejercicio en su vida privada una u otra actividad simultánea.

Uno de los posibles argumentos para limitar la posibilidad del goce simultáneo de una pensión de jubilación y el ejercicio de una actividad lucrativa es la negativa repercusión en el mercado de trabajo de tal simultaneidad, que sería contradictoria con la finalidad eugénica de pagar una pensión de retiro a quienes alcancen una determinada edad. Aunque las experiencias de reducción de jornada laboral o de jubilaciones forzosas han mostrado que no hay una relación directamente proporcional entre el número de quienes se retiran del mercado laboral y quienes accederían al mismo en su lugar, porque a menudo el retiro de unos es aprovechado para operaciones de reestructuración sin costes añadidos, es cierto que quienes se jubilan y quienes aspiran a conseguir un puesto de trabajo, por acceso o por promoción, compiten en un mismo espacio, y el interés de unos puede contradecir el de otros.

Otra línea argumental en temas de compatibilidad entre pensión y trabajo contempla más al individuo afectado. Salvo los supuestos de jubilación forzosa, la decisión de jubilarse es antitética con seguir ejerciendo una actividad lucrativa; la pensión de jubilación es un mecanismo social de sustitución de rentas

perdidas, y si un sujeto tiene rentas por desarrollar actividades lucrativas no es preciso tal sustitución, aunque ello choca con la realidad de cada vez se solicitan períodos de carencia más largos, lo cual abona la percepción de la pensión como salario diferido y no como sustitución de rentas. La pretendida injusticia de estar subvencionando a quien no lo precisa se ha argumentado especialmente en los sistemas de reparto en los que las pensiones son financiadas por la generación siguiente a la del pensionista, pero en la medida, como se ha dicho, que las carencias exigidas son más elevadas tal argumento tiende a quedar acotado a quienes perciban complementos a mínimos u otras prestaciones de tipo no contributivo.

La evolución de la situación económica de los posibles beneficiarios naturalmente influye en la percepción de si es acertado permitir mayor o menor compatibilidad entre pensión y trabajo; por ejemplo, los insuficientes importes que se venían pagando influyeron en modificar la compatibilidad entre las prestaciones de vejez del SOVI y las prestaciones contributivas de viudedad. En el momento actual, la confesa incapacidad del Estado para mantener actualizados los valores de las pensiones, y la confesa intención de disminuir la ratio de sustitución entre las pensiones de jubilación y los últimos salarios percibidos, le ha restado algo de autoridad moral para mantener que quienes perciban una pensión no deben ejercer simultáneamente otra actividad lucrativa. Al legislador le compete en cada momento arbitrar entre tales intereses potencialmente contradictorios en función de las circunstan-

cias concurrentes, si bien a mi entender existe también una frontera conceptual: no es lo mismo solicitar la libre compatibilidad entre percibir una pensión y seguir trabajando, que autorizar el ejercicio de actividades lucrativas para complementar la pensión y mitigar la pérdida de poder adquisitivo inicial o posterior; quienes consideren legítima esta última posibilidad complementaria deberán aceptar que existiría un límite cuantitativo marcado por la propia pensión: mientras la actividad lucrativa paralela no supere el importe de la pensión puede hablarse de complemento; por el contrario, si el importe de la actividad profesional fuese mayor que el de la pensión nos hallaríamos frente a un trabajador que puede completar sus ingresos con un subsidio o prestación.

Por último, pero no por ello menos importante, existe la necesidad de ordenar el galimatías de supuestos de compatibilidad y sus consecuencias. El hecho de que nuestro sistema de Seguridad Social ha sido tradicionalmente un sistema normativo de aluvión nunca enteramente codificado permite explicar, pero no justificar, que, como hemos reseñado, determinados profesionales tengan plena compatibilidad mientras otros deben renunciar a toda o a la mitad de su pensión para realizar la misma actividad; que quienes trabajen con posterioridad a una determinada edad unos paguen plena cotización, otros reducida y otros ninguna. Los agravios comparativos, reales o simplemente percibidos como tales, son habitualmente los más difíciles de aceptar.

RESUMEN

Desde abril de 2019 los pensionistas de jubilación pueden realizar actividades económicas lucrativas de creación artística sin que su pensión se vea limitada o suspendida. Con este motivo, el artículo analiza los supuestos actuales de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo autónomo que existen en la Seguridad Social española; se pregunta si debe existir tal compatibilidad; y se destacan las diferencias entre regímenes, especialmente entre régimen de Clases Pasivas (para algunos funcionarios públicos) y el Régimen General, y con la peculiar situación de algunos profesionales que pueden optar por no cotizar a la Seguridad Social.

La jubilación es la decisión de dejar de trabajar a partir de determinada edad, por consiguiente, el principio básico es la incompatibilidad entre cobrar una pensión de jubilación y trabajar; sin embargo, desde antiguo se ha permitido suspender el cobro de la pensión para reanudar la condición de trabajador, y posteriormente recuperar la pensión mejorando el porcentaje que se aplica a la base ya utilizada anteriormente, o mejorar ambos parámetros si se trabaja como autónomo durante un año. No parece clara la razón de que exista una diferencia de trato entre trabajo asalariado y trabajo autónomo en este caso.

La incompatibilidad entre cobrar una pensión pública y desempeñar un cargo o un puesto de trabajo en el sector público es también muy antigua, impidiendo la acumulación de retribuciones públicas por razones de solidaridad. Sin embargo, la regulación es claramente distinta si se trata de funcionarios jubilados en el sistema de Clases Pasivas, o si se trata de personas jubiladas en cualquier otro régimen de Seguridad Social: en el primer caso se prohíbe radicalmente cualquier tipo de percepción económica pública, mientras que para un funcionario jubilado en el Régimen General la incompatibilidad se refiere únicamente al desempeño de un puesto de trabajo público. Parece que la incompatibilidad entre retribuciones y pensión públicas debería de aplicarse por igual a todos los extrabajadores públicos y no de forma distinta en el régimen de clases pasivas.

Un tercer supuesto es la compatibilidad total que existe para que los pensionistas de jubilación puedan ser simultáneamente trabajadores autónomos, siempre que la remuneración percibida sea inferior al SMI. Los funcionarios jubilados en el régimen de Clases Pasivas no tienen una norma similar que les permita realizar con seguridad pequeños trabajos por cuenta propia que no superen el salario mínimo, por lo que la posible compatibilidad dependerá de si puede considerarse que tales trabajos no obligan a afiliarse a la Seguridad Social, en virtud del escaso rendimiento económico obtenido.

Un supuesto especial de trabajo autónomo compatible es el mantenimiento de la titularidad de un negocio y el ejercicio de las funciones inherentes a dicha titularidad. Tradicionalmente se considera que la actividad compatible es la que se limita a la gestión patrimonial del mismo y no al ejercicio directo de la actividad; si bien la gestión de un patrimonio personal es siempre compatible con el estatus de jubilado, existe una presunción legal de que el titular de un negocio abierto al público es un trabajador autónomo, por lo que los límites no son claros: las “funciones” compatibles de iniciativa, de control o de supervisión, pueden ser semejantes a las que ejerce la dirección de una empresa.

Los trabajos que no sean causa de afiliación a la Seguridad Social, por ejemplo, los trabajos voluntarios o de caridad, no ocasionan ningún problema de incompatibilidad con la pensión de jubilación, puesto que todas las normas de compatibilidad se refieren a trabajos que ocasionen la incorporación a la Seguridad

Social; por consiguiente, tampoco serán incompatibles los trabajos por cuenta propia que no se ejerzan habitualmente, ya que esto es un requisito para ser considerado trabajador autónomo por la Seguridad Social, si bien la habitualidad de un trabajo es un concepto jurídico indeterminado difícil de delimitar.

Un importante supuesto en el que los trabajadores autónomos no están obligados a afiliarse a la Seguridad Social, son los profesionales liberales que conservan el derecho a afiliarse a una de las mutualidades que actúan aún como alternativa a la Seguridad Social. La interpretación vigente es que estos profesionales pueden complementar sin límite alguno su jubilación con lo que obtengan con trabajos profesionales, siempre que opten por no aportar ninguna cotización a la Seguridad Social pública y prefieran hacerlo a la mutualidad de su colegio profesional. No son claras las razones por las que este segmento de profesionales puede gozar de esta ventaja o, mirado inversamente, la persistencia de este trato más favorable a unos grupos de profesionales debilita los argumentos por los que se mantienen reglas generales de incompatibilidad entre pensión y trabajo.

Existen un par de posibilidades de compaginar parcialmente trabajo y pensión de jubilación. La denominada jubilación flexible no puede aplicarse al RETA por ahora, por cuanto no se halla regulado el trabajo autónomo a tiempo parcial; pero el llamado envejecimiento activo en el régimen general permite reducir temporalmente la pensión al 50 %, o no reducirla en absoluto si contrata a un trabajador, mientras el jubilado realice posteriormente trabajos como autónomo o como asalariado; ello no obstante, la regulación para los jubilados en clases pasivas presenta, una vez más, algunas diferencias relevantes en materia de cotización o en cuanto a la posibilidad de conservar la totalidad de la pensión.

Finalmente, el nuevo supuesto de compatibilidad entre trabajo artístico autónomo o no y pensión de jubilación, invita a reflexionar acerca de la compatibilidad entre trabajo y pensión a partir de las demandas de mayor compatibilidad por parte de organizaciones de pensionistas, del Pacto de Toledo y de organismos europeos. Existen argumentos en favor de que existan reglas de incompatibilidad para que los jubilados dejen efectivamente vacantes más puestos de trabajo; aunque muchas vacantes por jubilación no se cubren con un nuevo trabajador, parece innegable que el interés de quienes buscan empleo es contradictorio con el interés del pensionista que desea conservar un puesto en el mercado de trabajo.

Puede también argumentarse que la pensión de jubilación nació para compensar la pérdida de remuneraciones, y si se conservasen los mismos ingresos desaparecería la necesidad de que los trabajadores en activo financien en un sistema de reparto las pensiones de jubilación. Sin embargo, este argumento se ha debilitado por dos vías: la exigencia de períodos de carencia progresivamente más largos refuerza la percepción de la pensión como salario diferido, salvo para quienes perciben complementos a mínimos u otras prestaciones no contributivas; por otra parte, la confesa incapacidad del Estado para mantener actualizadas todas las pensiones según variaciones del coste de la vida, refuerza la posición de quienes solicitan se les permita trabajar, mientras puedan, para complementar el importe de su pensión de jubilación, si bien en este caso “complementar” implicaría establecer que las remuneraciones obtenidas por el trabajo no deberían superar el importe de la pensión a la cual complementan.

La reflexión final es que el hecho de que nuestro sistema de Seguridad Social sea un aluvión de normas, nunca codificadas, no es justificación suficiente de las notables diferencias entre regímenes para supuestos muy similares de relación entre pensión contributiva de jubilación y trabajo autónomo posterior, así como de la cotización a pagar en caso de tal compatibilidad.

Palabras clave: Jubilación; trabajo autónomo; compatibilidad.

ABSTRACT Persons receiving retirement pensions have been able to conduct profitable economic activities of a creative artistic nature without this limiting or suspending their payments since April 2019. This article therefore analyses current cases of compatibility between a retirement pension and self-employed work that can be found in Spain's social security system. It questions whether such compatibility should exist, and underlines the differences among systems, especially between that of the Spanish Passive Class System (for some civil servants) and the General System, as well as the specific cases of certain professionals who may opt out of making social security contributions.

Retirement is the decision to stop working after a certain age, thus the basic principle is the incompatibility between receiving a retirement pension and working. Nonetheless, people have been allowed to suspend receiving a pension in order to resume the status of a worker for a long time now, subsequently recovering their pension by increasing the percentage applied to the previously used base, or improving both parameters if one works as a self-employed person for a year. The reason why salaried and self-employed work is treated differently in this case does not seem clear.

The incompatibility between receiving a public pension and holding a post or job in the public sector also dates back many years, preventing the accumulation of public remuneration for reasons of solidarity. But regulations are clearly distinct in the case of retired civil servants under the Passive Class System, or in the case of retired persons in any other social security system: all types of public economic payment are fundamentally prohibited in the former, whereas incompatibility refers only to undertaking a public job for a retired civil servant in the General System. It appears that incompatibility between remuneration and public pensions should apply equally to all former civil servants and not in a different manner in the Passive Class System.

A third case is the full compatibility that exists so that persons receiving retirement pensions can be simultaneously self-employed, provided that the remuneration they receive is lower than the national minimum wage (SMI). Retired civil servants under the Passive Class System do not have similar regulations that allow them to safely perform odd self-employed jobs that do not exceed the minimum wage, thus possible compatibility will depend on whether these jobs can be viewed as not obliging them to join the social security system because of the meagre earnings they obtain.

A special case of compatible self-employment is maintaining ownership of a business and exercising the functions implied by this ownership. The compatible activity is traditionally considered to be that which is limited to the wealth management of the business and not directly performing the activity. Although managing personal wealth is always compatible with the status of a retired person, there is a legal presumption that the owner of a business open to the public is a self-employed worker, thereby not making the limits clear: the compatible "functions" of initiative, control or supervision may be similar to those exercised by managing a company.

Work that does not require joining a social security system, such as voluntary or charitable work, does not lead to any problems of incompatibility with retirement pensions, given that all compatibility guidelines refer to work that requires social security inclusion. Consequently, self-employed work that is not usually performed is not incompatible either, given that this is a requirement for consideration as a self-employed worker by social security, although the habitual nature of work is an indeterminate legal concept that is difficult to define.

One important case in which self-employed workers are not obliged to join the social security system is that of liberal professionals who have the right to join one of the mutual funds that continue to act as an alternative to the social security system. The current interpretation is that these professionals can complement their retirement without any limits to what they earn with professional jobs, provided they decide not to contribute to the public social security system, and prefer to do so to the mutual fund of their professional association. The reasons why these types of professionals can enjoy this advantage are not clear or, conversely, persisting with this more favourable treatment of certain groups of professionals undermines the arguments why general rules of incompatibility between pension and work are maintained.

Two possibilities exist of partially combining work and a retirement pension. So-called “flexible retirement” cannot currently be applied to the special tax regime for self-employed workers (RETA), given that part-time self-employment is not regulated, but so-called “active ageing” in the General System means that the pension can be temporarily reduced by 50 %, or not at all if a worker is hired, while the retired person subsequently performs work as a self-employed worker or employee. Nevertheless, the regulations for Passive Class retired persons once again presents several major differences in terms of contributions or the possibility of retaining a full pension.

Finally, the new case of compatibility between self-employed or non-self-employed artistic work and a retirement pension invites reflection on the compatibility between work and a pension based on the demands for greater compatibility by pensioner organisations, the Toledo Pact and European bodies. Arguments exist in favour of there being incompatibility regulations for retired people in order to effectively leave more jobs vacant. Although many retirement vacancies are not filled by new workers, it seems undeniable that the interest of those seeking employment is in conflict with the interest of a pensioner wishing to retain a job in the labour market.

It can also be argued that the retirement pension arose to compensate for the loss of remuneration, and if the same income was retained the need for active workers to finance retirement pensions in a pay-as-you-go system would cease to exist. But this argument has been undermined in two ways: the need for progressively longer vesting periods strengthens the perception of a pension as deferred salary, except for those receiving minimum allowances or other non-contributory benefits; secondly, the confessed inability of the State to keep all pensions up to date according to changes in the cost of living reinforces the position of those requesting to be allowed to work as long as they can in order to supplement the amount of their retirement pension, although in this case “supplementing” would imply establishing that the remuneration obtained by the work should not exceed the amount of the pension they are supplementing.

One final reflection is given the fact that our social security system is an alluvium of rules that are never codified, this is not sufficient justification for significant differences among schemes for very similar cases about the relationship between a contributory retirement pension and subsequent self-employment, as well as the contribution to be paid in the event of such compatibility.

Keywords: Retirement; self-employment; compatibility.

La Seguridad Social de los trabajadores autónomos en la jurisprudencia

The Social Security of self-employed workers in jurisprudence

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO*

1. ALGUNAS IDEAS PRELIMINARES

Presume a que no sea el principal propósito de estas páginas, no es fácil resistirse a la tentación de aprovechar este momento para dejar aquí plasmadas algunas reflexiones de carácter más general sobre el significado que la existencia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) tiene, y para dar una idea de cuál ha sido la evolución de nuestro sistema de Seguridad Social y cuál es su caracterización actual, sobre todo desde el punto de vista de su estructura y también del alcance de su acción protectora. Cuestiones sobre las que sin lugar a duda ha incidido, como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Uno de los rasgos característicos del sistema de protección social que tiene su germen en la *Ley de Accidentes de Trabajo de 1900* y que culmina con la constitucionalización de la garantía institucional que incorpora el art. 41 CE ha sido y es su originaria y actual diversificación. Una característica que, con toda probabilidad, es resultado de la progresiva ampliación de su ámbito de cobertura o campo de aplicación, que ha transitado desde el limitado alcance que tenía el primigenio mecanismo de responsabilidad y de aseguramiento de la misma, fundamentalmente organizado

para cubrir los riesgos derivados del trabajo fabril, al de un modelo que pretende erigirse en sistema de protección universal de las situaciones de necesidad de las personas que dependen de su actividad para subsistir y sufragar los gastos derivados de la multitud de eventualidades en que pueden verse inmersas a lo largo de su vida activa, y también después de poner fin a la misma. Y aunque, como también tiene dicho el Alto Tribunal en STS de 29 de enero de 1997 (Rec.2577/95) [ECLI:ES:TS:1997:517], el ámbito del Derecho del Trabajo y el campo de aplicación de la Seguridad Social no son idénticos ni coextensos, ambos comparten esa característica tan interesante de haber sido capaces de expandirse e integrar a colectivos tremendamente dispares, a costa de esa elasticidad y esa facultad de diversificar su protección.

Una segunda reflexión que provoca el RETA es la de ser expresión de síntesis de otra deriva más reciente del sistema que es la tendencia a la simplificación, la racionalización y la convergencia. De hecho, se ha predicado del RETA que se ha convertido en el segundo eje vertebrador, junto con el RGSS, de un largo y complejo proceso orientado a lograr esas metas¹. Sin perjuicio de que conserve, al mismo tiempo, algunas singularidades, no sólo en el

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

¹ J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, R. QUESADA SEGURA y J. A. MALDONADO MOLINA, *Manual de Seguridad Social, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p.537.*

alcance cuantitativo de las prestaciones, sino en la vertiente organizativa y de gestión.

Por otro lado —y ya vamos entrando en la materia que compete a este breve estudio de síntesis jurisprudencial—, ese proceso de convergencia al que hace un momento se aludía², no ha sido ni mucho menos ágil y sencillo, sino que se ha ido produciendo lenta y trabajosamente a lo largo de los años, de ahí que buena parte de los debates, interrogantes y líneas doctrinales a las que aquí se hará alusión hayan podido resultar de las ingentes y sucesivas modificaciones legislativas; y, a la vez, hayan podido perder cierta actualidad, aunque conserven interés para tener una perspectiva evolutiva o diacrónica del propio RETA. Desde este punto de vista es conveniente advertir que, en no pocas ocasiones, los problemas y cuestiones litigiosas que la Sala Cuarta del TS resuelve tienen que ver con la aplicación en el tiempo de esas nuevas reglas, y con la necesidad de solventar las frecuentes y complejas situaciones de inseguridad a que ello ha podido dar lugar.

Por concluir estas consideraciones iniciales, el análisis y conocimiento del RETA ha recobrado actualidad en los últimos años, como consecuencia de varios factores: el primero, la actualización normativa del trabajo autónomo cuyo hito más significativo —y con independencia de otras reformas y ajustes anteriores y posteriores de interés, a los que se hará alusión en el texto— podría ubicarse en la aprobación de la *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*. En segundo término, por la ingente actividad reguladora enmarcada en la promoción del eufemísticamente llamado “emprendimiento”, también cargada de medidas de fomento e incentivo al autoempleo, con proyección en el ámbito de la protección social de los trabajadores autónomos, cuya expresión más significativa se encuentra en la *Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*. Y, en fin, sólo de manera indirecta, pero muy intensa, por la vitalidad con que ha resurgido y pasado de nuevo a un primer pla-

no el problema de las fronteras entre trabajo autónomo y dependiente.

Pero, tal y como expresa el título de este breve estudio, el objetivo que aquí se traza no es ni mucho menos un análisis de toda esa interesante evolución, sino algo mucho más modesto, que es el repaso de los hitos más relevantes de la jurisprudencia de los últimos quince o veinte años en relación con los elementos centrales o más problemáticos en términos de litigiosidad del RETA.

2. CAMPO DE APLICACIÓN Y ENCUADRAMIENTO EN EL RETA

Como es bien sabido, la estructura de nuestro sistema de Seguridad Social es diversa y plural, paradigma de lo cual es la existencia de un Régimen Especial, el RETA, que comprende en su campo de aplicación a los trabajadores autónomos. Pues bien, es fácil de comprender que a la delimitación de este último se traslade o extienda el problema mismo de la separación entre ese tipo de trabajo y el trabajo asalariado. De hecho, cuando el art. 2.1 del *Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos* define qué se entiende por trabajador autónomo —a los efectos de su inclusión en el RETA— lo hace por explícita referencia a la realización de una actividad económica a título lucrativo, de forma habitual, personal y directa, pero “sin sujeción a un contrato de trabajo”, se empleen o no, a su vez, trabajadores asalariados. Expresión que concuerda perfectamente con la que utiliza el art. 305 del actual *Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (TRLGSS 2015)³ cuando alude a que el autónomo realice su actividad “fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona”, que es la manera en que el art. 1.1 ET se refiere a la nota de dependencia o subordinación característica del trabajo asalariado.

Sin embargo, de todos los elementos o notas caracterizadoras de la actividad de los

² Como es fácil de adivinar, la convergencia se opera respecto del RGSS, que es el que opera como modelo normativo de protección.

³ Aprobado en virtud del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE 31 de octubre).

autónomos, la que más problemas interpretativos ha ocasionado, a los efectos de su consideración como sujetos comprendidos en el campo de aplicación del RETA, es la habitualidad. Al respecto de lo que se entiende por una dedicación habitual, y referido a uno de los colectivos que más litigiosidad provocó en su día —el de los subagentes de seguros—, desde la STS de 29 de octubre de 1997 (Rec.406/97) [ECLI:ES:TS:1997:6441] el Tribunal Supremo viene aceptando que se tome en consideración el importe de los ingresos obtenidos, y el hecho de que los mismos superen o no la cuantía del SMI vigente en cada momento. Esta solución es la que se considera más fiable y más fácilmente mensurable, desde luego más fácil que cuantificar el tiempo dedicado al desarrollo de la correspondiente actividad y ponderarlo en términos de constancia o continuidad, aunque ambas —tiempo y montante de ingresos— se encuentren estrechamente conectadas. No es indicativo, en cambio, el hecho de que los ingresos puedan tener un carácter más o menos regular, pues ello no desvirtúa el posible carácter esporádico de la actividad. Esta solución ha sido reiterada en otros muchos pronunciamientos posteriores, entre otros, en la STS de 25 de septiembre de 2002 (Rec.512/02) [ECLI: ES:TS:2002:6186]; o en la posterior de 20 de marzo de 2007 (Rec.5006/05) [ECLI: ES:TS:2007:2483]. En los que, por cierto, se suele resolver a la vez el problema de la eficacia en el tiempo del alta en el RETA.

El segundo colectivo que, con toda probabilidad⁴, ha requerido mayor actividad jurisdiccional para clarificar las numerosas dudas y vaivenes provocados con motivo de su encuadramiento en la Seguridad Social es el de los socios y administradores de las sociedades mercantiles de capital que a su vez prestan servicios en las mismas al tener atribuidas funciones de dirección y gerencia —consejeros activos o ejecutivos—; colectivo que, como se recordará, se separa o delimita respecto del personal de alta dirección en régimen laboral especial en atención al criterio de la “naturaleza del vínculo” que los une con

la entidad societaria, puesto que el elemento funcional no permite diferenciarlos [SSTS de 29 de septiembre de 1988, *caso Huarte* (ECLI: ES:TS:1988:6635; ECLI: ES:TS:1988:15517)]. Pues bien, su encuadramiento en la Seguridad Social es otro de esos asuntos que podríamos llamar “clásicos”. De hecho, sobre el mismo incidieron varias reformas sucesivas introducidas por otras tantas leyes de acompañamiento, ya desde los remotos finales de los noventa (Leyes 66/1997, de 30 de diciembre, 50/1998, de 30 de diciembre, y 55/1999, de 29 de diciembre), cuyo propósito era, justamente, el de acomodar la regulación contenida en la LGSS a los criterios que la jurisprudencia de esa época había ido decantando y consolidando⁵. En resumidas cuentas, lo que desde la STS de 4 de junio de 1996 (Rec.3684/95) [ECLI: ES:TS:1996:3408]⁶ se contribuye a clarificar es que quienes realizan por cuenta de la sociedad funciones de alta gestión y dirección de carácter ejecutivo a cambio de una retribución en virtud de vinculación orgánica de naturaleza mercantil no cumplen la condición de trabajadores por cuenta propia, salvo que además ostenten una participación en el capital social suficiente como para resultar decisiva para la conformación de la voluntad societaria y ejercer el control sobre la entidad, en cuyo caso sí encajarían en la noción de trabajador por cuenta propia que delimitan las normas sobre campo de aplicación del RETA⁷. En caso contrario, su correcto encuadramiento es en el RGSS, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Este criterio también se va a reiterar después en numerosas sentencias⁸.

⁵ Me ocupé en su día de ello en C. MARTÍNEZ MORENO, “El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital”, *Derecho de los Negocios n°89, 1998, pp.1-12*.

⁶ De la que fue ponente el recordado Rafael Martínez Emperador.

⁷ En la actualidad, este colectivo se encuentra expresamente comprendido en el campo de aplicación del RETA por mor del art. 305.2 b) TRLGSS, que recoge lo que previamente verificó la Disp. Ad. 27ª del Texto refundido de 1994; así como el art.1.2 c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

⁸ Entre otras, las SSTS de 6 de junio de 1996 (Rec. 2916/95), 12 de junio de 1996 (Rec.2407/95), 29 de enero de 1997 (Rec.2577/95), 30 de enero de 1997 (Rec.292/95), 4 de marzo de 1997 (Rec.2577/96), 26 de enero de 1998 (Rec.3181/97), 5 de febrero de 1998 (Rec.2728/97), 7 de julio de 1999 (Rec.3610/98) y 15 de junio de 2000 (Rec.4287/99).

⁴ Sin menosprecio del relativo a los profesionales colegiados, respecto del que, en cambio, no hemos localizado jurisprudencia reseñable.

3. LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO A LAS PRESTACIONES POR EL AUTÓNOMO: EN PARTICULAR, SOBRE LA OBLIGACIÓN DE ESTAR AL CORRIENTE

Para causar derecho a las prestaciones los trabajadores autónomos deben acreditar, además del resto de los requisitos comúnmente exigidos (alta o situación asimilada y carencia), el de encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones (art. 28 Decreto 1530/1970, en concordancia con lo dispuesto en el art. 47 TRLGSS)⁹. Pues bien, la jurisprudencia del TS ha incidido en varios relevantes aspectos de este presupuesto, a los que a continuación se hará referencia.

3.1. Obligación de estar al corriente en el RETA y situación de pluriactividad

Por de pronto, una de las líneas interpretativas que corrige o precisa el alcance de esta exigencia la encontramos en las SSTs de 16 de enero y de 22 de noviembre de 2001 (Rec.1733/00 y 1078/01) [ECLI:ES:TS:2001:130; ECLI:ES:TS:2001:9147], según las cuales, el estar o no al corriente del pago de cuotas en el RETA no puede condicionar la percepción de una prestación reconocida por un Régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena, si en el mismo se cumplen los requisitos y presupuestos necesarios para causar derecho a tal prestación.

3.2. Efectos del aplazamiento sobre la exigencia de estar al corriente

Una segunda cuestión sobre la que la jurisprudencia ha influido también de modo decisivo es la relativa a las consecuencias o repercusiones que sobre el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas tiene el aplazamiento del mismo. En concreto, y puesto que efectivamente el aplazamiento concedido por la TGSS permite considerar al sujeto responsable de su abono al corriente de

sus obligaciones con la Seguridad Social¹⁰, lo que el TS determina, entre otras, en las SSTs de 12 de julio de 2002 (Rec.3502/01) [ECLI:ES:TS:2002:5236] y 23 de diciembre de 2002 (Rec.454/02) [ECLI:ES:TS:2002:8770], es que las cotizaciones cuyo pago se había aplazado resultaban computables para la determinación del período de carencia necesario para el devengo de las prestaciones de viudedad e incapacidad permanente, respectivamente; siempre que se diesen dos condiciones: 1ª) que el aplazamiento se hubiese concedido antes de sobrevenir el hecho causante; y 2ª) que el sujeto estuviera cumpliendo los compromisos adquiridos en cuanto al tiempo y forma de pago de esas cuotas; y sin perjuicio de que las cuotas aplazadas y debidas pudieran ser objeto de compensación con la prestación reconocida.

La repercusión que el aplazamiento tiene sobre el devengo de las prestaciones se observa de nuevo en la STS de 10 de marzo de 2011 (Rec.2656/10) [ECLI:ES:TS:2011:2472]¹¹, cuya doctrina reitera la STS de 4 de octubre de 2012 (Rec.4073/11) [ECLI:ES:TS:2012:6861]. Se trataba en ambos casos de trabajadores a quienes se había concedido el aplazamiento del pago de las cotizaciones cuando solicitaron la pensión de jubilación en el RETA, por lo que debían de considerarse al corriente en el pago de las cuotas en el momento del hecho causante. Pero se da la circunstancia de que luego se incumplió la obligación del abono de los pagos en tiempo, por lo que se les suspendió la percepción de la pensión hasta el saldo de la deuda. La Sala considera, en cambio, que no procedía la suspensión, que no está prevista legalmente, además de que una cosa es que se pueda reanudar el procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías para el pago de las cuotas, y otra bien distinta que se desactiven los efectos del aplazamiento concedido ya antes del hecho causante sobre la

¹⁰ Así lo contemplaba el art. 42.3.b) RD 1637/1995, de 6 de octubre (vigente en el momento en que se dictan los pronunciamientos de referencia), y el actual art. 31.3 RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

¹¹ Un comentario a la misma en M^a L. GARCÍA PARECES, "Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: pensión de jubilación. Incumplimiento del pago aplazado de cuotas (Comentario a la STS, Sala 4ª, de 10 de marzo de 2011", A.L. nº15, 2011.

⁹ A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO, La Seguridad Social de los trabajadores autónomos, *Lex Nova, Valladolid, 2004*, pp.212 y ss.

oportuna acción protectora. Se trataría de un efecto retroactivo no autorizado por la norma.

Esta jurisprudencia, sin embargo, quedó desactivada al establecerse por la Disp. Final Séptima 6 de la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social* que el incumplimiento de los plazos y condiciones de pago aplazado por el sujeto responsable determinaría la pérdida de su condición de encontrarse al corriente y la consecuente suspensión de la prestación.

Por otra parte, una jurisprudencia más reciente solventa o aclara la vertiente negativa del problema, reafirmando de manera indubitada que en el caso de que el aplazamiento fuese posterior al hecho causante no podría producirse el efecto de considerar al interesado al corriente a los efectos de poder devengar la prestación de que se trate, ni podrían las cotizaciones aplazadas contribuir a completar el período de carencia exigido. Es contundente en este sentido la STS de 22 de junio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:3230].

3.3. La “invitación al pago”

El tercer asunto sobre el que merece la pena detenerse, muy clara y directamente relacionado con lo que se acaba de exponer, es el que versa sobre el modo de actuar del mecanismo denominado de “invitación al pago” (art. 28.2 Decreto 2530/1970); y que consiste, básicamente, en que reunido el requisito de la carencia, pero existiendo una deuda por cuotas, la Entidad Gestora deberá otorgar al interesado la posibilidad de ponerse al corriente en el pago, de modo que se pueda devengar y causar derecho a la correspondiente prestación económica. La doctrina ha explicado¹² que la invitación al pago se caracteriza por los siguientes rasgos: 1º) es una obligación que concierne a la entidad gestora correspondiente; 2º) opera únicamente en los casos en que se cumplan los periodos de carencia exigidos en cada supuesto, para cada prestación, en la fecha del hecho causante [STS de 29 de junio de

2016 (Rec.2700/14) [ECLI: ES:TS:2016:3212]; 3º) se encuentra sometida al plazo de 30 días, dentro de los cuales se reconocería la prestación con efectos de la fecha del hecho causante de la misma; 4º) transcurrido ese plazo, producirá sólo efectos parciales (si se tratase de una pensión, se percibiría desde el primer día del mes siguiente a aquel en que el sujeto se hubiese puesto al corriente; de tratarse de un subsidio o cantidad a tanto alzado, la prestación se percibiría desde la misma fecha, pero minorada en un 20 %).

La jurisprudencia, no obstante, había venido matizando que el mecanismo de la invitación al pago no era aplicable a cualesquiera prestaciones. Y así, en las SSTS de 24 de enero de 2006 (Rec.3691/04) [ECLI: ES:TS:2006:560] y 23 de mayo de 2006 (Rec.696/05) [ECLI: ES:TS:2006:3517] se había negado su aplicación a la IT. Sin embargo, esta doctrina dejó de ser aplicable a raíz de las modificaciones introducidas en la Disp. Ad. 39 LGSS por la *Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social*¹³, tal y como pone de relieve la STS de 10 de febrero de 2009 (Rec.1253/08) [ECLI: ES:TS:2009:3231], al recordar que ese cambio de marco normativo supuso la incorporación al mecanismo de invitación al pago de todas las prestaciones reconocidas en el RETA, incluida la IT, a la que expresamente alude el art.12 RD 1273/2003. El criterio se reitera en las SSTS de 22 de abril de 2009 (Rec.1327/08) [ECLI: ES:TS:2009:3341], 23 de julio de 2009 (Rec.3406/08) [ECLI:ES:TS:2009:5465] y 22 de septiembre de 2009 (Rec.4509/07) [ECLI: ES:TS:2009:6490].

Dicho sea de paso, la STS de 10 de febrero de 2009 (Rec.1253/08) [ECLI:ES:TS:2009:3231], a la que se acaba de hacer alusión, resulta de interés por un motivo adicional, habida cuenta que en ese caso se trataba de una trabajadora autónoma que había sufrido un accidente de trabajo, lo cual no exime en este régimen

¹² S. OLARTE ENCABO, “Reflexiones críticas sobre la invitación al pago. Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 2009”, *Temas Laborales n°102, 2010, p.226*.

¹³ Desarrollado por Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

de exigir para causar derecho a la prestación correspondiente a la IT el cumplimiento del requisito genérico de estar al corriente en el pago de las cuotas. Sin perjuicio de que pudiera entrar en juego el mecanismo de la invitación al pago.

Por su parte, en la STS de 2 de diciembre de 2008 (Rec.663/08) [ECLI: ES:TS:2008:7565]¹⁴ se decide que han de imputarse al pago de la deuda en el RETA las cantidades ingresadas tras la invitación al pago, a los efectos de causar derecho a pensión en dicho régimen (de jubilación en ese caso), pese a que el beneficiario tuviese otros descubiertos anteriores en el RGSS. El interesado tenía, efectivamente, descubiertos con la Seguridad Social, tanto en el RETA como en el RGSS en su condición de empresario, por lo que la TGSS había iniciado procedimiento de apremio, en el transcurso del cual el interesado abonó ciertas cantidades voluntariamente, que se imputaron por la referida entidad al pago de la deuda más antigua, la del RGSS, y sólo en el sobrante a la deuda por cuotas en el RETA, que no alcanzó para poder considerarle al corriente y causar derecho a la pensión. La Sala estima que la actuación de la Administración vulnera el principio de legítima confianza, además de carecer de fundamento condicionar el reconocimiento de una pensión en el RETA al abono de cuotas en otros regímenes¹⁵, procediendo aplicar lo dispuesto en el art. 28.2 Decreto 2530/1970, sobre invitación al pago y los efectos de este. Con posterioridad, esta doctrina se ha reiterado en la STS de 18 de febrero de 2014 (Rec.1099/13) [ECLI:ES:TS:2014:1372], que a su vez se remite a las 11 de marzo de 2013 (Rec.1756/12) [ECLI:ES:TS:2013:1690] y de 22 de noviembre de 2013 (Rec.2514/12) [ECLI: ES:TS:2013:5893].

El supuesto inverso se analiza en la STS de 26 de julio de 2011 (Rec.2088/10) [ECLI: ES:TS:2011:6121], donde el beneficiario solicita la pensión de IP Absoluta en el RGSS,

que le fue denegada por no hallarse al corriente en el pago de cotizaciones correspondientes a un período de alta en el RETA, entendiendo que había de activarse el mecanismo de la invitación al pago en este último. La Sala, sin embargo, entiende que teniendo cotizaciones suficientes para causar derecho a la pensión en el RGSS, y habiendo de causarse la prestación en dicho régimen por ser en el que el trabajador se encontraba de alta en ese momento, no es preciso el cómputo recíproco de cotizaciones y resulta irrelevante el descubierta en el RETA. Esta doctrina se reitera en las posteriores SSTS de 24 de enero de 2012 (Rec.895/11) [ECLI:ES:TS:2012:746], 21 de junio de 2012 (Rec.3823/11) [ECLI:ES:TS:2012:5364], 2 de julio de 2012 (Rec.3028/11) [ECLI:ES:TS:2012:5633] y 27 de abril de 2016 (Rec.1084/14) [ECLI:ES:TS:2016:2244].

La posible interacción entre los efectos del aplazamiento y la invitación al pago se encuentra en la STS de 22 de junio de 2016 (Rec.858/2015) [ECLI:ES:TS:2016:3230], donde se resuelve en el sentido de que, a los efectos de la acreditación del cumplimiento del periodo de carencia en el momento del hecho causante, el aplazamiento concedido por la TGSS —y que alcanza a las cotizaciones necesarias para cumplir el referido período— no surte efectos en orden a activar la puesta en práctica de la invitación al pago¹⁶.

Por fin, en relación con una eventual prescripción de las cuotas con posterioridad al hecho causante y a la invitación al pago, la Sala, en STS de 18 de julio de 2011 (Rec.2979/10) [ECLI:ES:TS:2011:5686], que reitera doctrina precedente, deniega que tal efecto pueda desplegarse una vez puesto en marcha el referido mecanismo y devengada la pensión. Lo contrario se prestaría fácilmente a la maniobra fraudulenta de dejar de pagar una vez logrado el objetivo de haber causado derecho a la prestación. La obligación de pago de las pertinentes cotizaciones pendientes, pues, se mantiene. Cosa distinta es que las cuotas es-

¹⁴ Véase M^a.L. GARCÍA PAREDES, "Régimen especial de trabajadores autónomos. Invitación al pago de las cuotas", A.L. n^o 6, marzo 2009.

¹⁵ El art. 29 LGSS, que se invoca, se refiere a la realización de un embargo o garantía, lo que aquí no acontecía, ya que se trataba de un pago voluntario.

¹⁶ J. A. PANIZO ROBLES [<https://www.laboral-social.com/jurisprudencia-reitera-doctrina-poder-reconocerse-prestacion-deudor-seguridad-social-acreditarse-fecha-hecho-causante-periodo-carencia-sin-aplazamiento-concedido-tras-dicha-fecha-salvar-condicionante.html>].

tuvieran ya prescritas en el momento de producirse el hecho causante.

3.4. La eficacia de las cuotas correspondientes a períodos anteriores al alta

La Disp. Ad. Novena de la LGSS 1994 atribuyó validez y eficacia, a los efectos de causar derecho a las prestaciones, a las cuotas correspondientes a períodos anteriores al alta en el RETA, siempre que las mismas hubieran sido ingresadas por el beneficiario, en su caso, con los oportunos recargos. Sin embargo, la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*¹⁷, añadió un último inciso a aquella disposición para limitar tal efecto a las altas formalizadas a partir del primero de enero de 1994.

El TS ha excluido, por tanto, que dichas cotizaciones puedan generar derecho a prestaciones en los casos en que el alta se haya producido antes de la indicada fecha, como ocurre en el supuesto sobre el que versa la STS de 20 de enero de 2015 (Rec.558/14) [ECLI:ES:TS:2015:445], que remite a la doctrina contenida en tal sentido en las SSTS de 27 de marzo de 2001 (Rec.3075/00) [ECLI:ES:TS:2001:2563] y 21 de noviembre de 2001 (Rec.552/01) [ECLI:ES:TS:2001:9075].

4. EL PROBLEMA DE LOS “DÍAS CUOTA”

Como recuerda la Sala en SSTS de 1 de febrero de 2013 (Rec.812/12) [ECLI:ES:TS:2013:832] y 2 de julio de 2014 (Rec.269/13) [ECLI:ES:TS:2014:3466], la doctrina de los “días-cuota” es de creación jurisprudencial, y se origina en la STS de 10 de junio de 1974, dictada en interés de ley. En ese momento inicial, referida estrictamente al cómputo de las cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias para la determinación del período de carencia necesario para acceder a las pensiones de jubilación y de invalidez permanente. Luego, la doctrina posterior aclaró si además de para la carencia, los

días-cuota habrían de computarse o no para el cálculo de la base reguladora y el porcentaje aplicable por años de cotización para la fijación de la cuantía de la pensión. Y así, en la STS de 24 de enero de 1995 (Rec.735/94) [ECLI:ES:TS:1995:241] se resolvió en sentido negativo el interrogante sobre la contabilización de esas cotizaciones a los efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de una pensión de jubilación en el RGSS, habida cuenta que las pagas extras, al prorratearse en los doce meses de cotización¹⁸, ya se computan para el cálculo de la base reguladora. Volver a tener en cuenta esas cotizaciones para la determinación del porcentaje sería incurrir en un injustificado doble cómputo.

Poco más tarde, en SSTS de 4 de julio de 1995 (Rec.959/94) [ECLI:ES:TS:1995:3938] y 27 de enero de 1998 (Rec.2145/97) [ECLI:ES:TS:1998:440], se sigue esa misma doctrina respecto de la pensión de jubilación en el RETA. La razón de fondo, se dice, es que la finalidad perseguida al fijarse ese porcentaje es que exista una proporción entre la cuantía de la pensión de jubilación y el tiempo real de trabajo y cotización; y los días-cuota no se corresponden exactamente con tiempo “real”, por lo que computarlos para fijar el aludido porcentaje rompería la pretendida proporción. Argumento que se suma a otros dos, específicamente referidos al trabajo autónomo, y es que en el caso de los trabajadores autónomos no hay percepción de pagas extraordinarias; y que la Disp. Ad. Primera de la *Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social*, que equiparó la forma de calcular las pensiones de jubilación e invalidez de los distintos regímenes de la Seguridad Social a partir del primero de enero de 1986, preveía de forma expresa que el cálculo se realizara únicamente en función de los años efectivamente cotizados por el beneficiario. Por consiguiente, a los trabajadores autónomos se aplica la misma doctrina que en el RGSS y se toman en consideración

¹⁸ De conformidad con el art. 23 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

¹⁷ En concreto, en virtud de su Disp. Ad. 2.

los días-cuota sólo a los efectos de completar el período de carencia [STS de 5 de octubre de 2006 (Rec.3201/05) [ECLI: ES:TS:2006:7907], con cita de otras anteriores. En este mismo sentido, pero en relación con un supuesto en el que se combina la doctrina de los días-cuota con las reglas sobre el cómputo recíproco de cotizaciones¹⁹, puede verse la STS de 17 de octubre de 2011 (Rec. 4610/2010) [ECLI: ES:TS:2011:7966], reiterando igualmente doctrina anterior²⁰.

Mientras que en la STS de 27 de octubre de 2009 (Rec.311/09) [ECLI: ES:TS:2009:8100] la doctrina de los días-cuota se proyecta sobre la regla “prorrata temporis” derivada de la aplicación de la normativa contenida en el Reglamento 1408/71. La trabajadora, que pretendía acceder a una prestación de IP, reunía ya en Suiza suficientes cotizaciones para cubrir el período de carencia, por lo que no hubieron de ser tenidos en cuenta los días-cuota. La Sala razona que esas cotizaciones tampoco tendrían eficacia para el cálculo de la prorrata correspondiente a la entidad española.

Por su parte, la STS de 27 de octubre de 2009 (Rec.311/09) [ECLI: ES:TS:2009:8100] considera inaplicable la doctrina de los días-cuota a los períodos en que no haya habido obligación de cotizar, aunque los mismos hayan de tenerse en cuenta a los efectos de completar el período de carencia de la Incapacidad Permanente [entre otras, STS de 28 de mayo de 2003 (Rec.4120/02) [ECLI: ES:TS:2003:3614].

Por fin, la citada STS de 2 de julio de 2014 (Rec.269/13) [ECLI: ES:TS:2014:3466], aclara asimismo que tras la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* para la jubilación contributiva se suprimió la posibilidad de aplicar la doctrina de los días-cuota a efectos de carencia²¹, al

¹⁹ C. MARTÍNEZ MORENO, “La pensión de jubilación con cómputo recíproco de cotizaciones”, en Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación (coord. L. LÓPEZ CUMBRE), Iustel, Madrid, 2007.

²⁰ Contenida, entre otras, en SSTs de 24 de enero de 1995 (Rec.735/94), 4 de julio de 1995 (Rec.959/94) y 21 de septiembre de 2006 (Rec.3506/05).

²¹ Medida que ya había adoptado la Ley 35/2002, de 12 de

computarse para acreditar el período mínimo de cotización necesario para poder acceder a la pensión sólo días efectivos de cotización [art. 161.1 b) LGSS]. La aplicación paulatina de esta modificación fue dejada sin efecto por la Disp. Derogatoria única 1.a del *RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas para la reducción del déficit público*. Sin embargo, la Sala acoge lo que “obiter dicta” razonaba la STS de 25 de junio de 2008 (Rec.2502/07) [ECLI: ES:TS:2008:5085] a propósito de la repercusión de la Ley 40/2007 sobre la doctrina relativa a los días-cuota, que ha de circunscribirse a la pensión de jubilación pero que seguirá plenamente vigente para la determinación del período de carencia de las prestaciones de IP derivada de enfermedad común.

5. CUESTIONES RELATIVAS A LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

5.1. El requisito del alta para causar derecho a la prestación

Conforme a los arts. 124, 128 y 130 LGSS 1994 (aplicable en el momento en que se dicta la sentencia a la que seguidamente se aludirá), y al art. 28.1 Decreto 2530/1970, para causar derecho a la prestación de IT es necesario que el trabajador se encuentre en situación de alta o asimilada en el momento de sobrevenir el hecho causante, en su caso, en cada episodio de incapacidad. De todos modos, la STS de 16 de julio de 2012 (Rec.3027/11) [ECLI: ES:TS:2012:5917], recuerda que el criterio ha sido rectificado por la STS de 1 de abril de 2009 (Rec.516/08) [ECLI: ES:TS:2009:3238] y posterior STS de 24 de noviembre de 2009 (Rec.1031/09) [ECLI: ES:TS:2009:8450], que, de modo resumido, diferencian las siguientes situaciones: 1º “recaída” de un proceso de IT (baja por la misma o similar enfermedad, sin haber agotado la duración máxima de la IT, y sin haber completado seis meses de actividad entre una y otra baja); 2º “recidiva” de la IT (nuevas bajas por la misma enfermedad,

julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, respecto de la jubilación anticipada [art.161.3 d) LGSS].

pero habiendo agotado el período máximo del subsidio inicial o anterior); y 3º) nuevas bajas por distinta patología, cualquiera que sea el tiempo en que se produzcan. Pues bien, mientras que para las dos últimas, los arts.130 y 131 bis LGSS 1994 resulta exigible reunir los requisitos para causar derecho al subsidio, para el caso de la “recaída” ha de aplicarse la doctrina sentada en la STS de 5 de julio de 2000 (Rec.4415/99) que los considera un período único, por lo que los requisitos deberán reunirse en el momento de la baja inicial. Afirmaciones que se llevan a cabo con alcance general, para los diversos regímenes de la Seguridad Social. Por consiguiente, en el caso concreto, tratándose de una nueva baja médica, por el mismo proceso patológico, iniciada sin solución de continuidad tras el alta médica y sin haberse agotado el período máximo de IT del primer proceso, se cumplen todos los requisitos legales para generar derecho a la correspondiente prestación.

En otro orden de cosas, frente a la regla general de que el alta en el RETA retrotrae sus efectos —en cuanto a la obligación de cotizar y al derecho a la acción protectora— al día primero del mes natural en que concurran en la persona las condiciones determinantes para su inclusión en el campo de aplicación de dicho régimen, la STS de 30 de abril de 2007 (Rec.4985/05) [ECLI: ES:TS:2007:2331] considera que existe una regla especial aplicable a la prestación de IT, que sólo surtirá efectos desde el alta.

La posterior STS de 12 de abril de 2010 (Rec.1150/09) [ECLI: ES:TS:2010:2097] aplica esta doctrina respecto de un accidente laboral ocurrido en fecha anterior al alta del trabajador en el RETA. Se trata de un trabajador de la construcción que sufrió un traumatismo en el ojo izquierdo mientras trabajaba, justo el día antes de proceder a darse de alta, causando por ello situación de IT que se prolongó unos meses, habiendo la Mutua asumido el abono del subsidio correspondiente. Es precisamente esta última entidad la que discute su propia responsabilidad sobre la base del alta extemporánea, y reclama al trabajador la devolución del importe de la prestación percibida, pretensión que prosperó en suplicación. Interpuesto recurso de casación unificadora por el trabajador, la Sala lo

desestima, invocando la doctrina ya unificada contenida en la aludida STS de 30 de abril de 2007 (Rec.4895/05) [ECLI: ES:TS:2007:2331].

5.2. Declaración sobre la persona que gestiona el negocio durante la baja del autónomo

El *RD 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994* dispuso²² que los autónomos que se encontrasen en situación de ILT vendrían obligados a presentar, en la forma y con la periodicidad que determinase el INSS, una declaración sobre la persona que gestionase directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que aquellos fueran titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad. Dicha declaración era considerada documento preceptivo para el reconocimiento del derecho a la correspondiente prestación económica; mientras que su falta de presentación daría origen a la suspensión cautelar del percibo de la misma (de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.3 LISOS). Al respecto, la STS de 2 de diciembre de 2005 (Rec.4009/ [ECLI: ES:TS:2005:7898] consideró que, estando vigente la referida normativa, la falta de presentación de la aludida declaración, una vez concluida la situación de IT (que acababa de sustituir a la ILT), no podía afectar a la prestación ya percibida.

5.3. Compatibilidad de alta y simultánea baja por IT en casos de pluriactividad

El art. 132.1 b) LGSS 1994 [actual art. 175 b) TRLGSS] preveía —como lo hace el precepto actualmente vigente— la pérdida o suspensión del derecho al subsidio de IT en casos de realización de trabajos por cuenta propia o ajena. Pero en los casos de pluriactividad, cuando el beneficiario realizaba actividades que daban lugar al encuadramiento en el RGSS (u otro de trabajadores por cuenta ajena) y en el RETA de manera simultánea, no necesariamente la incapacidad para desarrollar un tipo de funciones tenía por qué tener repercusión en la otra clase de activi-

²² En su Disp. Ad.10º.

dad. Todo dependía de la conexión entre las dolencias y limitaciones funcionales padecidas, y de su eventual dispar repercusión en una u otra dedicación. Y así, ya en la STS de 19 de febrero de 2002 (Rec.2127/01) [ECLI: ES:TS:2002:9400] se había decidido que un agrario por cuenta propia en situación de IT en el RETA por una hernia discal, podía seguir realizando un trabajo por cuenta ajena como auxiliar administrativo a tiempo parcial. Poco después, en la STS de 7 de abril de 2004 (Rec.1508/03), la Sala vuelve a analizar un supuesto similar, llegando a la conclusión de que es compatible el derecho al subsidio de IT en el RGSS derivado de un cuadro degenerativo lumbar de un asistente social con el mantenimiento simultáneo de alta en el RETA como administrador societario. Máxime, habida cuenta que no se acreditó que durante ese tiempo de baja hubiera desarrollado efectivamente las funciones inherentes a dicha condición. El simple mantenimiento del alta en el RETA no implica que haya de necesariamente presumirse la continuidad en el trabajo por cuenta propia.

En sentido similar, las SSTs de 30 de enero de 2008 (Rec.480/07) [ECLI: ES:TS:2008:1849], 14 de julio de 2010 (Rec.3531/09) [ECLI: ES:TS:2010:4429] y 19 de marzo de 2013 (Rec.2022/12) [ECLI: ES:TS:2013:1699] consideran compatible la percepción de una prestación por IP Total para la profesión de dependiente, con posterior declaración de una IP Absoluta, con el alta en el RETA como administrador de una sociedad mercantil. Aquí apoyado sobre el argumento del reconocimiento del derecho al trabajo del art. 35 CE, también para quien se encuentre en situación de incapacidad, dado que lo contrario podría implicar la desmotivación de la persona incapacitada para procurar su reinserción social o laboral.

5.4. Las bases de cotización durante la IT

Es seguramente conocido que en el RETA es el trabajador quien, dentro de unos márgenes, elige a voluntad sus bases de cotización²³. Pues bien, lo que el TS precisa en la

²³ Con el anuncio pendiente de cumplimiento por el Gobierno de sustituir ese sistema por otro de cotización en función de los ingresos reales.

STS de 27 de febrero de 2012 (Rec.1563/11) [ECLI: ES:TS:2012:1820] es que, pese a ello, no es posible incrementar voluntariamente las bases de cotización al RETA durante la IT con el presumible propósito de que la base reguladora de una eventual IP sucesiva resulte más elevada; lo que, sin embargo, sí es posible en el momento anterior a la baja. Lo contrario, aceptar ese incremento “estratégicamente calculado” habiéndose declarado ya la IT iría en contra del principio contributivo que informa el sistema de Seguridad Social.

6. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD DE LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS

La protección de las personas comprendidas en el campo de aplicación del RETA por las contingencias de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural han tendido desde la Ley 42/1994 a asimilarse a las del RGSS, muy especialmente a raíz de la *LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*. Habiendo sido mejoradas asimismo en la Ley 6/2007, de 24 de octubre.

La doctrina del TS ha contribuido, por otra parte, a clarificar algunos aspectos específicos de esta protección, como el que se refiere al acceso a la prestación por maternidad de una trabajadora que, estando en situación de IT, causó baja en el RETA, y al día siguiente del alta médica, antes del transcurso de noventa días, solicita el subsidio de maternidad. La STS de 5 de diciembre de 2008 (Rec.2836/07) [ECLI: ES:TS:2008:7474], reiterando doctrina contenida en las SSTs de 26 de enero de 2005 (Rec.3499/03) [ECLI: ES:TS:2005:336] y de 29 de abril de 2002 (Rec.2078/01) [ECLI: ES:TS:2002:9200], entiende que el hecho de que en el RGSS no se regule una situación de asimilación al alta durante los 90 días posteriores a la baja –como sí ocurre en el RETA– no impide aplicar este específico supuesto a la maternidad en este último régimen.

Lo mismo ha resuelto la STS de 10 de junio de 2014 (Rec.2546/13) [ECLI: ES:TS:2014:3039], en la que se rechaza la argumentación en contrario del INSS, apoyada en que el art. 4 RD

295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural contiene una cláusula cerrada de situaciones asimiladas al alta entre las que no se incluye la expuesta. La Sala considera que sigue resultando aplicable la referida regla de considerar asimilada al alta a los efectos de causar derecho a las prestaciones por maternidad la previa baja en el RETA por cese de actividad, durante el período de gracia de los 90 días siguientes. Debe primar la norma especial del RETA (el art. 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto y el art. 36.1.15 del RD 94/1996, de 26 de enero) sobre la general (RD 295/2009, de 6 de marzo).

En la misma línea, la STS de 10 de febrero de 2015 (Rec.25/14) [ECLI:ES:TS:2015:708], a propósito de una trabajadora que, mientras disfrutaba de una excedencia por cuidado de su quinto hijo, se dio de alta en el RETA para ejercer una actividad que le permitía combinar su trabajo con el cuidado del menor. Y al nacer su sexto hijo solicita la prestación por maternidad, que le fue denegada en el RGSS por falta de alta, pero reconocida en el RETA. La Sala considera que procede el reconocimiento de la prestación en el RGSS.

7. LA INCAPACIDAD PERMANENTE

7.1. Fecha de efectos del reconocimiento de la incapacidad

En el caso de los trabajadores afiliados al RETA se suele suscitar la duda de cuál es la fecha de efectos del reconocimiento de una IP, si la persona ha seguido dada de alta en dicho régimen, pero no hay constancia de que haya seguido realizando actividad alguna. En este sentido, la STS de 23 de julio de 2015 (Rec.2034/14) [ECLI:ES:TS:2015:4358] considera que la fecha de efectos deberá ser la del dictamen propuesta del EVI²⁴. Máxime te-

niendo en cuenta que el art. 141.1 LGSS 1994 permite compaginar la IP Total y un trabajo que no sea incompatible. En idéntico sentido, la STS de 4 de mayo de 2016 (Rec.1848/14) [ECLI:ES:TS:2016:2226], que añade que, salvo en casos de conductas fraudulentas que deberán ser pertinentemente acreditadas, el simple mantenimiento de la afiliación y la cotización —en ese caso, al Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios integrado en el RETA tras la Ley 18/2007, de 4 de julio—, no puede dar lugar a que se presuma la realización de la actividad autónoma, ni que esta proporcione al asegurado recursos económicos suficientes para su subsistencia. La solución se ha reiterado de nuevo en la STS de 22 de junio de 2016 (Rec.353/15) [ECLI:ES:TS:2016:3863], que vuelve a fijar la fecha de efectos del hecho causante de la incapacidad en la fecha del dictamen del EVI.

En la posterior STS de 21 de julio de 2016 (Rec.3885/14) [ECLI:ES:TS:2016:4031] se añade que será el INSS la entidad a quien corresponda acreditar, en su caso, que la persona obtuvo rentas suficientes que pudieran resultar incompatibles con la prestación de IP; información que puede fácilmente obtenerse a través de los datos fiscales de la interesada.

7.2. La integración de lagunas

La STS de 11 de octubre de 2004 (Rec.5086/03) [ECLI:ES:TS:2004:6345] establece que a los trabajadores autónomos beneficiarios de la prestación de incapacidad permanente en su modalidad contributiva no se les aplica la doctrina del paréntesis relativa a la forma de determinar la base reguladora de la prestación cuando ha habido períodos de tiempo sin obligación de cotizar (como era el caso de la Invalidez Provisional)²⁵. En aplicación de esa doctrina se estableció la regla del apartado 4 del art. 140 LGSS 1994, precepto al que no remite ni alude la Disp. Adicional Octava de dicha ley en relación con el RETA, que únicamente remite a los apartados 1,2 y 3 del referido art. 140 LGSS 1994. De modo que la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir por 112 las bases de

²⁴ En interpretación de lo dispuesto en el art.6.3 RD 1300/1995, de 21 de julio, y los arts. 13 y 18 de la Orden de 18 de enero de 1996.

²⁵ Doctrina establecida por el Pleno de la Sala en STS de 7 de febrero de 2000 (Rec.109/99)

cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante. Este mismo criterio, contrario a que para la determinación de la base reguladora de una IP Absoluta de un trabajador autónomo se puedan integrar con las bases mínimas las lagunas correspondientes al período de IT en que no hubo obligación de cotizar (art. 140.4 LGSS 1994) se contiene en la STS de 24 de enero de 2011 (Rec.1394/10) [ECLI:ES:TS:2011:318]. Y referida a un supuesto en que se aplican asimismo las reglas sobre el cómputo recíproco de cotizaciones, la STS de 30 de marzo de 2006 (Rec.1120/05) [ECLI:ES:TS:2006:2816], que considera que al causar derecho a la pensión de IP en el RETA, que es el régimen donde el sujeto protegido se encontraba de alta en el momento del hecho causante y donde reúne todos los requisitos para el devengo de la prestación, no pueden resultar de aplicación las reglas sobre la integración de lagunas para la determinación de la base reguladora propias del RGSS.

Conforme señala la STS de 12 de marzo de 2013 (Rec.1627/12) [ECLI:ES:TS:2013:1500], para causar derecho a la pensión de IP Absoluta en el RETA no es preciso encontrarse en situación de alta o asimilada, pues se aplica lo dispuesto en el art. 138.3 LGSS 1994, siempre que se reúna el requisito de carencia que ese mismo precepto establece; y ello por cuanto la Disp. Ad. Octava de la LGSS en redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, extendió la aplicación del referido art. 138 LGSS 1994 a todos los regímenes especiales, incluido el RETA.

7.3. La particularidad de la incapacidad permanente parcial

La incompleta acción protectora del RETA ha ido progresiva aunque dificultosamente convergiendo con la del RGSS²⁶, de manera que se puede decir que los trabajadores autónomos disfrutaban en la actualidad de prácticamente la misma cobertura —al menos desde el punto de vista objetivo o material— que el sistema proporciona a los trabajadores por

cuenta ajena. Esta sólo parcial convergencia afecta, entre otras prestaciones, a la de Incapacidad Permanente Parcial derivada de enfermedad común, que sigue sin estar cubierta, como recuerda una constante doctrina de la Sala Cuarta del TS [SSTS de 15 de enero de 2005 (Rec.1137/04); de 28 de febrero de 2007 (Rec.3219/05) [ECLI:ES:TS:2007:2626]; 19 de septiembre de 2007 (Rec.3488/06) [ECLI:ES:TS:2007:6519]; de 29 de marzo de 2016 (Rec.3756/14) [ECLI:ES:TS:2016:1753]; de 18 de octubre de 2016 (Rec.2367/15) [ECLI:ES:TS:2017:4794]; o de 22 de marzo de 2017 (Rec.3757/15) [ECLI:ES:TS:2017:1427].

Y ello porque la ampliación llevada a cabo por la Disp. Ad. 34^a LGSS 1994²⁷, introducida en virtud de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social permitió a los autónomos mejorar voluntariamente su acción protectora, ampliándola estrictamente a las contingencias profesionales, y siempre que hubiesen cubierto la IT por contingencias comunes. Por otro lado, tampoco alcanza al RETA lo dispuesto en el art. 137.1 LGSS 1994, en redacción dada por Ley 24/1997 de 15 de julio, que entre los diversos grados de incapacidad incluye la parcial, puesto que el mismo no está incluido en la Disp. Ad. Octava 1 LGSS que enumera los preceptos que serán de aplicación a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social.

Y en cuanto al grado de limitación exigido para causar derecho a la prestación de IP Parcial por contingencias profesionales, la Sala considera igualmente que ha de aplicarse la norma especial, esto es, el art. 4.2 RD 1273/2003²⁸, que exige un porcentaje del 50 %, en lugar del 33 % que exige la normativa aplicable al RGSS (art. 137.3 LGSS 1994) [STS de 18 de octubre de 2016 (Rec.2367/15) [ECLI:ES:TS:2017:4794], cuyo criterio y so-

²⁷ Cuyo desarrollo reglamentario se produjo en el RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, cuyo art.4.2 incluye en la acción protectora la IP.

²⁸ Véase nota anterior.

²⁶ J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, R. QUESADA SEGURA y J. A. MALDONADO MOLINA, Manual de Seguridad Social, cit., p.537.

lución reitera la de 22 de marzo de 2017 (Rec.3757/15) [ECLI:ES:TS:2017:1427].

En relación con los efectos temporales de dicha ampliación de la cobertura de los autónomos a las contingencias profesionales, la STS de 26 de enero de 2006 (Rec.4110/04) [ECLI: ES:TS:2006:1296] considera, respecto de una prestación causada con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley 53/2002, que no cabe establecer la distinción del origen del accidente, si lo fue de trabajo o no, por cuanto en ese momento no existía en el RETA la cobertura de las contingencias profesionales.

7.4. La incapacidad permanente total cualificada

Como ya se ha repetido en varias ocasiones, la Ley 53/2002 amplió la protección de los trabajadores comprendidos en el RETA, entre otras, a la contingencia de IP Total cualificada, procediéndose vía reglamentaria²⁹ a introducir en el art. 38.1 RD 2530/1970, de 20 de agosto, un tercer apartado donde se contemplaba la posibilidad de incrementar en un 20 % la base reguladora tenida en cuenta para determinar la cuantía de la pensión, cuando el pensionista tuviese una edad igual o superior a los 55 años (si la edad fuera inferior, el incremento se aplicaría desde el primer día del mes siguiente a aquel en el que trabajador cumpliera esa edad), y siempre que el pensionista no ejerciese una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que diera lugar a su inclusión en cualquiera de los dos regímenes de la Seguridad Social, ni ostentase la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

La Sala Cuarta del TS ha contribuido desde entonces a clarificar, entre otras cosas, que para acreditar ese último requisito consistente en no ser titular del establecimiento

o explotación en el que se desarrollaba la actividad con anterioridad a la declaración de la incapacidad no es suficiente la baja formal en el RETA y en el IAE. Puede verse, en tal sentido, la STS de 15 de julio de 2015 (Rec.2204/14) [ECLI:ES:TS:2015:3962]. Se trataba de una trabajadora afiliada al RETA que tras haber sido intervenida de un carcinoma solicitó el reconocimiento de una IP, habiéndose reconocido en suplicación la correspondiente prestación pero sin el incremento del 20 % solicitado, pese a ser mayor de 55 años. La Sala que dirime el recurso de casación unificadora llega a la conclusión, efectivamente, de que no basta el mero dato formal de la baja en el RETA y en el IAE para acreditar que se cumple el requisito de haber dejado de ostentar la titularidad del establecimiento que regentaba con anterioridad y donde trabajaba como cocinera. Hubiera sido preciso que la interesada hubiera realizado otro tipo de actividad pro-batoria.

Idéntica solución se alcanza en la STS de 5 de julio de 2016 (Rec.379/15) [ECLI:ES:TS:2016:4395], referida a un autónomo agrícola del RETA que era propietario de varias fincas que arrendó a sus hijos; y en la STS de 16 de febrero de 2017 (Rec.2535/15) [ECLI:ES:TS:2017:1010], que insiste además en que es el propio interesado el que habrá de justificar la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma para poder obtener el incremento del 20 % de la prestación, en especial, por lo que en ese caso se dirimía, el del abandono de la titularidad del establecimiento, explotación o negocio.

En cuanto a la aplicación en el tiempo de esa ampliación de la cobertura de los autónomos, el incremento de la pensión únicamente sería de aplicación a situaciones de IP declaradas a partir del primero de enero de 2003³⁰ [Vid. STS de 15 de marzo de 2005 (Rec.618/04) [ECLI: ES:TS:2005:1589]. Solución que se extiende asimismo a los complementos por mínimos para los beneficiarios de la IP Total cualificada con edad entre los 60 y 64 años, implantados a partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005,

²⁹ Por el RD 463/2003, de 25 de abril, sobre reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual para los trabajadores por cuenta propia (BOE 26 de abril).

³⁰ De conformidad con la Disp. Ad. del antecitado RD 463/2003, de 25 de abril.

en la redacción que le dio el Real Decreto Ley 11/2004, de 23 de diciembre. El TS rechaza la pretensión de generar el derecho a dichos complementos a beneficiarios que hubiesen sido calificados como incapacitados permanentes totales antes del primero de enero de 2003 [SSTS de 21 de diciembre de 2009 (Rec.746/09) [ECLI: ES:TS:2009:8404], 4 de febrero de 2010 (Rec.2068/09) [ECLI: ES:TS:2010:1182], 19 de mayo de 2010 (Rec.3461/09) [ECLI: ES:TS:2010:3052] y 20 de diciembre de 2010 (Rec.4537/09) [ECLI: ES:TS:2010:7679].

7.5. Compatibilidad de pensiones en RGSS y RETA

Según SSTS de 11 de mayo de 2010 (Rec.3640/09) [ECLI: ES:TS:2010:3215], 12 de mayo de 2010 (Rec.3316/09) [ECLI: ES:TS:2010:3244], 15 de julio de 2010 (Rec.4445/09) [ECLI:ES:TS:2010:4418], 22 de noviembre de 2010 (Rec.233/10) [ECLI: ES:TS:2010:7503], 20 de enero de 2011 (Rec.708/10) [ECLI: ES:TS:2011:219] y 27 de enero de 2011 (Rec.1442/10) [ECLI: ES:TS:2011:1009] es posible compatibilizar dos pensiones de IP en el RGSS y en el RETA, cuando se trate de incapacidades independientes (basadas en patologías distintas y con secuelas diferentes), y se haya cotizado sucesivamente a ambos regímenes, completando las cotizaciones necesarias y demás requisitos exigibles para causar derecho a una y otra pensión, en uno y otro régimen.

El supuesto se distingue del contemplado en la STS de 5 de julio de 2010 (Rec.3367/09) [ECLI:ES:TS:2010:5999], donde lo que se produce es un “concurso de lesiones”, y no de procesos incapacitantes independientes. El trabajador en este caso fue declarado inicialmente en situación de IP Total en el RETA —donde se dedicaba a la actividad de transporte y reparto— por pérdida de visión en los dos ojos, para luego pasar a una situación de IP Absoluta derivada de accidente de trabajo en el RGSS —en el que se encontraba encuadrado como comercial—, que ocasionó la pérdida de la visión en el ojo izquierdo, de modo que la suma de ambas lesiones provoca una práctica ceguera. La Sala considera que se trata de un mismo cuadro lesivo que genera una limitación acumulada e incrementa el inicial efecto invalidante. De modo que, aplicando una

inveterada jurisprudencia que se inicia en la STS de 29 de junio de 1987, las dolencias y secuelas del trabajador han de ser apreciadas y valoradas de manera conjunta, lo que desemboca en la revisión por agravación del grado de incapacidad, resultado de lo cual es una única prestación, y no dos.

Por su parte, la STS de 8 de marzo de 2012 (Rec.891/11) [ECLI: ES:TS:2012:2478] se remite a la doctrina contenida en la STS de 10 de mayo de 2006 (Rec.4521/04) [ECLI: ES:TS:2006:3498] para declarar la compatibilidad entre la pensión de jubilación en el RETA, para cuyo cálculo se computaron cotizaciones del RGSS, con la percepción de una pensión de IP en el RGSS derivada de enfermedad profesional. Principalmente, porque para devengar pensión derivada de esta contingencia no hace falta un período previo de cotización (art. 124.4 LGSS 1994), por lo que no se consumen cotizaciones que hubieran servido para causar derecho a la otra pensión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.1 del *RD 619/1991, de 12 de abril sobre cómputo recíproco de cotizaciones*.

Y, por fin, la STS de 7 de febrero de 2007 (Rec.5251/05) [ECLI: ES:TS:2007:870] considera posible que el interesado perciba la pensión SOVI³¹, pese a que le fuera reconocido asimismo el percibo de prestaciones en el RETA, por cuanto estas se encontraban sometidas a la condición del pago de cotizaciones atrasadas, por lo que dichas prestaciones no le fueron finalmente abonadas. Otra interpretación más formalista, dejando al interesado sin ninguna de las dos prestaciones, sería incompatible —razona la Sala— con la finalidad misma del sistema y su configuración constitucional (art. 41 CE).

8. LA JUBILACIÓN EN EL RETA

No es que la jurisprudencia en este punto sea muy extensa, ni demasiado vistosa. Aun-

³¹ Que la Disp.Trans.7ª LGSS 1994 condiciona a no tener derecho a otras prestaciones de la Seguridad Social, por lo que el SOVI tradicionalmente se ha considerado un régimen de carácter residual y subsidiario [STS de 24 de enero de 2002 (Rec.2021/01)].

que sí ha dirimido cuestiones de cierto interés. Por ejemplo, la relativa a la posibilidad de acogerse a la jubilación anticipada, habiéndose cotizado en el RGSG y en el RETA (que no reconoce esta posibilidad). Y si para ello se suman las cotizaciones realizadas por la interesada durante el período en que percibió el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. A este respecto, la STS de 13 de mayo de 2015 (Rec.838/14) [ECLI:ES:TS:2015:3090], con criterio que reitera para un supuesto inverso la de 15 de marzo de 2016 (Rec.3249/14) [ECLI:ES:TS:2016:1529], considera que, habiéndose totalizado las cotizaciones realizadas al RGSS y al RETA, resultan en efecto computables para determinar en cuál de los dos corresponde a la trabajadora jubilarse las cotizaciones realizadas durante el referido período de percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años. De manera que, siendo el RGSS donde se reúne el mayor período cotizado, en él procede acceder a la pensión, y puesto que en él está prevista la jubilación anticipada (art. 161 bis LGSS 1994), se reconoce el derecho de la trabajadora a acogerse a dicha modalidad.

Otra trascendental cuestión es la relativa a la repercusión del incremento por el autónomo de sus bases de cotización con vistas a una próxima jubilación (contra lo prevenido por el art. 162.2 LGSS 1994). Sobre este particular, la STS de 30 de noviembre de 2016 (Rec.2018/15) [ECLI:ES:TS:2016:5630] decide que cuando se aprecie fraude en el incremento de las bases de cotización a efectos de causar la pensión contributiva de jubilación, sean de aplicación subsidiariamente las tablas salariales contenidas en el convenio colectivo que corresponda en función del trabajo desempeñado por el beneficiario. Y ello en aplicación de lo dispuesto en los arts.109.1 LGSS 1994, y 37.1 CE, 3.1 b), 3.3 y 82.3 ET en relación con el valor y eficacia de los convenios colectivos.

En fin, sobre la aplicación a la jubilación de los requisitos generales de carencia y encontrarse al día en el pago de las cuotas, incluido el mecanismo de la "invitación al pago", puede verse la reciente STS de 7 de marzo de 2019 (Rec.2796/17) [ECLI:ES:TS:2019:994].

9. PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

La jurisprudencia existente en materia de prestaciones por muerte y supervivencia en el RETA se limita, básicamente, a recoger, y en su caso matizar, algunos de los criterios generales a los que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Y así, por ejemplo, la STS de 20 de febrero de 2007 (Rec.3417/05) [ECLI:ES:TS:2007:1396] decide sobre si puede causar derecho a la pensión de viudedad un causante, afiliado en el RETA, que no se encontraba en alta en el momento del fallecimiento ni estaba al corriente en el pago de las cuotas, una parte de las cuales fueron ingresadas por sus causahabientes, estando sólo en parte el resto de las cotizaciones prescritas. La Sala entiende, siguiendo doctrina sentada por STS de 25 de septiembre de 2003 (Rec.4778/02) [ECLI:ES:TS:2003:5718], que estando las cuotas comprendidas entre agosto de 1990 y octubre de 1994 impagadas, no puede considerarse al causante —fallecido en enero de 1997— al corriente en el pago, siendo irrelevante que el abono se efectuase con posterioridad o que los descubiertos prescribieran más tarde. Esas cotizaciones son ineficaces para lucrar la pensión. Y sin las mismas no alcanzaba el trabajador fallecido, no ya los 22 años requeridos por la norma vigente en el momento del óbito (art. 174.1 LGSS 1994, en redacción dada por la Ley 66/1997), sino ni siquiera el período mínimo de cotización exigible en el momento de la solicitud de la pensión (15 años, conforme al art. 174.1 LGSS 1994, redactado conforme a la Ley 50/1998); no siendo de aplicación el mecanismo de invitación al pago, al no estar cubierto ese período mínimo de carencia, como ya se ha explicado en el apartado correspondiente a dicho mecanismo [STS de 4 de abril de 2007 (Rec.5476/05) [ECLI:ES:TS:2007:3672].

Por el contrario, en relación con el requisito del alta o situación asimilada, la STS de 19 de enero de 2010 (Rec.4014/08) [ECLI:ES:TS:2010:492], decide acogerse al "criterio flexibilizador", que considera suele aplicar la propia Sala en los supuestos en que los trabajadores han estado asegurados con regularidad durante su vida laboral activa (con cita, efectivamente, de abundante casuística ejemplificadora de casos similares, a la que se rubricó

en su día como “jurisprudencia humanizada”, marcada por la STS de 19 de diciembre de 1996). Conforme a esta línea doctrinal, si los requisitos de alta o asimilada concurrían en el momento de iniciarse el acontecimiento que desemboca en el hecho causante, y “es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta” (la suscripción de convenio especial, entre ellos), el requisito habrá de considerarse cumplido. El Tribunal razona, seguidamente, que en el caso litigioso sometido a su consideración concurren, en efecto, unas especiales circunstancias; a saber, que la causante había cotizado durante toda su vida activa, y que su baja como administrativa de una autoescuela obedeció al deseo de mejorar sus expectativas laborales mediante la obtención del título de profesora de autoescuela. Período en el que falleció a consecuencia de un accidente de tráfico en tan solo dos meses desde su baja en la Seguridad Social. Al entender de la Sala estos datos “revelan el cumplimiento riguroso por la causante de la situación de alta y cotización a la Seguridad Social durante el período de actividad laboral, (y) la decidida voluntad de continuar en el mundo laboral, mejorando sus expectativas...”, sumado a que “hubiera podido suscribir” un convenio especial para prolongar los efectos de la vinculación con el sistema. La Sala suma a todo ello la consideración en el RETA de los 90 días siguientes a la baja como situación asimilada al alta³². Todo lo cual conduce al reconocimiento a favor del recurrente del derecho a la pensión de viudedad y orfandad reclamadas.

Por último, la reciente STS de 6 de marzo de 2019 (Rec.2662/17) [ECLI: ES:TS:2019:1000]³³ considera aplicable al Régimen Especial Agrario, a los efectos del reconocimiento de una pensión de viudedad, el mecanismo de “invitación al pago”, al que ya se ha aludido. La Sala razona que, conforme a lo dispuesto en el

art. 22 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, en caso de muerte derivada de contingencias comunes se considerará al corriente en el pago de sus cuotas al trabajador que al fallecer tuviera cotizaciones pendientes, cuando sus derechohabientes satisfagan su importe, y siempre que el período de descubierto no fuera superior a doce meses de cotización, a los efectos de percibir el subsidio de defunción; y a seis meses, respecto de las demás prestaciones. Es decir, los causahabientes del trabajador fallecido podrán regularizar los posibles descubiertos en orden a acreditar el requisito de estar al corriente en el pago, siempre que la deuda no sea superior a seis meses.

Como ya se ha dicho más arriba, la Disp. Ad. 39ª LGSS 1994³⁴, introducida por el art. 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, extendió a todos los casos en que los trabajadores fueran responsables del ingreso de las cuotas la posibilidad de acogerse al mecanismo de “invitación al pago” previsto para el RETA en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Esta posibilidad se reconoce en este caso, incluso para los supuestos en que el hecho causante hubiere tenido lugar antes de la entrada en vigor de la referida Ley 52/2003, por entender que lo contrario podría vulnerar el derecho fundamental a la igualdad de trato.

10. TRABAJO AUTÓNOMO, DESEMPLEO Y CESE DE ACTIVIDAD

10.1. Desempleo bajo modalidad de pago único y trabajo autónomo

En el bien entendido de que se alude al desempleo para referirse a la pérdida involuntaria de empleo por un trabajador asalariado y, más recientemente, a “cese de actividad” cuando se trata de autónomos, el primer interrogante que surge en relación con la posible concatenación o combinación de situaciones, y al que el TS ha venido dan-

³² No está muy claro en los hechos probados (tampoco en la sentencia de duplicación) que la causante estuviera en realidad de alta en el RGSS como administrativa de la autoescuela, pero parece lógico deducir tal hecho del resto del relato.

³³ Reitera doctrina contenida en SSTs de 31 de mayo de 2004 (Rec.2343/03), 9 de noviembre de 2004 (Rec.979/02), 26 de abril de 2005 (Rec.2053/04), 16 de febrero de 2006 (Rec.4878/03), y 18 de mayo de 2018 (Rec.3552/16).

³⁴ Actual art.47 TRLGSS 2015.

do respuesta, es el relativo a si el solicitante de la prestación por desempleo puede acceder a la misma en su modalidad de pago único cuando la solicitud haya sido posterior a la fecha de inicio de la actividad como autónomo. La Sala proporciona a esta cuestión una respuesta positiva, al entender que ha de llevarse a cabo una interpretación flexible de los arts.1.1 y 3.1 RD 1044/1985, de 19 de junio, sobre todo cuando se cumple con la finalidad de la norma, que no es otra que procurar que los trabajadores desempleados dejen de serlo, así como fomentar el empleo autónomo. Y esto último es perfectamente compatible con que la actividad real comience lo antes posible. En el caso sobre el que versa la STS de 27 de septiembre de 2011 (Rec.4293/10) [ECLI: ES:TS:2011:7956], la actividad se había iniciado dos años antes de obtenerse la prestación por desempleo, que fue reconocida a la actora en suplicación, por lo que ese retraso no se considera un obstáculo para poder acceder a la prestación. La Sala alude a una consolidada doctrina precedente en este sentido, iniciada en las SSTs de 25 y 30 de mayo de 2000 (Rec.2947/99 y 2721/99) [ECLI: ES:TS:2000:4239; y ECLI: ES:TS:2000:4390], seguida de las SSTs de 20 de septiembre de 2004 (Rec.3216/03) [ECLI: ES:TS:2004:5804], 7 de noviembre de 2005 (Rec.4697/04) [ECLI: ES:TS:2005:8055], 11 de julio de 2006 (Rec.2317/05) [ECLI: ES:TS:2006:4391] o 15 de octubre de 2009 (Rec.3279/08) [ECLI: ES:TS:2009:6966], en la que se considera asimismo el hecho de que la pretensión de constituirse en trabajador autónomo no pueda hacerse efectiva en un solo día, sino que suele requerir de una serie de trámites y complejas actuaciones preparatorias. Por otro lado, la Sala considera que tal interpretación teleológica o finalista viene corroborada por el tenor literal de la Disp. Transitoria 4ª del RD 1413/2005, que en su último párrafo prevé que los efectos económicos del derecho solicitado se producirán a partir del día siguiente al de su reconocimiento, “salvo cuando la fecha de inicio de la actividad sea anterior; en este caso, se estará a la fecha de inicio de esa actividad.”

Esta misma doctrina se aplica igualmente al reconocimiento del derecho a la percepción trimestral del importe de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización al

RETA, cuando la pertinente solicitud se hubiera hecho después de practicada el alta en dicho régimen especial [SSTS de 7 de noviembre de 2005 (Rec.4697/04) [ECLI: ES:TS:2005:8055] y 11 de julio de 2006 (Rec.2317/05) [ECLI: ES:TS:2006:4391], ya citadas].

Por otro lado, la STS de 29 de septiembre de 2011 (Rec.4213/10) [ECLI: ES:TS:2011:7957] considera que tras la *Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*, no puede exigirse que se soliciten simultáneamente la capitalización de la prestación y la subvención de las cuotas, en la medida en que la segunda se hace depender de que no se haya agotado la primera, pudiendo por tanto realizarse la solicitud de la subvención con posterioridad al inicio de la actividad laboral y la capitalización de la prestación. La sentencia referida argumenta que podría considerarse como prestación principal la capitalización, que es la que se dirige u orienta a cubrir las inversiones y gastos de instalación necesarios para el desarrollo de la actividad, mientras que la subvención vendría a ser una especie de prestación “complementaria”, “de continuidad” podríamos decir, al depender de que se haya logrado efectivamente el establecimiento como autónomo.

La Sala ha seguido matizando esta doctrina, por ejemplo, en la STS de 21 de junio de 2016 (Rec.3805/14) [ECLI:ES:TS:2016:3966], que admite la percepción de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único cuando los beneficiarios pretendan constituir sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, si su posición jurídica y actividad como socio determina la obligación de afiliación al RETA, en los términos que se han visto al comienzo de este trabajo.

Y, por fin, la STS de 5 de abril de 2017 (Rec.694/2016) [ECLI:ES:TS:2017:1620], abunda en la posibilidad de percibir esta modalidad de prestación por desempleo en el caso de una trabajadora por cuenta ajena que prestaba servicios en un negocio de tintorería, y que tras su despido por causa económica pasó a realizar como autónoma la referida actividad en el mismo local. La Sala acude a los argumentos que ya se han

consignado aquí sobre la finalidad del RD 1044/1985, de 19 de junio, que lo que pretende es fomentar el autoempleo, objetivo que se cumple siempre que concurren los presupuestos fácticos y condiciones jurídicas que conducen al encuadramiento y alta en el RETA, y salvo que se demuestre y acredite la existencia de maniobras fraudulentas o de otro tipo de abuso.

10.2. La prestación por cese de actividad del trabajador autónomo

La definitiva convergencia del RETA con el RGSS³⁵, al menos conceptual e institucionalmente, tiene lugar con ocasión de la promulgación de la *Ley 32/2010 de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos*³⁶.

Como se comprenderá, la doctrina sobre esta prestación es reciente y aún escasa. Pero a pesar de ello, ya empiezan a conformarse criterios doctrinales o jurisprudenciales de interés. En primer lugar, sobre los requisitos para causar derecho a la prestación por cese de actividad; en concreto, sobre la carencia exigida, la obligación de estar al corriente y el mecanismo de invitación al pago. Puede verse al respecto la STS de 27 de octubre de 2015 (Rec.2663/14) [ECLI: ES:TS:2015:4754]: el actor, dedicado como TRADE a la actividad de transporte, tenía en el momento del cese por resolución del contrato con su principal empresa cliente un descubierto de un mes, que de inmediato procedió a regularizar, sin esperar a la invitación al pago; mas no reunía en ese momento la carencia necesaria para acceder a la prestación. La Sala deniega la pretensión actora, puesto que el art. 4 de la Ley 32/2010 reproduce en esencia la misma exigencia del art. 28 Decreto 2530/1970³⁷, que condiciona

la eficacia del mecanismo de la invitación al pago a que el beneficiario reuniese en el momento del hecho causante el requisito de la carencia. Reiteran doctrina y solución las SSTS de 13 de febrero de 2018 (Rec.844/16) [ECLI: ES:TS:2018:733] y de 17 de julio de 2018 (Rec.736/17) [ECLI: ES:TS:2018:3382].

Un aspecto sumamente relevante de la protección por cese de actividad del autónomo es el de la necesidad de acreditar la causa para acceder a la misma, y el momento en que concurre el cese efectivo en la actividad que constituye el hecho causante de la prestación. El art. 5 de la *Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos* dispone los requisitos o presupuestos exigibles para poder causar derecho a dicha prestación con fundamento, entre otras causas, en «la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional» [art. 5.1.ª) Ley 32/2010]. La reciente STS de 24 de enero de 2019 (Rec.278/17) [ECLI: ES:TS:2019:366], que desestima el RCU por falta de suficiente fundamentación legal, deja firme en consecuencia la STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2016 (Rec.4025/16) [ECLI: ES:TSJCAT:2016:10570], que a su vez había desestimado el recurso de suplicación interpuesto por la actora, por considerar que no quedaba constancia suficiente de las pérdidas económicas de la actividad con la dimensión legal mínima; que, en concreto, deberían suponer un año completo de pérdidas superiores al 30 % de los ingresos, o superiores al 20 % en dos años consecutivos y completos. Sin que en ningún caso se pueda computar a estos efectos el primer año de inicio de la actividad. Por otra parte, si existe un establecimiento abierto al público se exigirá además el cierre del mismo durante la percepción de la prestación. No es en absoluto extraño que se considerase extremadamente duro este régimen de acceso a la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Por lo que se refiere al momento en que concurre el cese de la actividad, en relación con el tiempo en que ha de solicitarse la prestación, pronto habrá de contarse con doctrina unificada, a tenor de los pronunciamientos divergentes que ya hay en torno a este delicado asunto. Lo eviden-

³⁵ Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Lecciones de Trabajo Autónomo. Régimen profesional y protección social*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2015, p.115.

³⁶ Cuyo desarrollo reglamentario se lleva a cabo por el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre.

³⁷ Recuérdese que redactado de acuerdo con la Disposición Adicional 39ª de la LGSS añadida por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

cian estos dos pronunciamientos a los que seguidamente se hará una breve alusión. Por un lado, la STSJ de la Rioja de 14 de enero de 2016 (Rec.345/15) [ECLI: ES:TS-JLR:2016:12], donde no se discute la concurrencia de la causa económica, sino si la solicitud fue extemporánea (en el mes siguiente al del cese de la actividad, conforme al art. 7.2 de la Ley 32/2010). Probado que la fecha de cese de actividad fue el 31 de octubre de 2013, y solicitada la prestación a la mutua el 29 de noviembre siguiente, no cabe atender a las alegaciones de la entidad colaboradora en el sentido de que ya había carencia de ingresos con anterioridad, que supuestamente ponían en evidencia la inexistencia de actividad económica. Pues bien, en sentido contrario, la STSJ de Asturias, de 18 de diciembre de 2018 (Rec.2520/18) [ECLI: ES:TSJAS:2018:3884] —pendiente del oportuno recurso de casación unificador— desestima el recurso del trabajador por haberse entendido producido el cese de la actividad en el momento en que dejaron de percibirse ingresos, que según el juzgador de instancia ya se remontaba a los ejercicios 2015 y 2016, descartando que haya de tomarse como fecha del hecho causante aquella en que el propio interesado tramitó su baja en el RETA y en la Agencia Tributaria a finales de octubre de 2017 (habiendo solicitado ante la mutua la prestación el 22 de noviembre siguiente). Habrá que esperar una pronta respuesta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que clarifique este delicado extremo³⁸.

Por fin, sobre si resulta computable el subsidio de IT a los efectos de determinar la situación económica que puede dar lugar a la percepción por el autónomo de la prestación por cese de actividad, la STS de 14 de marzo de 2018 (Rec.3297/16) [ECLI: ES:TS:2018:1107] comienza por establecer cuáles son las distintas finalidades de ambas prestaciones: compensar la merma en la situación física o psíquica del trabajador, en el caso de la IT; atender a la inviabilidad del negocio o actividad, en el caso del cese de actividad. Por tan-

to, de una interpretación finalista, combinada con la propia literalidad de la norma, que alude a los resultados de la actividad económica del autónomo en términos contables, y con el principio interpretativo “pro beneficiario”, se concluye que el subsidio de IT no es computable para establecer si concurre la causa para el cese de la actividad, y que el interesado tendrá derecho a la consiguiente prestación por dicha causa.

11. EL ACCIDENTE DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció la posibilidad de que los trabajadores incluidos en el RETA mejorasen de forma voluntaria la acción protectora que entonces dispensaba dicho régimen incorporando la correspondiente a las contingencias profesionales, y siempre que hubiesen optado por incluir también, previa o simultáneamente, la protección por IT derivada de contingencias comunes. Esta misma consideración se mantiene en la actualidad, salvo para los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES), para quienes la protección es obligatoria (arts. 316 y 317 TRLGSS 2015)³⁹.

El art. 40 de la referida Ley 53/2002 introdujo la Disp. Ad. 34ª LGSS 1994, en la que efectivamente se reconoció a los autónomos las prestaciones que por las contingencias profesionales tenían los trabajadores del RGSS. Por su parte, el RD 1273/2003, de 10 de octubre, que reguló la cobertura de dichas contingencias, definía el accidente de trabajo del trabajador autónomo como “el ocurrido a consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial”.

³⁸ El referido recurso ha sido finalmente inadmitido, por falta del presupuesto de la contradicción, mediante Auto TS de 2 de octubre de 2019 (Rec.253/19).

³⁹ El accidente in itinere ha sido asimismo incorporado a la específica definición de accidente de trabajo de los autónomos contenida en el art.316.2 TRLGSS 2015 por el artículo 14 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

Otra particularidad propia del trabajo autónomo es que, a diferencia de lo que ocurre en el RGSS, no existe una presunción del carácter laboral de los accidentes acaecidos con ocasión o por consecuencia del trabajo, sino que ha de probar el propio trabajador la relación de causalidad entre las lesiones y el ejercicio de su actividad económica o profesional. Una muestra de ello se contiene en la STS de 27 de junio de 2018 (Rec.1232/17) [ECLI:ES:TS:2018:2962], que desestima por falta de contradicción el recurso de casación unificadora interpuesto contra la STSJ de Galicia de 30 de enero de 2017 (Rec.3168/16) [ECLI: ES:TSJGAL:2017:889], que adquiere firmeza. Pues bien, en esta última se trataba de una mariscadora autónoma –mariscadora “a pie”— que sufrió un accidente de tráfico cuando trasladaba marisco a la lonja para su

comercialización en un vehículo propiedad de la Cofradía de Pescadores que conducía la Patrona Mayor de dicho organismo. El Instituto Social de la Marina denegó la calificación de accidente de trabajo al entender que no existía relación entre el desplazamiento y la actividad de la mariscadora “a pie”, entre otras razones, porque no se acredita que en su actividad profesional quedase comprendido, además de la extracción del marisco, su transporte para comercializarlo en la lonja. Sin embargo, tanto el juzgador de instancia como la Sala de suplicación consideran, a la vista de la normativa sobre las funciones propias de las Cofradías, que la comercialización del marisco forma parte integrante e indisoluble de la actividad que desarrollan las personas que se dedican a su extracción o cultivo y se integran en dichas entidades.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

El sistema español de Seguridad Social se ha caracterizado históricamente por su diversificación, por la multiplicidad de su estructura y por la integración en su campo de aplicación de diferentes grupos de personas, no necesariamente en correspondencia estricta con la noción de trabajador asalariado que delimita la normativa laboral. Ello es congruente con la idea de universalización de un sistema de protección para las personas en situación de necesidad que marca nuestra Constitución en su art. 41. Y explica fácilmente la integración en el sistema de los trabajadores autónomos, que pasarán a formar parte de uno de los regímenes especiales con más tradición y mayor relevancia en la práctica, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), paradigma de otra tendencia reciente de nuestra Seguridad Social hacia la simplificación, la racionalización y la convergencia. De hecho, el RETA se ha convertido en el segundo eje vertebrador, junto con el RGSS, de un largo y complejo proceso orientado a lograr esos objetivos. Sin embargo, ese proceso no ha sido uniforme ni sencillo, y se ha ido produciendo, en cambio, a lo largo de un dilatado período de tiempo, y a través de un sinfín de disposiciones y cambios normativos difíciles de seguir y contemplar de manera integral. El sentido de llevar ahora a cabo un análisis de la jurisprudencia en relación con la Seguridad Social de los trabajadores autónomos es precisamente proporcionar una visión de conjunto de los interrogantes y debates más relevantes suscitados por esa evolución, y de las grandes líneas doctrinales generadas en el transcurso de ese proceso. Criterios interpretativos que han tenido la virtualidad, por un lado, de clarificar precisamente problemas de aplicación de las normas en el tiempo; y que tal vez han podido igualmente contribuir a la mejora de la acción protectora de los autónomos. Lo que aquí se propone es un repaso muy panorámico de los hitos más relevantes de la jurisprudencia de los últimos quince o veinte años sobre los elementos centrales o que han podido dar lugar a una mayor litigiosidad del RETA; pero en diálogo permanente con los numerosos cambios normativos.

Se comienza por la propia delimitación de su campo de aplicación por referencia al trabajo autónomo, aquel que no se realiza con sometimiento o en virtud de un contrato de trabajo, de cuyas notas caracterizadoras la que más dificultades de concreción ha suscitado es la de la “habitualidad”. El segundo gran problema que se aborda es el de los requisitos para causar derecho a las prestaciones, en particular, la obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas, presupuesto sobre el que la jurisprudencia del TS ha incidido, concretamente, en relación con los siguientes aspectos: la repercusión sobre el derecho a la percepción de una prestación reconocida por otro régimen de la Seguridad Social, si en el mismo se reúnen los requisitos necesarios para ello; los efectos del aplazamiento del pago de cuotas, y si estas se computan para la determinación del período de carencia exigido; el mecanismo de la “invitación al pago”; y, por último, la eficacia de las cuotas correspondientes a períodos anteriores al alta. Seguidamente se analiza la doctrina de los “días cuota” referidos a las pagas extras, doctrina de creación jurisprudencial con incidencia respecto del período de carencia, pero no a efectos de cálculo del importe de la pensión, y cuyo tratamiento experimentó no pocos vaivenes, de los que se procura dar cumplida cuenta.

En relación con las distintas contingencias, respecto de la IT se hace un recorrido por los criterios de la Sala Cuarta del TS en relación con los siguientes aspectos: el requisito del alta para causar derecho a la prestación; el alcance

de la obligación de declarar sobre la persona que gestiona el negocio durante la baja del autónomo; la posibilidad de alta simultánea por la realización de otra actividad; y la limitación para el incremento de las bases de cotización durante la IT. La protección de las trabajadoras autónomas por las contingencias de maternidad -también paternidad, en el caso del otro progenitor-, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural son una buena muestra de esa tendencia a la convergencia con el RGSS y a la ampliación de la protección dispensada por el sistema de la Seguridad Social. Y a ellas se dedica el siguiente apartado del estudio. Respecto de la Incapacidad Permanente la Sala se ha ocupado, entre otras cuestiones, de la fecha de efectos de su reconocimiento, habida cuenta que puede mantenerse el alta sin realizar la actividad; de la eventual integración de lagunas; de las limitaciones de la protección de la IP parcial en los autónomos; de las exigencias respecto de la IP total cualificada; y de la compatibilidad de pensiones en el RGSS y el RETA. Por extraño que pueda parecer, la jubilación en el RETA no ha sido precisamente un asunto excesivamente tratado por la jurisprudencia, pese a lo cual se da noticia de algún criterio de interés referido a la posibilidad de acogerse a la jubilación anticipada al haber cotizado también en el RGSS; o sobre la repercusión del incremento por el autónomo de sus bases de cotización. Algo similar ocurre con las prestaciones por muerte y supervivencia, respecto de las que el TS se limita casi exclusivamente a recoger y aplicar algunos de los criterios generales a los que ya se ha aludido. En relación con la protección por desempleo y su articulación con el trabajo autónomo, la Sala resuelve fundamentalmente las cuestiones relativas a la posibilidad de solicitar la prestación por desempleo en su modalidad de pago único con posterioridad al inicio de la actividad como autónomo; y a la articulación de la misma con la prestación consistente en la subvención de las cuotas del RETA. Mientras que sobre la novedosa protección del autónomo frente al “cese de actividad” es comprensible que la doctrina de la Sala sea aún escasa y muy incipiente, referida principalmente a los requisitos para causar derecho a la prestación; en particular, a la necesidad de acreditar la causa para acceder a la misma, y el momento en que concurre el cese efectivo en la actividad que constituye el hecho causante de la prestación. Por fin, una de las ampliaciones de la acción protectora del trabajo autónomo que se produce en el 2002 es la referida a las contingencias profesionales. A la delimitación del concepto de accidente de trabajo de los autónomos se dedica la última parte del trabajo.

Palabras clave: Trabajo autónomo; Seguridad Social; regímenes especiales; contingencias; prestaciones; jurisprudencia.

MINISTERIO DE TRABAJO,
MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

The Spanish Social Security system has historically been characterized by its diversification, by the multiplicity of its structure and by the integration in its field of application of different groups of people, not necessarily in strict correspondence with the notion of salaried worker that delimits the regulations labor. This is consistent with the idea of universalization of a system of protection for people in need that marks our Constitution in its art. 41. And it easily explains the integration into the system of autonomous workers, who will become part of one of the special regimes with more tradition and greater relevance in practice, the Special Regime for Autonomous Workers (RETA), a paradigm of another recent trend of our Social Security towards simplification, rationalization and convergence. Actually, the RETA has become the second backbone, along with the RGSS, of a long and complex process aimed at achieving those objectives. However, this process has not been uniform or simple, and it has been produced, instead, over a long period of time, and through an endless number of regulations and regulatory changes that are difficult to follow and contemplate in an integral manner. The sense of carrying out an analysis of jurisprudence in relation to the Social Security of self-employed workers now is precisely to provide an overview of the most relevant questions and debates raised by this evolution, and of the great doctrinal lines generated in the course of that process. Interpretive criteria that have had the virtuality, on the one hand, to clarify precisely problems of application of the rules in time; and that perhaps they have also been able to contribute to the improvement of the protective action of the self-employed. What is proposed here is a very panoramic review of the most relevant milestones of the jurisprudence of the last fifteen or twenty years on the central elements or that have resulted in greater litigation of the RETA; but in permanent dialogue with the numerous regulatory changes.

It begins with the delimitation of its field of application by reference to self-employment, that which is not carried out with submission or by virtue of an employment contract, whose characterizing notes the one that has caused the most difficulties of concretion is that of the “habituality”. The second major problem that is addressed is that of the requirements to cause entitlement to benefits, in particular, the obligation to be up to date in the payment of fees, a budget on which the jurisprudence of the TS has specifically affected in relation to with the following aspects: the impact on the right to the perception of a benefit recognized by another Social Security regime, if it meets the necessary requirements for it; the effects of the deferral of the payment of fees, and if these are computed for the determination of the required period of lack; the mechanism of the “invitation to pay”; and, finally, the effectiveness of the fees corresponding to periods prior to discharge. Next, the doctrine of the “quota days” referring to the extra payments, doctrine of jurisprudential creation with incidence regarding the period of lack, but not for the purpose of calculating the amount of the pension, and whose treatment experienced not few fluctuations, of those who try to give fulfilled account.

In relation to the different contingencies, with respect to the IT, a tour is made through the criteria of the Fourth Chamber of the TS in relation to the following aspects: the requirement of discharge to cause entitlement to the benefit; the scope of the obligation to declare on the person who manages the business during the self-employed leave; the possibility of simultaneous registration for the performance of another activity; and the limitation for the increase of the contribution bases during the IT. The protection of self-employed women by the contingencies of maternity - also paternity, in the case of the other parent-, risk during pregnancy and risk during breastfeeding are a good example of this tendency towards convergence with the RGSS and the extension of the protection

provided by the Social Security system. And the following section of the study is dedicated to them. Regarding the Permanent Disability, the Chamber has dealt, among other issues, with the date of the effects of its recognition, given that the discharge can be maintained without carrying out the activity; of the eventual integration of gaps; of the limitations of the protection of the partial IP in the self-employed; of the requirements regarding the total qualified IP; and of the compatibility of pensions in the RGSS and the RETA.

Oddly enough, retirement in the RETA has not been precisely an issue that is excessively dealt with by jurisprudence, despite the fact that there is news of some criterion of interest regarding the possibility of availing for early retirement as it has also contributed to the RGSS; or on the impact of the increase by the autonomous of its contribution bases. Something similar occurs with the benefits for death and survival, for which the TS is limited almost exclusively to collect and apply some of the general criteria to which it has already been alluded. In relation to unemployment protection and its articulation with autonomous work, the Chamber basically resolves issues related to the possibility of requesting unemployment benefits in its single payment modality after the start of the activity as a freelancer; and to the articulation of the same with the provision consisting in the subsidy of the RETA quotas. While on the novelty of the autonomous protection against the “cessation of activity” it is understandable that the doctrine of the Chamber is still scarce and very incipient, mainly referring to the requirements to cause entitlement to the benefit; in particular, to the need to prove the cause to access it, and the moment in which the effective cessation in the activity that constitutes the event causing the benefit occurs. Finally, one of the extensions of the protective action of autonomous work that occurs in 2002 is that of professional contingencies. The last part of the work is dedicated to the definition of the concept of work accident of the self-employed.

Keywords: Self employed; Social Security; special social security regimes; contingencies; benefits; pensions; jurisprudence.

MINISTERIO DE TRABAJO,
MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Forum

Answer to three questions about the social protection of self-employed workers

Respuesta a tres preguntas sobre la protección social de los trabajadores autónomos

GIAN GUIDO BALANDI*
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL**

Desde que en 1926 se creó la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados para la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, el papel de los expertos ha crecido progresivamente no sólo en el mundo jurídico, sino en todos los procesos deliberativos. De hecho, el valor de esta opinión especializada ha ido conformándose como una pieza clave en el ámbito de deliberación de propuestas normativas, pero también en el funcionamiento diario de las relaciones laborales. El objetivo de este Foro es incorporar a los expertos en una nueva sección de la Revista. La sección añadirá a los artículos que forman la parte principal del número una opinión técnica e integrada de los debates académicos, jurisprudenciales y de bibliografía del tema que se aborde en cada número. Contaremos con dos expertos por número y en esta ocasión sobre Trabajo Autónomo inauguramos la sección con los Profesores de la Villa y Balandi.

1. THE CURRENT TREND OF EMPLOYMENT POLICIES TO PROMOTE AUTONOMOUS OF SELF-EMPLOYMENT WORK HAS CONSEQUENCES TO SOCIAL SECURITY SYSTEMS?

In the present economic and organizational situation of capitalistic production of goods and services, the distinction between employment and self-employment has lost great part of its heuristic capacity. And therefore “self-employment work” does not identify a homogeneous group of workers. Even if in different ways and with different effects, this was at a great deal true also in the past. Think that “self-employment” could encompass small entrepreneurs - shop-keepers, craft-men, farmers - and practitioners in law or medicine or architecture and - under the same heading - poor non-ruled economic activities. Their social security position was fragmented according to different categories: liberal practitioners had each ones their particular institutions; the same for each economic group of small entrepreneurs. But a generic self-employed worker was lacking any kind of social security protection. Since mid-nineties of last century the scope of a minimal protection was expanded to cover minor activities; but it was - and still is - for the vast majority of citizens involved, a sort of formal protection because the rules of eligibility for benefits - specially pensions

* Docente incaricato di insegnamento. Università degli Studi di Ferrara.

** Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

benefits – were and are so demanding that a life of precarious contributions as self-employed are not sufficient to guarantee a decent income and even an income at all.

The paradoxical fragmentation of the s.c. gig economy and on-line-employment produces working citizens, the legal nature of their “occupational status” being at all uncertain. This uncertainty has radical consequences on their social security position, substantially void.

Generally speaking, the problem is that the Italian legal order of Social Security still is, at a great deal, an occupational one, where the condition of being occupied – employed or self employed or such having been – is still qualifying the position. The position of being a simple “citizen in need” has a very limited relevance in some measures of “social assistance”. The outcome of most recent measures, such as the s.c. “citizenship income” - a confused mixture of unemployment benefit and labour market regulation – is still under evaluation and in any case does not involve a better protection of precarious “pretended-self-employed” workers.

2. WHICH SOCIAL SECURITY RIGHTS DO YOU THINK CONFORM MINIMAL FLOOR OF PROTECTION FOR THESE GROUPS?

Some very important situations of weakness should be protected: the consequences of accidents and employment diseases, on one side; unemployment or under-employment, on the other. Periods of impossibility to work due to sickness in general and – for women - to pregnancy and motherhood should be considered.

But, beyond the “events” to be taken into consideration for the purpose of providing a benefit, are the mechanisms of entitlement and of calculation of benefits that should be related to the reality of an employment extremely irregular and absolutely non comparable to the old “employment” or “self-employment”. I mean that what should change is the relationship – typical of the insurance mechanism – between the previous period of employment (or self-em-

ployment), in terms of duration, amount of contribution etc., and the value of benefits at the moment of insurgence of need (unemployment, accidents, sickness etc.). The point of reference should be the condition of need exclusively, even if “means tested” in order to avoid opportunistic behaviours. A contribution by the employers or clients, inversely proportional to stability and duration of the work, should be provided, integrated by resources deriving from the general taxation.

To imagine a minimal floor of protection for old age and retirement for citizens who spent all their life in precarious jobs, it is less easy. Important would be to unify the contribution for every kind of occupation, immaterial of its formal qualification, in order to allow the maximum possibility to cumulate records. Included the possibility to cumulate personal savings in the same fund. The financial organization should be according to the pay-as-you-go principle, in order to guarantee the intergenerational public solidarity. The general taxation should supply resources even in this hypothesis.

Generally speaking, the principles should be solidarity and equality to counterbalance the inequality and individualism of labour market.

3. WHICH WOULD BE YOUR BOOKS OR ARTICLES RECOMMENDATIONS IN THE TOPIC OF AUTONOMOUS WORK?

For a general approach to the topic of social security for autonomous work may be useful the most diffused Italian handbook of social security legislation: M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino: Giappichelli 2018. The topic of the different hypothesis of self-employment is not dealt with as such and it is widespread in each chapter regarding the different institutions and services: pensions, industrial accidents, unemployment, short time working etc. A very well organised analytical index helps to find what may be of interest.

To find the roots of the present situation

is still useful to consult a special issue of the journal *Lavoro e diritto* (2003, issue n. 3) devoted to *The social protection of non-standard workers*. The comparative analysis, starting from an introduction by Simonetta Renga and Gian Guido Balandi, involves countries as France, Spain, Germany, the Nederland, Hungary and Poland, the Italian contribution being due to the leading scholar Pasquale Sandulli.

Two recent issues – 2018 n. 4 and 2019 n. 1 – of *Lavoro e diritto* had been devoted the topic of the “working poors”, analysed and

discussed from many points of view. Particularly, the first one, under the title *Models and instruments of social protections* (essays by Gian Guido Balandi, Stefania Buoso, Vincenzo Ferrante, Sylvain Nadalet, Paola Bozzao, and Valeria Torre) takes into consideration the situation of the new forms of self-employment, as an important source of misery.

About the qualification of autonomous work and the most recent relevant legislation see: *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, ed. by Luigi Fiorillo and Adalberto Perulli, Torino: Giappichelli, 2018.

1. LA PROMOCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO DESDE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO TANTO COMUNITARIAS COMO DE LOS ESTADOS MIEMBROS ¿TIENE REPERCUSIONES EN EL MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL?

En el actual momento de la Unión Europea es artificioso diferenciar la política de empleo nacional y la política de empleo comunitaria. Porque cualquier política nacional ha de contar con los fines y los medios que ofrece la Unión, hasta el punto de que la calificación final de una política nacional determinada queda en función de la capacidad de las autoridades nacionales para cumplir con el mayor rigor la normativa comunitaria y para destinar fielmente a los objetivos del empleo nacional las mil y una medidas de ayuda comunitaria, no pocas veces mal empleadas e incluso no consumidas por incompetencia o por incuria.

Pero cualquiera sea el modelo de Protección social que se constituya en un país determinado, el empleo es el factor más determinante de su desarrollo. Tanto si el modelo de Protección social se identifica con el tradicional modelo de Seguridad Social, cuanto si, como permite la Constitución Española de 1978, el modelo de Protección social se frac-

ciona en tres sistemas nacionales públicos de cobertura, completados por un sistema polimorfo de naturaleza privada.

Con referencia exclusiva a los públicos, el sistema de Seguridad Social, fundamentalmente contributivo, solo es viable a partir de un alto porcentaje de trabajadores cotizantes. Una política ineficaz de empleo, que conviva con un elevado número de trabajadores en paro, lastrará irremediablemente la calidad del sistema, incapacitado entonces para la atribución de prestaciones suficientes e iguales a los distintos colectivos de beneficiarios, generalmente adscritos a regímenes distintos dentro del sistema. Por su parte, el sistema de Salud, financiado con impuestos, será menos dependiente del empleo que el sistema de Seguridad Social, pero aún así su mayor calidad quedará favorecida por la capacidad de tributar de los miembros de la población activa. Finalmente, el sistema de Asistencia social -invertebrado hasta ahora en el ordenamiento español- resultará asimétrico en su cobertura, y fracasará en el objetivo de llegar allí donde no lleguen los sistemas de Seguridad Social y de Salud, si una parte mayoritaria de sus recursos han de destinarse a la concesión de prestaciones de subsistencia a quienes carecen de rentas procedentes del trabajo.

2. ¿TENDRÍAN LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS QUE TENER UNOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL QUE TIENDAN A LA CONVERGENCIA CON LOS DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA O, POR EL CONTRARIO, HABRÍA QUE SELECCIONAR LAS CONTINGENCIAS A PROTEGER PARA ESOS COLECTIVOS?

Esta es una cuestión que rechaza las respuestas basadas en simples preferencias personales. De ser este el método adoptado, sería difícil que las opiniones se inclinaran por la diferenciación de la cobertura. Abogar por la diferencia, proponiendo una superior para los trabajadores por cuenta ajena por el simple hecho del modo de prestar la actividad, obligaría a recordar el fundamento elemental del derecho de igualdad de trato de los ciudadanos.

De manera que el único método admisible para contestar rigurosamente al interrogante propuesto es partir del régimen financiero o de obtención de los recursos que soporta la acción protectora. En un régimen contributivo, en el que cada cotizante realiza un esfuerzo proporcional a la prestación que en su día haya de recibir -aunque no se financie directamente por sus aportaciones- la cuestión no puede tener más que una respuesta. La cotización menor determinará una prestación menor, pese a la corrección que introduzca el sistema de reparto, único aceptable en un sistema de Seguridad Social solidario. Pero solidaridad no equivale a identidad de la cobertura cuando el esfuerzo personal ha sido manifiestamente distinto, diferencia invencible si por el trabajador por cuenta ajena cotizan dos personas -él mismo y su empleador- y por el trabajador por cuenta propia solamente él. En último término, el trato desigual no se apareja al esfuerzo del cotizante sino al resultado de la cotización, siendo cuantitativamente en el primer caso muy superior al segundo, lo que permite allegar una acción protectora más potente.

Si contemplamos un sistema distributivo financiado con impuestos, la respuesta no podría ser desde luego la misma, cualquiera

que fuese la política de tributación establecida -predominantemente directa o indirecta- y la naturaleza finalista o no de los ingresos públicos. Porque bajo ese régimen financiero la desigualdad de la cobertura no encontraría ningún fundamento legal.

La opción más razonable, coincidente con la más extendida en los ordenamientos nacionales, consiste en la financiación mixta de la cobertura, por el esfuerzo conjunto de los beneficiarios, en forma de cuotas, y de los ciudadanos en forma de impuestos. Bajo ese modelo financiero las prestaciones a favor de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia pueden acercarse considerablemente en sus respectivas cuantías, e incluso coincidir en sus niveles básicos, a partir de los cuales las diferencias hasta el nivel máximo encontrarían justificación en la previsible mayor contribución global de los trabajadores por cuenta ajena, salvo la puesta en práctica de fuertes medidas correctoras de carácter presupuestario.

3. ¿QUÉ ARTÍCULOS O LIBROS RECOMIENDAS LEER SOBRE EL TRABAJO AUTÓNOMO Y LA SEGURIDAD SOCIAL?

Sobre trabajo autónomo

BARRIOS BAUDOR, Guillermo (Dir.), *Tratado del trabajo autónomo*. Aranzadi, 2018, 3ª ed.

Sobre Seguridad Social

MONEREO PÉREZ, José Luis y RODRÍGUEZ INIESTA (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum, 2017.

Sobre Seguridad Social de trabajadores autónomos

DESDENTADO BONETE, Aurelio y TEJERINA ALONSO, José Ignacio: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*. Lex Nova, 2004.

FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y MONEREO PÉREZ, José Luis: *Los derechos de Protección social de los trabajadores autónomos*. Comares, 2009.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Documentos

Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia*

Proposal for a Council Recommendation on access to social protection for workers and the self-employed

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. CONTEXTO DE LA PROPUESTA

• Razones y objetivos de la propuesta

Ofrecer acceso a la protección social es de capital importancia para la seguridad económica y social de la mano de obra y para unos mercados de trabajo que funcionen adecuadamente y que creen puestos de trabajo y un crecimiento sostenible. Sin embargo, existe un número cada vez mayor de personas que, debido a su tipo de relación laboral o su forma de trabajo por cuenta propia, se quedan sin un acceso suficiente a la protección social.

La protección social puede facilitarse a través de prestaciones en especie o en efectivo. En general, se proporciona a través de regímenes de asistencia social que protegen a todas las personas (basados en la nacionalidad o la residencia y financiados a través de los impuestos generales) y a través de los regímenes de seguridad social que protegen a las personas en el mercado laboral, en muchos casos a partir de cotizaciones relaciona-

das con sus ingresos procedentes del trabajo. La seguridad social comprende varias ramas, que abarcan una gran variedad de riesgos sociales que van desde el desempleo hasta la enfermedad o la vejez.

En el pilar europeo de derechos sociales¹, que proclamaron conjuntamente el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en noviembre de 2017, se establecen veinte principios y derechos para apoyar unos mercados laborales y unos sistemas de protección social que sean justos y funcionen adecuadamente. En particular, el principio n.º 12 del pilar establece que «con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada». El objetivo de esta iniciativa es poner en práctica este principio, así como contribuir a la aplicación de otros principios de este pilar, tales como los principios sobre «empleo seguro y adaptable», «prestaciones por desempleo», «acceso a la asistencia sanitaria» y «pensiones y prestaciones de vejez».

* Estrasburgo, 13.3.2018, COM(2018) 132 final, 2018/0059(NLE). {SWD(2018) 70 final}{SWD(2018) 71 final}{SWD(2018) 79 final}

¹ COM(2017) 251.

La presente Recomendación se aplica a las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación en el mercado de trabajo o el tipo de relación laboral y que garantizan principalmente la protección contra la pérdida de ingresos procedentes del trabajo en caso de producirse un determinado riesgo.

Los sistemas de bienestar y protección social varían a lo largo de la UE, lo que refleja diferentes tradiciones nacionales, preferencias políticas y presupuestos. No obstante, se enfrentan a retos similares y transformadores. En concreto, en el pasado las relaciones laborales se caracterizaban fundamentalmente por unos contratos indefinidos a tiempo completo entre un trabajador y un único empleador. Sin embargo, durante las dos últimas décadas, la globalización, la tecnología, los cambios en las preferencias individuales y los cambios demográficos han contribuido a que se produjeran cambios importantes en los mercados de trabajo. Todo ello ha conducido al crecimiento de formas de trabajo distintas de los contratos indefinidos a tiempo completo, como el trabajo temporal, el trabajo a tiempo parcial y el trabajo eventual. Estas formas de empleo ofrecen más flexibilidad para que las empresas puedan ajustar su oferta de trabajo a sus necesidades y para que los trabajadores ajusten sus modelos de trabajo a sus preferencias personales. Asimismo, las carreras profesionales se han vuelto menos lineales, ya que es más habitual que haya personas que cambian de situación en el mercado de trabajo o que combinan el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia.

Más recientemente, la digitalización ha incrementado de forma significativa el ritmo del cambio. Las empresas y los negocios tienen que adaptar más rápidamente sus actividades económicas a diferentes mercados a fin de poner en práctica nuevos ciclos de los productos y actividades estacionales, y de abordar eficazmente las fluctuaciones de los volúmenes y los flujos comerciales. En muchos casos, las empresas favorecen nuevas formas de empleo y de contratos, como el trabajo según demanda, el trabajo basado en vales y el trabajo intermitente, a fin de responder a estas necesidades. Otras nuevas formas de empleo por cuenta propia, o formas de empleo

tales como el trabajo a través de plataformas, están creando también nuevas oportunidades para que las personas se incorporen al mercado de trabajo o permanezcan en él, o complementen los ingresos procedentes de su empleo principal.

Del mismo modo, y por razones similares, el trabajo por cuenta propia ha evolucionado a lo largo de las dos últimas décadas en la UE. Hay que destacar que los cambios estructurales en los mercados laborales han difuminado los límites entre las situaciones en el mercado laboral. Junto con los tradicionales «empresarios» y las profesiones liberales, se utiliza más ampliamente el estatuto de trabajador por cuenta propia, en algunos casos incluso cuando, de hecho, existe una relación de dependencia laboral.

A medida que el mundo del trabajo evoluciona, con un número cada vez mayor de personas que trabajan por cuenta propia, en puestos de trabajo no regulados por contratos convencionales, o que alternan el empleo por cuenta ajena y el empleo por cuenta propia o combinan ambos, grandes números de trabajadores se están quedando sin un acceso suficiente a la protección social debido a su situación en el mercado de trabajo o al tipo de relación laboral.

Estas diferencias de acceso incrementan los riesgos para el bienestar de las personas afectadas y sus familias, que sufren una mayor incertidumbre económica, pero también para la economía y la sociedad, desde el punto de vista de la demanda interna, la inversión en capital humano y la cohesión social. Los efectos acumulados de las desigualdades en el acceso a la protección social probablemente den lugar, con el paso del tiempo, a nuevas desigualdades inter e intrageneracionales entre aquellos que tienen, o logren conseguir, un trabajo con un contrato con plenos derechos sociales, y aquellos que no. Pueden constituir una discriminación indirecta contra los jóvenes, las personas nacidas en el extranjero y las mujeres, que tienen más probabilidades de ser contratados con contratos atípicos.

Las diferencias en el acceso a la protección social, debido a la situación en el mercado de trabajo y al tipo de relación laboral, pueden

obstaculizar el aprovechamiento de oportunidades para pasar de una situación en el mercado laboral a otra, si ello supone perder una serie de derechos y, en última instancia, pueden tener como resultado un menor crecimiento de la productividad laboral. Por consiguiente, también pueden no apoyar el emprendimiento y dificultar la competitividad y el crecimiento sostenible.

A largo plazo, lo que está en juego es la sostenibilidad social y económica de los sistemas nacionales de protección social. Las diferencias en el acceso a la protección social para grupos cada vez mayores de la mano de obra les obligará a recurrir a las redes de seguridad de último recurso financiadas con impuestos en caso de riesgo social, mientras que el número de personas que contribuyen a la protección social será proporcionalmente menor. Estas diferencias también pueden dar lugar a casos de abuso de la situación laboral y crear una competencia desleal entre las empresas que siguen cotizando a la protección social y las que no lo hacen.

La iniciativa «Acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia» tiene por objeto apoyar a todos los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores no convencionales que, debido a su tipo de contrato o su situación en el mercado laboral, no están suficientemente protegidos por los regímenes de protección social en lo que respecta al desempleo, la enfermedad, la maternidad o la paternidad, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la discapacidad y la vejez. En particular, esta iniciativa tiene como objetivo animar a los Estados miembros a:

- permitir que todas las personas que trabajan por cuenta ajena y por cuenta propia se afilien a los sistemas de protección social correspondientes (con lo que se suprimen las diferencias de cobertura formales),

- tomar medidas que permitan que todas las personas que trabajan por cuenta ajena y por cuenta propia acumulen y hagan valer derechos adecuados como miembros de un régimen (cobertura efectiva adecuada) y facilitar la transferibilidad de los derechos de protección social entre los diferentes regímenes,

- incrementar la transparencia en relación con los sistemas de protección social y sus derechos.

Esta iniciativa forma parte del paquete de equidad social, junto con una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Laboral Europea² y una Comunicación sobre el seguimiento de la aplicación del pilar europeo de derechos sociales³.

Otras iniciativas que contribuyen a la aplicación del pilar europeo de derechos sociales están estrechamente relacionadas con la presente propuesta de Recomendación y son complementarias de ella, en particular la propuesta de la Comisión de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (véase más abajo la sección sobre la coherencia con las políticas existentes).

La presente Recomendación se basa en la Recomendación sobre los niveles mínimos de protección social de la OIT⁴, y la complementa; esta Recomendación de la OIT proporciona orientación a los países a fin de ampliar la cobertura de protección social dando prioridad al establecimiento de niveles mínimos nacionales de protección social accesibles a todos los que lo necesiten.

El reto que aborda la Recomendación afecta a un número importante de personas en la Unión Europea. Juntos, el trabajo por cuenta propia y las formas de trabajo no convencionales representan una parte significativa del mercado de trabajo. En 2016, el 14 % de las personas con empleo en la UE eran trabajadores por cuenta propia, el 8 % eran trabajadores temporales a tiempo completo, el 4 % eran trabajadores temporales a tiempo parcial, el 13 % eran trabajadores fijos a tiempo parcial y el 60 % eran trabajadores con un contrato indefinido a tiempo completo.

² COM(2018) 131.

³ COM(2018) 130.

⁴ Recomendación sobre los niveles mínimos de protección social de la OIT, 2012 (n.º 202).

La prevalencia del trabajo no convencional y del trabajo por cuenta propia varía en gran medida entre los Estados miembros, las regiones, los sectores y las generaciones. La proporción de trabajadores jóvenes de entre 20 y 30 años de edad con un contrato temporal o con «otro tipo de contrato o sin contrato» duplica a la de otros grupos de edad. También se observa una división entre hombres y mujeres, con un fuerte predominio de los hombres entre los trabajadores por cuenta propia, y un fuerte predominio de las mujeres que ejercen un trabajo de duración determinada y/o a tiempo parcial.

Asimismo, los trabajadores por cuenta propia forman un grupo heterogéneo. La mayor parte de las personas que eligen convertirse en trabajadores por cuenta propia, con o sin asalariados, lo hacen voluntariamente, asumiendo el riesgo de convertirse en empresarios, mientras que el 20 % lo hacen debido a que no pueden encontrar un empleo como trabajador por cuenta ajena. Algunos disfrutan de un buen nivel de calidad y autonomía en su trabajo, mientras que otros, que representan menos del 10 %, sufren dependencia económica y vulnerabilidad financiera. Entre las empresas que se crean cada año en la UE, las creadas por trabajadores por cuenta propia representan entre el 15 % y el 100 % en los Estados miembros cuyos datos permiten realizar este análisis⁵. Las empresas de nueva creación, creadas por trabajadores por cuenta propia, tienen unas tasas de supervivencia que suelen situarse entre el 30 % y el 60 % después de los primeros cinco años.

Además, un número cada vez mayor de personas acumula paralelamente varios contratos de trabajo o combina el trabajo por cuenta ajena con el trabajo por cuenta propia. En algunos casos, la principal fuente de ingresos identificable va acompañada de actividades marginales o auxiliares; en otros casos, varias actividades permiten acumular unos ingresos completos, pero no puede determinarse ninguna fuente de ingresos principal.

En varios países nunca se ha incluido plenamente a los trabajadores por cuenta ajena

en los sistemas de protección social. En 2017, los trabajadores por cuenta propia no tenían ningún tipo de acceso a la protección por desempleo en once Estados miembros. En diez Estados miembros no estaban asegurados contra los accidentes de trabajo y las lesiones laborales y en tres no estaban cubiertos por las prestaciones de enfermedad. En los países en que los que existe una cobertura voluntaria para los trabajadores por cuenta propia, las tasas de afiliación son muy reducidas, del 1 % al 20 %. Por el contrario, las personas con empleos no convencionales suelen tener el mismo acceso legal a los sistemas de protección social que las que tienen contratos convencionales, con la importante excepción de determinadas categorías de trabajadores, entre las que se encuentran los trabajadores eventuales y estacionales, los aprendices o los becarios, los trabajadores según demanda y los que tienen contratos de agencias de trabajo temporal o contratos específicos de un país.

Algunos trabajadores no convencionales y algunos trabajadores por cuenta propia se enfrentan a obstáculos para acumular y hacer valer derechos adecuados a prestaciones debido a las normas que regulan las cotizaciones y los derechos (período mínimo de carencia, período mínimo de trabajo, largo período de espera o corta duración de las prestaciones), la forma en que se evalúan los ingresos o la insuficiente adecuación de las prestaciones.

Por otra parte, mientras que la mayoría de los Estados miembros ofrecen información general sobre los derechos y las obligaciones en relación con la participación en los sistemas de protección social, solamente la mitad de ellos ofrecen información sobre los derechos y las obligaciones individuales. El acceso a información individualizada ayudaría a las personas a ser conscientes de los derechos que han acumulado a lo largo de su carrera profesional y, de esta manera, podrían tomar decisiones con conocimiento de causa.

- **Coherencia con las disposiciones existentes en la misma política sectorial**

La presente Recomendación es coherente y desarrolla las políticas existentes en el ámbito de la protección social.

⁵ Bélgica, Chequia, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia y el Reino Unido.

En particular, las orientaciones existentes de la UE en el ámbito del acceso a la protección social⁶ en el contexto del Semestre Europeo, y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social, han creado un consenso entre los Estados miembros y las instituciones de la UE sobre la necesidad de modernizar los sistemas de protección social⁷. En este contexto, se han elaborado orientaciones estratégicas en ramas clave de la protección social (pensiones, seguro de desempleo, etc.). Por lo tanto, la presente iniciativa complementaría la cooperación en curso en materia de protección social al examinar la situación de los trabajadores por cuenta propia y de los trabajadores no convencionales en las diferentes ramas de la protección social.

A lo largo de los años, se ha creado un marco jurídico de la UE para la protección de los derechos en algunos ámbitos del empleo no convencional mediante la Directiva relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal⁸ y a través de los acuerdos negociados entre los interlocutores sociales y aplicados a través de las Directivas sobre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo de duración determinada⁹. No obstante, considerando que las Directivas son de aplicación a las condiciones laborales, su impacto en la protección so-

cial es bastante limitado. Cubren los derechos de protección social que están estrechamente relacionados con las condiciones laborales y se consideran parte de la retribución, como las pensiones de empleo¹⁰ y la retribución por maternidad y por enfermedad. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha dejado claro en su jurisprudencia que las Directivas no se aplican a los regímenes obligatorios de protección social¹¹. En los preámbulos de sus Acuerdos¹², los interlocutores sociales piden a los Estados miembros que garanticen que las disposiciones en materia de protección social se adapten para ajustarse a unas formas de trabajo flexibles en evolución. Estos preámbulos no son jurídicamente vinculantes y, si bien los Estados miembros han manifestado en varias ocasiones su compromiso de conseguir que la protección social sea más favorable al empleo, un estudio reciente sobre el grado en que esto ha ocurrido sugiere que todavía existe un amplio margen de mejora en varios Estados miembros¹³.

En el ámbito de la igualdad de género, una serie de directivas han establecido algunos derechos relacionados con la conciliación de la vida familiar y la vida profesional. La Directiva 2010/41/UE sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma¹⁴ prevé la posibilidad de conceder a las mujeres (incluidos los cónyuges de los trabajadores por cuenta propia) el derecho al permiso por maternidad y prestaciones durante al menos catorce semanas. Dado que esta Directiva deja en manos de los Estados miembros la decisión de si el derecho a estas prestaciones debe concederse con carácter obligatorio o voluntario, los ni-

⁶ Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (92/442/CEE), DO L 245 de 26.8.1992, p. 49, Recomendación de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (C(2008) 5737), DO L 307 de 18.11.2008, p. 11, Comunicación de la Comisión «Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo» 2014-2020, COM(2013) 83, «Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social», COM(2008) 418 final; Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo, de 5 de octubre de 2015, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, DO L 268 de 15.10.2015, y recomendaciones específicas por país.

⁷ Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea, Comunicación de la Comisión, COM(97) 102 final, de 12 de marzo de 1997.

⁸ Trabajo a través de empresas de trabajo temporal, disponible en línea .

⁹ Directiva 1999/70/CE del Consejo sobre el trabajo de duración determinada, disponible en línea ; Directiva 97/81/CE del Consejo sobre el trabajo a tiempo parcial, disponible en línea.

¹⁰ Véanse los asuntos acumulados C-396/08 y 395/08, Bruno y otros, apartado 41, disponible en línea .

¹¹ Ibidem y asunto C-385/11 Moreno/INSS, disponible en línea.

¹² Acuerdo marco sobre los contratos de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES), y Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES).

¹³ ESPN (2017), Informes temáticos sobre el acceso a la protección social de las personas que trabajan por cuenta propia o con contratos no convencionales.

¹⁴ Disponible en línea .

veles de las prestaciones y las condiciones de admisibilidad varían mucho entre los Estados miembros. La propuesta de la Comisión de una directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores¹⁵ prevé una cobertura por permisos de paternidad y permisos parentales y prestaciones para cuidadores para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores no convencionales, con un contrato o una relación laboral.

En lo que respecta a la transferibilidad, no existe ningún requisito en la legislación de la UE para garantizar la transferibilidad de los derechos de pensiones de empleo, pero la Directiva 2014/50/EU¹⁶ sobre la portabilidad de los derechos complementarios de pensión, alienta a los Estados miembros a mejorarla y, de hecho, todos los Estados miembros han optado por extender el mismo tratamiento jurídico a todos los trabajadores (la Directiva no se aplica a los trabajadores por cuenta propia) que hayan abandonado un plan de pensiones de empleo.

Además, varias iniciativas recientes de la UE contribuirán a abordar el problema de la transparencia. En primer lugar, esto afecta a las prestaciones de vejez en el contexto de las pensiones de empleo. Esto se abordará en la Directiva relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión¹⁷ (Directiva sobre portabilidad) y en la Directiva refundida relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (Directiva FPE)¹⁸. Ambas directivas mejoran la transmisión de información sobre los regímenes de pensiones. La Directiva sobre por-

tabilidad también incluye la protección de los derechos de pensión tras el cese de la relación laboral¹⁹. Estas dos directivas deben transponerse a la legislación nacional a más tardar el 21 de mayo de 2018 y el 13 de enero de 2019, respectivamente.

En segundo lugar, la falta de transparencia para otros ámbitos de protección social de los trabajadores se abordará parcialmente mediante la propuesta de la Comisión de una Directiva sobre unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea²⁰, pero su ámbito de aplicación no incluye a los trabajadores por cuenta propia. Con arreglo a la propuesta, los trabajadores recibirán información sobre las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador. Sin embargo, la directiva propuesta no determina si los trabajadores deberían tener acceso a la protección social, sino que se limita a garantizar que los trabajadores puedan acceder a información sobre derechos adquiridos.

• **Coherencia con otras políticas de la Unión**

La iniciativa es coherente con la prioridad política que se concede a una unión económica y monetaria más justa y más profunda. La economía de la UE en su conjunto podría beneficiarse de efectos positivos en el dinamismo del mercado laboral, y de una reducida inseguridad económica y menores costes sociales. En función de las diferentes posibilidades de financiación, las empresas podrían experimentar un incremento en el coste que representa gestionar las fluctuaciones de la producción junto con algún aumento de los costes para el empleo no convencional y el trabajo por cuenta propia. Sin embargo, también podrían beneficiarse de un posible aumento

¹⁵ COM(2017) 253/884003.

¹⁶ Véase el anexo 8 para información más detallada.

¹⁷ Directiva 2014/50/UE relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. En el artículo 6 se exige a los Estados miembros que garanticen que los afiliados activos puedan obtener, previa petición, información sobre las consecuencias que un cese de la relación laboral tendría sobre sus derechos complementarios de pensión.

¹⁸ Directiva 2016/2341/UE relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (FPE).

¹⁹ El artículo 37, apartado 1, letra j), de la Directiva 2016/2341, sobre información general sobre el plan de pensiones, contiene una disposición sobre transferibilidad. En caso de que un participante tenga derecho a transferir sus derechos de pensión, debe proporcionarse información adicional sobre las condiciones de dicha transferencia.

²⁰ COM(2017) 797 final, disponible en línea.

de la productividad de las personas en las formas de empleo que han pasado a estar protegidas y de una competencia más justa.

La concesión de prestaciones a grupos previamente no cubiertos a través de los sistemas públicos de protección social podría desembocar en un incremento del gasto público. Sin embargo, el coste presupuestario inicial podría reducirse debido a un incremento de las cotizaciones de protección social y a los ingresos fiscales relacionados con el consumo de los hogares, debido al efecto positivo en la renta familiar disponible, especialmente para los hogares más pobres. Por otra parte, en los casos en que los grupos previamente no cubiertos se basan en la actualidad en redes de seguridad de último recurso como la asistencia social, podrían reducirse los gastos para otras partes del presupuesto. También se incrementarían algunos costes para la transmisión de información personalizada. Sin embargo, se estima que este coste es considerablemente inferior a los beneficios esperados tanto para las personas a lo largo de toda su vida como para los sistemas de protección social a medio y largo plazo.

La presente iniciativa es coherente con la Comunicación de la Comisión sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», en la que se ponía de relieve que la cuestión de si existe una relación de empleo o no entre una plataforma y el prestador del servicio subyacente debe determinarse en función de cada caso, basándose acumulativamente, en particular, en si el prestador de servicios actúa bajo la dirección de la plataforma que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones de trabajo; si el prestador de servicios recibe una remuneración; y la naturaleza del trabajo²¹.

2. BASE JURÍDICA, SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

• Base jurídica

La iniciativa «Acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los

trabajadores por cuenta propia» apoyará los objetivos de la Unión reconocidos en el artículo 3 del Tratado de la UE: promover el bienestar de sus pueblos y el desarrollo sostenible de Europa con el objetivo del pleno empleo y el progreso social, pero también el objetivo de fomentar la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres y la solidaridad entre las generaciones. De conformidad con el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión 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.

La Recomendación del Consejo se basaría en el artículo 292 del TFUE en combinación con los artículos 153, apartado 1, letra c) y 153, apartado 2, tercer párrafo, así como en el artículo 352 del TFUE.

El artículo 153, apartado 1, letra c), y apartado 2, del TFUE permite la adopción por el legislador de la UE de medidas en el ámbito de la seguridad social y la protección social de los trabajadores en la medida en que i) se evite establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas, ii) no afecte a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social, y iii) no afecte de modo sensible al equilibrio financiero de estos sistemas. Esta base jurídica podría utilizarse para abordar los retos que representa el acceso a la protección social para las personas con un empleo no convencional. El Consejo está obligado a actuar por unanimidad.

El artículo 352 del TFUE puede constituir la base jurídica de una iniciativa relacionada con los retos del acceso a la protección social para las personas en diferentes formas de empleo por cuenta propia. En este caso, el Consejo también está obligado a actuar por unanimidad.

• Subsidiariedad (en el caso de competencia no exclusiva)

²¹ COM(2016) 356

Las políticas de empleo y de protección social siguen siendo básicamente una responsabilidad de los Estados miembros.

El problema del acceso insuficiente a la protección social para un número cada vez mayor de personas en el mercado de trabajo y sus consecuencias negativas para la cohesión social, el dinamismo del mercado laboral y el crecimiento sostenible se plantea en todos los Estados miembros. Mientras que algunos de ellos han adoptado reformas o están llevando a cabo debates nacionales sobre este asunto, los datos de que se dispone muestran que estas reformas, aunque son pasos en la dirección correcta, no son exhaustivas y sistemáticas, es decir, no están eliminando las diferencias en el acceso para todos los grupos y todas las ramas de la protección social. Los debates actuales tampoco dan a entender que todos los Estados miembros tengan necesariamente previsto actuar al respecto. Los Estados miembros, por sí solos, pueden dudar a la hora de legislar en este ámbito por su cuenta, ya que podrían temer que esta actuación situara a sus propias empresas en una situación de desventaja en relación con las de otros Estados miembros.

La actuación de la UE puede servir de impulso para posteriores reformas nacionales y garantizar que el progreso no sea parcial o desigual, sino que esté garantizado en los diferentes grupos, ramas de protección social y Estados miembros. La actuación de la UE también puede evitar una «carrera a la baja» y asegurar que todos los Estados miembros avancen en la misma dirección al mismo tiempo, fomentando una convergencia al alza dentro de los Estados miembros y entre ellos, en beneficio de la economía de la UE en su conjunto.

La actuación de la UE también puede reducir los obstáculos que plantea este problema para la consecución de los objetivos de la Unión. Las diferencias entre tipos de relaciones laborales o entre situaciones en el mercado de trabajo en lo que respecta al acceso a la protección social puede ir en detrimento del objetivo fundamental de la UE de promover el pleno empleo al obstaculizar la movilidad laboral ocupacional, incluso hacia sectores con mayor productividad. Puede disuadir a los

trabajadores a la hora de acogerse a determinados tipos de empleo o a las personas de asumir los riesgos asociados al trabajo por cuenta propia, obstaculizando así el emprendimiento y la innovación. Este problema también puede ser un obstáculo para la consecución de los objetivos de la Unión en relación con la calidad de los puestos de trabajo y la lucha contra la pobreza y la exclusión social.

Al reforzar la convergencia hacia unas instituciones del mercado laboral sólidas, la actuación de la UE puede facilitar una estructura económica resiliente y fomentar la cohesión social en la Unión.

Las medidas propuestas en la presente Recomendación tienen como objetivo eliminar o reducir los obstáculos que impiden que los sistemas de protección social proporcionen una adecuada protección social a las personas, con independencia del tipo de relación laboral o de situación en el mercado laboral que tengan, respetando al mismo tiempo las competencias de los Estados miembros a la hora de diseñar sus sistemas de protección social. Se dejan una serie de opciones a la discreción de los Estados miembros, en particular: i) el nivel de protección proporcionado, ii) si se amplía la cobertura en el marco de los regímenes existentes o mediante la creación de nuevos regímenes, iii) la manera de financiar la protección, y iv) las combinaciones de regímenes que van a utilizarse (públicos, profesionales o privados). Estas cuestiones quedan fuera del alcance de la presente iniciativa. Los Estados miembros son los mejor situados para decidir acerca de estas dimensiones a fin de garantizar una protección efectiva de la forma más eficiente, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas de protección social existentes en la Unión.

- **Proporcionalidad**

Se respeta plenamente el principio de proporcionalidad ya que el ámbito de aplicación de la propuesta se limita a garantizar unas normas mínimas en el acceso a la protección social.

Además, la propuesta da a los Estados miembros la posibilidad de mantener o establecer disposiciones más favorables y de tener

en cuenta las características específicas de sus situaciones nacionales. Por consiguiente, deja espacio a la flexibilidad por lo que se refiere a la elección de las medidas concretas de aplicación.

La proporcionalidad también desempeña un papel fundamental a la hora de orientar la elección del instrumento (véase la sección siguiente).

Tal y como queda reflejado en el anexo 7 de la evaluación de impacto, varios Estados miembros han iniciado debates nacionales y están emprendiendo algunas reformas. La presente Recomendación incrementará el apoyo a estos esfuerzos a nivel nacional al basarse en las buenas prácticas, la experiencia y las pruebas que se recojan en toda la Unión e impulsando acciones para abordar las lagunas en la recogida de datos.

Como se indica en la evaluación de impacto (capítulos 5 y 6), las cuantificaciones disponibles indican que los costes que acarrea la ampliación del acceso formal y efectivo y la mejora de la transparencia son razonables y están justificados a la luz del incremento de beneficios a largo plazo en términos de empleo más seguro, una mayor productividad y de cohesión social, acordes con las ambiciones en materia social más amplias de la UE.

• Elección del instrumento

El instrumento preferido para la iniciativa es una recomendación del Consejo, que proporciona orientaciones a los Estados miembros sobre la manera de conseguir el acceso a la protección social para todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

La Comisión considera que una recomendación del Consejo es el enfoque más proporcionado en este momento para que una acción de la UE aborde los retos relacionados con el acceso a la protección social. En comparación con una directiva, que impondría unos resultados vinculantes, una recomendación permite a la UE y a los Estados miembros seguir trabajando juntos para abordar las diferentes dimensiones del problema y prever cómo van a evolucionar, lo que incluye sus implicaciones a nivel nacional y los posibles efectos in-

ducidos en el mercado interior, así como para estimular y orientar las reformas nacionales y garantizar que el progreso no sea parcial o desigual entre los diferentes grupos destinatarios y ramas de la protección social. Una recomendación responde a la necesidad de actuar a nivel de la UE, teniendo en cuenta al mismo tiempo la falta de consenso político, en este momento, en cuanto a la orientación de las reformas. En efecto, las consultas con las partes interesadas (véase más abajo) muestran una importante divergencia sobre el mejor instrumento, así como acerca de la dirección de las reformas. Además, puede apoyar los esfuerzos dirigidos a reforzar la base estadística y de conocimientos necesaria para realizar un seguimiento de la situación a nivel de la UE.

Por consiguiente, el principal valor añadido de una recomendación es crear un impulso que apoye y complemente los debates y las reformas nacionales, orientar a los Estados miembros en sus esfuerzos y crear un consenso sobre las mejores opciones de reforma, lo cual también permitiría orientar la posición de la UE y de sus Estados miembros en todos los foros internacionales pertinentes. Una recomendación del Consejo también permite a la UE dejar un margen de flexibilidad a los Estados miembros sobre la manera de alcanzar los objetivos, dependiendo del punto de partida y la historia y las prácticas nacionales.

Al mismo tiempo, una recomendación del Consejo independiente tiene un importante valor añadido si se compara con abordar la cuestión únicamente a través de los procesos existentes, como el Semestre Europeo o el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social. Se necesita un enfoque específico para dar a esta cuestión la necesaria visibilidad política, aumentar la sensibilización al respecto y generar un impulso. Asimismo, se necesitan esfuerzos de todos los Estados miembros de manera coherente y en cierta medida coordinada para despejar las dudas sobre las posibles desventajas de dar el primer paso.

El apoyo de la UE en la aplicación y el seguimiento de esta Recomendación puede integrarse plenamente en los procesos en cur-

so del Semestre Europeo y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social. Puede promoverse la aceptación de la Recomendación mediante una serie de medidas de acompañamiento, especialmente a través de programas de aprendizaje mutuo y financiación de experimentos de apoyo y de reformas en los Estados miembros.

3. RESULTADOS DE LAS EVALUACIONES *EX POST*, DE LAS CONSULTAS CON LAS PARTES INTERESADAS Y DE LAS EVALUACIONES DE IMPACTO

• Evaluaciones *ex post* / control de calidad de la legislación existente

La Comisión todavía no ha publicado la evaluación de la Directiva 2010/41/UE sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, la Directiva 2014/50/UE relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión (Directiva sobre portabilidad) y la Directiva refundida 2016/2341/UE relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (Directiva FPE). Sin embargo, una evaluación independiente realizada por expertos ha llegado a la conclusión de que la Directiva 2010/41/UE sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma no ha conseguido mejores prestaciones de maternidad y sociales para los trabajadores por cuenta propia²².

Por otra parte, la propuesta de la Comisión de una Directiva sobre unas condicio-

²² Barnard C. and Blackham A. (2015), «The implementation of Directive 2010/41 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity» (La puesta en práctica de la Directiva 2010/41 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma), informe de la red europea de expertos jurídicos en el ámbito de la igualdad de género encargado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea.

nes laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea²³ se basa en la evaluación (91/533/CEE). • Consultas con las partes interesadas

Se han realizado varias consultas con las partes interesadas para informarles acerca de esta iniciativa durante el año 2017 y a principios de 2018. Esto incluye un procedimiento de consulta en dos fases de los interlocutores sociales europeos tal como se estipula en el artículo 154 del TFUE, una consulta pública abierta y audiencias específicas con interlocutores clave y con representantes de los Estados miembros dentro del Comité de Protección Social.

Las consultas permitieron obtener información sobre el grado de discrepancia entre los diferentes puntos de vista de las partes interesadas.

Todas las partes interesadas estuvieron en gran medida de acuerdo en la existencia de problemas relacionados con el acceso a la protección social de los trabajadores en formas de empleo no convencionales y para los trabajadores por cuenta propia.

Las consultas llevadas a cabo han puesto de manifiesto que no existe ningún consenso general sobre el mejor instrumento que debe utilizarse. En particular, los comentarios realizados por los Estados miembros en los debates del Comité de Protección Social y a través de documentos de posición presentados en el contexto de la consulta pública abierta señalaron la falta de apoyo general de los Estados miembros a una propuesta legislativa en relación con todos los objetivos presentados. El Parlamento Europeo pidió asimismo, en su Resolución (2016/2095(INI)) sobre un pilar europeo de derechos sociales, una recomendación que permitiera que todas las personas en todas las formas de empleo por cuenta ajena y por cuenta propia acumulasen derechos a prestaciones de seguridad social. Los interlocutores sociales expresaron puntos de vista divergentes. Los sindicatos consideran que deben introducirse mejoras en la legislación de la UE, al tiempo

²³ COM(2017) 797 final, disponible en línea

que advierten de que no deberían socavar el actual acervo de la UE ni reducir las normas nacionales existentes o dar lugar a una armonización a la baja de los derechos. Por el contrario, algunas organizaciones patronales consideran que el método abierto de coordinación y el proceso del Semestre Europeo, incluidas evaluaciones comparativas, serían los instrumentos adecuados para facilitar el aprendizaje mutuo y los intercambios de buenas prácticas.

Todos los sindicatos son favorables a una cobertura formal obligatoria, que equivalga a la de los trabajadores convencionales, pero teniendo en cuenta las tradiciones nacionales. Los empleadores expresaron opiniones divergentes en lo que respecta a la cobertura. Algunos estaban de acuerdo en que la protección social debería ser obligatoria, pero consideraban que los trabajadores por cuenta ajena deberían tener derecho a elegir la forma de cobertura (pública o privada), insistiendo asimismo en particular en la libertad de elección para los trabajadores por cuenta propia. Otros empleadores se mostraban a favor de una cobertura formal voluntaria con el fin de tener en cuenta la diversidad de las formas de empleo y la heterogeneidad de los trabajadores por cuenta propia. Todos los interlocutores sociales estaban de acuerdo en la necesidad de una mayor transparencia.

Mientras que los sindicatos piden una transferibilidad plena, los empleadores desearían limitarla a los derechos mínimos de protección social y hacen hincapié en que no deberían imponerse cargas o costes adicionales asociados.

En lo que respecta a las opciones estratégicas y al instrumento jurídico, se mantiene un equilibrio entre los puntos de vista divergentes de las partes interesadas.

- **Obtención y uso de asesoramiento especializado**

La evaluación de impacto se basa en un inventario completo de las políticas en los Estados miembros, una revisión de la bibliografía y un análisis de las tendencias actuales, precedentes de datos comparativos y los resultados de una consulta de los inter-

locutores sociales y una consulta pública. La estimación de los impactos sociales y económicos incluye varias series de simulaciones microeconómicas, que cuantifican las posibles repercusiones sociales y el efecto en los presupuestos públicos, así como análisis más cualitativos, que permiten comprender mejor las reacciones y las actitudes comportamentales (a través de una encuesta específica) y el contexto específico del país (a través de estudios de casos).

- **Evaluación de impacto**

De conformidad con su política «Legislar mejor», la Comisión llevó a cabo una evaluación de impacto de las posibles opciones estratégicas y de gobernanza. Esta labor contó con el apoyo de una consulta estructurada dentro de la Comisión a través de un grupo director interservicios²⁴. El 7 de febrero de 2018, el Comité de Control Reglamentario (CCR) debatió la evaluación de impacto. El 9 de febrero de 2018, el CCR emitió un dictamen positivo con reservas, que se han abordado con más argumentos en favor de la elección de una recomendación y clarificando y fundamentando en mayor medida el alcance de la iniciativa y sus beneficios y efectos económicos esperados²⁵.

En la evaluación de impacto se examinaron diferentes opciones estratégicas, que combinan medidas en las que se abordan los objetivos de la iniciativa. La opción estratégica preferida, en el contexto de la evaluación de impacto, es la siguiente:

- una cobertura obligatoria para todos los trabajadores en formas no convencionales de empleo que aún no están cubiertas y voluntaria para los trabajadores por cuenta propia;
- el ajuste de los umbrales temporales; la transferibilidad obligatoria de los derechos acumulados; la totalización de los períodos;
- la transmisión de información general y personalizada.

²⁴ En el que se encontraban las Direcciones Generales GROW, SANTE, ECFIN, TAXUD y JUST, y el Servicio Jurídico.

²⁵ Véase el anexo I de la evaluación de impacto.

De esta manera se conseguiría una gran eficacia en lo que respecta a la protección y, de esta manera, se obtendrían unos efectos sociales destacados y positivos, incluida la reducción de la incertidumbre respecto a los ingresos y la pobreza, comportando al mismo tiempo los costes correspondientes para las autoridades públicas y los empleadores. El enfoque diferenciado tiene plenamente en cuenta la naturaleza del trabajo por cuenta propia, lo que, al mismo tiempo, refleja la importante heterogeneidad del grupo afectado. La transmisión de información genérica y personalizada que mejore la transparencia podría estimular una mayor afiliación voluntaria a un coste relativamente bajo para las autoridades públicas.

No obstante, se decidió que esta propuesta debería adoptar un enfoque más elaborado en lo que respecta a la cobertura formal de los trabajadores por cuenta propia, basado especialmente en una mayor diferenciación entre las ramas de la protección social, a fin de reflejar mejor la naturaleza del trabajo por cuenta propia. En lo que respecta al riesgo de desempleo, que es más difícil de evaluar y controlar en el caso del trabajo por cuenta propia y está más íntimamente relacionado con el riesgo empresarial, se concede una mayor flexibilidad a los Estados miembros en el diseño del sistema mediante la posibilidad de ampliar la cobertura a los trabajadores por cuenta propia sobre una base voluntaria. Esto también refleja la heterogeneidad de los trabajadores por cuenta propia y se respetaría su libertad de elección. Para otros riesgos como la vejez, la invalidez, la enfermedad y la maternidad, se recomienda la cobertura obligatoria tanto para los trabajadores por cuenta propia como para los trabajadores por cuenta ajena. Estos riesgos son menos difíciles de evaluar que el riesgo de desempleo y son más similares para ambos grupos; por lo tanto, un enfoque diferenciado por situación en el mercado laboral resulta más difícil de justificar. Es probable que el enfoque diferenciado para las personas que trabajan por cuenta propia incremente la eficacia de la actuación de la UE. En los Estados miembros en los que existen regímenes voluntarios para los trabajadores por cuenta propia se observan unas bajas tasas de afiliación (de menos del 1 % hasta el 20 %), lo que

podría explicarse por un comportamiento y unas preferencias individuales a corto plazo, la falta de sensibilización y los desincentivos financieros. Cabe esperar que las tasas de afiliación superiores que se conseguirían con un enfoque obligatorio aportaran mayores beneficios sociales, incluida la reducción de la incertidumbre respecto a los ingresos y la pobreza, en comparación con un enfoque voluntario. El establecimiento de una cobertura obligatoria para los trabajadores por cuenta propia es una opción realista, ya que el inventario presentado en la evaluación de impacto muestra que existen regímenes obligatorios para este grupo en cada rama de la protección social en, al menos, algunos Estados miembros. Por consiguiente, la propuesta está en consonancia con la realidad en los Estados miembros y establece un alto nivel de ambición en términos de cobertura formal. Por lo tanto, puede también ser aún más eficaz para reducir los incentivos a una competencia desleal que explote la existencia de diferentes derechos de protección social, tal como se refleja, por ejemplo, en el caso de los falsos autónomos.

También se ha ajustado el ámbito de aplicación material de la iniciativa en comparación con la evaluación de impacto para incluir la asistencia sanitaria. La asistencia sanitaria es un ámbito concreto en el que se combinan las disposiciones en materia de asistencia social (garantizada a todos los ciudadanos o residentes legales) con el seguro médico relacionado con las cotizaciones sociales. En algunos países, los trabajadores no convencionales y los trabajadores por cuenta propia pueden encontrarse con diferentes situaciones en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria, debido a su tipo de relación laboral o a su situación en el mercado laboral. Por consiguiente, en consonancia con el pilar europeo de derechos sociales y su principio en materia de asistencia sanitaria, la iniciativa debería pedir a los Estados miembros que garantizaran el acceso a la asistencia sanitaria de todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

Globalmente, si las medidas propuestas en la Recomendación se aplicaran plenamente en los Estados miembros, los trabajadores no convencionales y los trabajadores por

cuenta propia, que representan juntos el 39 % de la población ocupada, se beneficiarían de una mejor protección. Esto daría lugar a una reducción en la individualización del riesgo, la incertidumbre respecto a los ingresos, la precariedad y, en especial, del riesgo de pobreza de estos grupos a unos niveles mucho más próximos a los de los trabajadores convencionales. En la actualidad, los trabajadores no convencionales se enfrentan a un riesgo mucho mayor de pobreza (del 16 % en comparación con el 6 % de los trabajadores convencionales en 2016) como resultado de unos ingresos bajos y de carencias en materia de cobertura. De manera similar, los sistemas de protección social desempeñan por término medio en la UE un papel mucho menos importante a la hora de reducir el riesgo de pobreza de los trabajadores por cuenta propia en comparación con los trabajadores por cuenta ajena.

También se espera que la reducción de las diferencias de acceso a la protección social fomente las transiciones entre tipos de contrato y situaciones en el mercado laboral, con lo que se promueve el dinamismo del mercado laboral. La reducción de la posibilidad de depender excesivamente de contratos exentos de cotizaciones de protección social va a crear unas condiciones de competencia más equitativas entre las empresas. La contención de la tendencia a que exista un porcentaje cada vez mayor de personas que se encuentran fuera de los sistemas de protección social evitaría que se debilitara su papel, incluso para los mercados de trabajo y la estabilización de los ciclos económicos, y podrían conseguirse efectos positivos en su sostenibilidad fiscal.

Las empresas podrían beneficiarse de una menor competencia desleal, un posible incremento de la productividad de las personas en formas de empleo por cuenta ajena y cuenta propia que pasarían a estar protegidas y los efectos positivos en el dinamismo del mercado laboral. En función de las diferentes posibilidades de financiación, las empresas podrían experimentar un incremento en el coste que representa gestionar las fluctuaciones de la producción junto con algún aumento de los costes para el empleo no convencional y el trabajo con trabajadores por cuenta propia.

El nivel de los costes y su distribución entre presupuestos públicos, proveedores de seguros, trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, y contribuyentes depende en gran medida de las decisiones clave que se dejan en manos de los Estados miembros por razones de subsidiariedad, incluida la organización de los sistemas, su financiación y el nivel de protección que proporcionan. Los costes directos están principalmente relacionados con la concesión de prestaciones; las simulaciones utilizadas como ejemplo sobre la extensión de la cobertura por desempleo y las prestaciones por enfermedad a los trabajadores por cuenta propia sugieren un coste limitado, que varía, entre otras cosas, con el número de trabajadores por cuenta propia en el país, el riesgo de desempleo a que se enfrentan y la generosidad del sistema. Los costes indirectos podrían deberse a cambios de comportamiento en respuesta a la mayor cobertura de protección social.

Es importante señalar que el amplio ámbito de aplicación de la iniciativa, que aborda simultáneamente las diferentes ramas de la protección social y las diferencias en la organización de los regímenes de seguridad social entre los Estados miembros, junto con las limitaciones de los datos disponibles, limita en gran medida la posibilidad de proporcionar una imagen cuantitativa global en la evaluación de impacto. El carácter limitado de la cuantificación refleja asimismo la incertidumbre relacionada con las principales decisiones sobre los niveles de protección y el diseño y la financiación de los sistemas de protección social, que se dejan en manos de los Estados miembros por razones de subsidiariedad.

- **Adecuación regulatoria y simplificación**

Los principales efectos previstos como consecuencia de la mejora de la protección serían un incremento de la mutualización del riesgo y el aumento de la seguridad de los ingresos, lo que tendría como resultado una menor precariedad y pobreza de las personas. También se espera que la iniciativa contribuya a aumentar el dinamismo del mercado laboral y a una mejor asignación de los recursos, así como a reforzar el papel clave que se ha demostrado que tienen los estabilizadores au-

tomáticos de la protección social, reduciendo las fluctuaciones del ciclo económico. Las empresas también se beneficiarán de un mercado laboral que funcione adecuadamente y de estructuras económicas resilientes.

Las empresas podrían beneficiarse de un incremento de la productividad de las personas en formas de empleo que pasarían a estar protegidas, de una menor competencia desleal y de los efectos positivos de los sistemas de protección social en los mercados de trabajo y en la demanda interna. En función de las diferentes posibilidades de financiación, se espera que las empresas experimenten un incremento en el coste que representa gestionar las fluctuaciones de la producción, junto con algún aumento de los costes en relación con el empleo no convencional y el trabajo por cuenta propia.

La iniciativa se aplicará a todos los empleadores. No obstante, afectará en especial a todos los empleadores de trabajadores no convencionales y, en una cierta menor medida, a las empresas que trabajan con trabajadores por cuenta propia. Los datos que se presentan en la evaluación de impacto permiten determinar en qué medida las empresas utilizan estos tipos de contratos. Los trabajadores por cuenta propia con y sin empleados trabajan sobre todo con microempresas (de 1 a 9 trabajadores), y mucho menos con pymes y grandes empresas. Por lo tanto, la exención de las microempresas reduciría indebidamente la eficacia de la iniciativa. Los trabajadores no convencionales trabajan especialmente en la administración pública (28 %) y en pymes, y en menor medida también en grandes empresas y en microempresas.

• **Derechos fundamentales**

No se ha identificado ningún impacto negativo en los derechos fundamentales. Por el contrario, la iniciativa promueve el derecho a las prestaciones de seguridad social y que los servicios sociales proporcionen protección en casos tales como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, de conformidad con el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

4. REPERCUSIONES PRESUPUESTARIAS

La presente Recomendación no tiene repercusiones financieras en el presupuesto de la UE.

5. OTROS ELEMENTOS

• **Planes de ejecución y modalidades de seguimiento, evaluación e información**

La Comisión supervisará la aplicación en los Estados miembros y examinará la Recomendación en cooperación con los Estados miembros y previa consulta a las partes interesadas, garantizando un período lo suficientemente largo para evaluar los efectos de la iniciativa una vez que se haya aplicado plenamente. La eficacia de la Recomendación podría medirse a partir de datos nuevos y ya existentes y de la información recogida a través de la información transmitida por los Estados miembros.

Se ha realizado un inventario de las diferencias existentes en materia de protección social con vistas a esta evaluación de impacto (véase el anexo 6), que se repetirá dentro de algunos años. La comparación de los dos inventarios, *ex ante* y *ex post*, permitirá disponer de una imagen de la evolución del régimen de protección social, su cobertura y sus condiciones de admisibilidad.

Al mismo tiempo, una de las limitaciones actuales en el análisis del problema se debe a la falta de una buena base estadística que permita cuantificar plenamente el tamaño de los grupos afectados. Con este fin, se incluirán en la propia Recomendación compromisos de transmisión de estadísticas. De esta manera se alentará a los Estados miembros a recopilar y publicar estadísticas fiables sobre el acceso a la protección social, desglosadas por la situación en el mercado laboral (trabajador por cuenta propia/por cuenta ajena), el tipo de relación laboral (temporal/permanente, a tiempo parcial/a tiempo completo y nuevas formas de trabajo/empleo convencional), el sexo, la edad y la nacionalidad.

Por otra parte, se establecerá una cooperación reforzada con Eurostat para crear indicadores adecuados para este ámbito. Aunque no se dispondría de series de larga duración en el tiempo, debería ser posible hacer un seguimiento de los progresos hacia la cobertura formal, la cobertura efectiva y la transparencia desde la publicación de la Recomendación. Ya se ha empezado a trabajar para mejorar los indicadores, que podrían estar disponibles en el momento en que los Estados miembros empiecen a aplicar la Recomendación.

Además, la Comisión comenzaría a trabajar en el marco del Comité de Protección Social para establecer un marco de evaluación comparativa para la protección social.

- **Documentos explicativos (en el caso de las Directivas)**

No procede.

- **Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta**

Los apartados 1 a 6 indican el objeto de la Recomendación y sus objetivos. También definen el ámbito de aplicación personal (qué personas quedarán cubiertas) y el ámbito de aplicación material (qué ramas de la protección social se ven afectadas) de la Recomendación.

El apartado 7 contiene las definiciones que deben aplicarse a efectos de la propuesta.

Los apartados 8 y 9 recomiendan a los Estados miembros ampliar la cobertura formal a todos los trabajadores, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, así como a los trabajadores por cuenta propia.

El apartado 10 recomienda a los Estados miembros que garanticen una cobertura efectiva, con independencia del tipo de relación laboral y de la situación en el mercado laboral, revisando las normas que rigen las cotizaciones y los derechos. El apartado 11 introduce el principio de la transferibilidad de los derechos, que debería contribuir a una cobertura eficaz.

Los apartados 12 a 15 alientan a los Estados miembros a garantizar la adecuación

de la protección social y a concebir mejor los sistemas en función de la situación de los beneficiarios.

Los apartados 16 y 17 introducen el principio de transparencia, alentando a los Estados miembros a mejorar el acceso a la información sobre derechos y obligaciones en materia de protección social y a simplificar los requisitos administrativos.

Los apartados 18 a 23 establecen el plazo máximo de que disponen los Estados miembros para aplicar los principios establecidos en la Recomendación y publicar datos periódicamente. En ellos se invita a la Comisión a que proponga un marco de evaluación comparativa en el plazo de un año a partir de la publicación de la Recomendación, a reexaminar la aplicación de la Recomendación en un plazo de tres años, y a apoyar a los Estados miembros mediante financiación e intercambios de aprendizaje mutuo.

2018/0059 (NLE)

Propuesta de

RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO

relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 292, leído en relación con sus artículos 153 y 352,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Considerando lo siguiente:

(1) De conformidad con el artículo 3 del TUE, los objetivos de la Unión son, entre otras cosas, promover el bienestar de sus pueblos y trabajar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. La Unión combate la exclusión social y la discriminación y fomenta la justicia y la protección socia-

les, la igualdad entre las mujeres y los hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

(2) De conformidad con el artículo 9 del TFUE, la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, debe tener 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.

(3) El artículo 153, apartado 1, letra c), del TFUE permite a la Unión apoyar y complementar las actividades de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad social y la protección social de los trabajadores. La Unión también puede actuar a fin de abordar los retos a que se enfrentan las personas que trabajan por cuenta propia para acceder a la protección social tomando como base el artículo 352 del TFUE, que contiene una disposición que autoriza a la Unión a adoptar un acto que sea necesario para alcanzar los objetivos fijados por los Tratados cuando estos no hayan previsto los poderes de actuación necesarios a tal efecto.

(4) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente el pilar europeo de derechos sociales en su Proclamación interinstitucional de 17 de noviembre de 2017²⁶. El principio n.º 12 del pilar establece que, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada.

(5) Los interlocutores sociales se han comprometido a seguir contribuyendo a que Europa ofrezca resultados a sus trabajadores y empresas²⁷.

(6) En su Resolución sobre un pilar europeo de derechos sociales²⁸, el Parlamento

Europeo subrayó la necesidad de que exista una protección social y una inversión social adecuadas a lo largo de la vida de las personas que permita a todos participar plenamente en la sociedad y la economía y tener un nivel de vida digno. En su dictamen sobre un pilar europeo de derechos sociales, el Comité Económico y Social Europeo hizo hincapié en la necesidad de procurar que todos los trabajadores estén cubiertos por las normas laborales fundamentales y cuenten con una protección social adecuada.

(7) Los sistemas de protección social son la piedra angular del modelo social de la Unión y de un buen funcionamiento de la economía social de mercado. La función clave de la protección social es proteger a las personas contra las implicaciones financieras de los riesgos sociales, tales como la enfermedad, la vejez, los accidentes de trabajo o la pérdida del puesto de trabajo, así como prevenir y aliviar la pobreza y mantener un nivel de vida digno. Unos sistemas de protección social bien diseñados pueden también facilitar la participación en el mercado de trabajo apoyando la transición en el mercado de trabajo de las personas que cambian de puesto de trabajo, se ponen a trabajar o dejan de hacerlo, o bien crean una empresa o la cierran. Contribuyen a la competitividad y el crecimiento sostenible, en la medida en que apoyan la inversión en capital humano y pueden contribuir a la reasignación de recursos humanos hacia sectores emergentes y dinámicos de la economía. También tienen un papel que desempeñar como estabilizadores automáticos suavizando las fluctuaciones del consumo a lo largo del ciclo económico.

(8) La protección social puede facilitarse a través de prestaciones en especie o en efectivo. En general, se proporciona a través de regímenes de asistencia social que protegen a todas las personas (que se basan en la nacionalidad o la residencia y se financian a través de los impuestos generales) y a través de los regímenes de seguridad social que protegen a las personas en el mercado laboral, en muchos casos a partir de cotizaciones relaciona-

²⁶ DO C 428 de 13.12.2017, pp. 10 a 15.

²⁷ Declaración conjunta de los interlocutores sociales de 24 de marzo de 2017.

²⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pu->

bRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0010+0+DOC+XML+V0//ES

das con sus ingresos procedentes del trabajo. La protección social comprende varias ramas, que abarcan una gran variedad de riesgos sociales que van desde el desempleo hasta la enfermedad o la vejez. La presente Recomendación se aplica a las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación en el mercado laboral o el tipo de relación laboral y que principalmente garantizan una protección contra la pérdida de ingresos procedentes del trabajo en caso de producirse un determinado riesgo. Complementa las orientaciones existentes, a nivel de la Unión, sobre los servicios y la asistencia social y, más generalmente, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral²⁹.

(9) La globalización, los avances tecnológicos, los cambios en las preferencias individuales y el envejecimiento de la población han impulsado los cambios en los mercados de trabajo europeos durante los dos últimos decenios, y seguirán haciéndolo en el futuro. El empleo será cada vez más diverso y las carreras profesionales serán cada vez menos lineales.

(10) Los mercados laborales de la Unión contienen diferentes relaciones laborales y formas de empleo por cuenta propia junto con los contratos de trabajo indefinidos a tiempo completo. Algunos tipos de trabajo ya se conocían en el mercado laboral desde hace mucho tiempo (por ejemplo, duración determinada, temporales, a tiempo parcial, trabajo doméstico o períodos de prácticas); mientras que otros se han desarrollado más recientemente y han ido ganando en importancia desde la década de 2000: el trabajo según demanda, el trabajo basado en vales, el trabajo a través de plataformas, etc.

(11) En particular, los trabajadores por cuenta propia también forman un grupo heterogéneo. La mayor parte de las personas que eligen convertirse en trabajadores por cuenta propia lo hacen voluntariamente, con o sin asalariados, asumiendo el riesgo de convertir-

se en empresarios, mientras que uno de cada cinco trabajadores por cuenta propia lo es debido a que no puede encontrar un trabajo por cuenta ajena.

(12) A medida que los mercados de trabajo evolucionan, también deben evolucionar los sistemas de protección social a fin de garantizar que el modelo social europeo esté preparado para el futuro y permita a las sociedades y economías de la Unión aprovechar al máximo el mundo del trabajo en el futuro. Sin embargo, en la mayoría de los Estados miembros, las normas que rigen las cotizaciones y los derechos de los regímenes de protección social todavía se basan en gran medida en los contratos indefinidos a tiempo completo entre un trabajador y un empleador único, mientras que la cobertura de otros grupos de trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia ha sido más marginal. Los datos recogidos muestran que algunos trabajadores no convencionales y algunos trabajadores por cuenta propia no tienen un acceso suficiente a las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación en el mercado laboral o el tipo de relación laboral. Solamente algunos Estados miembros han iniciado reformas para adaptar los sistemas de protección social a la naturaleza cambiante del trabajo a fin de proteger mejor a los trabajadores afectados y a los trabajadores por cuenta propia. Las mejoras no han sido uniformes entre los países y entre las ramas de la protección social.

(13) A largo plazo, las diferencias en el acceso a la protección social pueden poner en peligro el bienestar y la salud de las personas, contribuir al incremento de la inseguridad económica, el riesgo de pobreza y las desigualdades, y también pueden dar lugar a una inversión subóptima en capital humano, reducir la confianza en las instituciones y limitar un crecimiento económico inclusivo.

(14) Podría considerarse a los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia como formalmente cubiertos por una rama específica de la protección social si la legislación existente o el convenio colectivo establecen que tienen derecho a participar en un régimen de protección social en esa rama específica. La cobertura formal puede

²⁹ Recomendación de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (2008/867/CE).

realizarse a través de regímenes obligatorios o voluntarios. Estos últimos permiten que las personas se afilien a un régimen (cláusulas de inclusión voluntaria) o cubrir a todas las personas del grupo destinatario por defecto, dándoles la posibilidad de abandonar el régimen si así lo desean (cláusulas de exclusión voluntaria). Los datos de que se dispone demuestran que los regímenes voluntarios con cláusulas de exclusión voluntaria presentan unas tasas más elevadas de afiliación y, por tanto, proporcionan una mejor cobertura.

(15) Podría considerarse a los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia como efectivamente cubiertos en una rama específica de la protección social en caso de que tengan la posibilidad de acumular prestaciones adecuadas y la posibilidad, en caso de que se materialice el riesgo correspondiente, de acceder a un nivel determinado de prestaciones. Puede concederse acceso formal a una persona sin que tenga de hecho la posibilidad de acumular y adquirir derechos a prestaciones.

(16) La protección social se considera adecuada cuando permite que las personas mantengan un nivel de vida digno, sustituyan su pérdida de ingresos de manera razonable y vivan con dignidad, y evita que caigan en la pobreza.

(17) En algunos Estados miembros, determinadas categorías de trabajadores, como los trabajadores a tiempo parcial de corta duración, los trabajadores estacionales, los trabajadores según demanda, los que trabajan a través de plataformas y los que trabajan con contratos de agencias de trabajo temporal o en períodos de prácticas, están excluidos de los regímenes de protección social. Por otra parte, los trabajadores que no tienen contratos indefinidos a tiempo completo pueden encontrar dificultades para estar efectivamente cubiertos por la protección social debido a que podrían no cumplir los criterios para tener derecho a recibir prestaciones de los regímenes de protección social de carácter contributivo. En algunos Estados miembros, los trabajadores por cuenta ajena están totalmente excluidos del acceso formal a los regímenes de protección social clave, mientras que en otros pueden afiliarse a ellos de forma voluntaria.

La cobertura voluntaria puede ser una solución adecuada en el caso del seguro de desempleo, que está más estrechamente relacionado con el riesgo empresarial; en cambio, es menos justificable para otros riesgos como el de enfermedad, que son en gran medida independientes de su situación en el mercado laboral.

(18) Las normas que rigen los derechos a prestaciones pueden jugar en contra de los trabajadores no convencionales y de los trabajadores por cuenta ajena. En particular, los ingresos y los umbrales temporales (los períodos de carencia, los períodos de espera, los períodos mínimos de trabajo y la duración de las prestaciones) pueden constituir un obstáculo indebidamente elevado para que algunos grupos de trabajadores no convencionales y por cuenta propia puedan acceder a la protección social. En general, se ha determinado la existencia de dos grupos de cuestiones: en primer lugar, las diferencias existentes en las normas aplicables a los trabajadores convencionales y a las personas con empleos no convencionales o que trabajan por cuenta propia pueden penalizar innecesariamente a un grupo; en segundo lugar, la aplicación de las mismas normas a todos los grupos puede tener como consecuencia unos resultados peores para las personas que se encuentran fuera del empleo convencional y puede no estar adaptada a la situación de los trabajadores por cuenta propia. En ambos casos, puede haber margen para adaptar mejor las normas a la situación de los grupos específicos manteniendo al mismo tiempo un principio general de universalidad, de manera que no quede nadie sin cobertura en el mercado laboral en el momento de la materialización de un riesgo social. Pueden necesitarse medidas específicas para evitar que la gente cotice en regímenes que se solapan, por ejemplo cuando ejercen actividades auxiliares mientras están plenamente cubiertos en su ocupación principal.

(19) Los derechos de protección social no siempre se conservan y se transfieren cuando las personas transitan entre diferentes situaciones en el mercado laboral, por ejemplo cuando se pasa del trabajo por cuenta ajena al trabajo por cuenta propia o a estar en paro, cuando se combina el trabajo por cuenta ajena con el trabajo por cuenta propia, o cuando

se pone en marcha o se cierra una empresa. Es asimismo de capital importancia la transferibilidad de los derechos entre los distintos regímenes y su totalización a fin de permitir que las personas que combinan trabajos o cambian de trabajo, o que pasan de ser un trabajador por cuenta ajena a uno por cuenta propia, y viceversa, accedan efectivamente a las prestaciones de los regímenes contributivos y dispongan de una cobertura adecuada, y también para fomentar su participación en caso de regímenes de protección social voluntarios.

(20) Las prestaciones pueden ser inadecuadas, es decir, insuficientes o a destiempo para mantener el nivel de vida, vivir con dignidad y evitar que las personas caigan en la pobreza. En este caso, puede haber margen para mejorar la adecuación y, al mismo tiempo, prestar atención a las medidas que permitan una facilitación de la vuelta al trabajo. Las normas que rigen las cotizaciones pueden distorsionar las condiciones de competencia equitativas e ir en detrimento de algunas categorías de trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena. Por ejemplo, las cotizaciones de protección social para los trabajadores por cuenta propia pueden incluir unas aportaciones independientes de los ingresos, o establecerse a partir de ingresos del pasado o de estimaciones sobre futuros ingresos. Esto puede crear problemas de flujo de efectivo para el individuo cuando sus ingresos descienden por debajo de las estimaciones. Además, la progresividad y las reducciones en las cotizaciones sociales para los grupos con bajos ingresos podrían aplicarse de manera más equitativa a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, garantizando al mismo tiempo que estas exenciones no induzcan a una infradeclaración de los ingresos.

(21) La actual complejidad normativa y la falta de transparencia en lo que respecta a las normas de protección social en muchos Estados miembros impiden que las personas conozcan sus derechos y obligaciones, así como sus posibilidades de ejercerlos. También pueden contribuir a una baja tasa de utilización, o a una baja participación en los regímenes de protección social, en especial en el caso de los regímenes voluntarios.

(22) La falta de estadísticas sobre la cobertura de la protección social, desglosadas por tipo de relación laboral, edad, sexo y nacionalidad, puede limitar las posibilidades de mejora de la capacidad de los sistemas de protección social para adaptarse y responder a un mundo laboral en transformación.

(23) Las diferencias en el acceso a la protección social pueden tener efectos perjudiciales, en términos de repercusiones económicas y fiscales, que se perciban en toda la Unión. Son una cuestión de interés común para los Estados miembros, y pueden presentar obstáculos para la consecución de los objetivos clave de la Unión.

(24) La legislación de la Unión ya garantiza el principio de igualdad de trato entre diferentes tipos de relaciones laborales, prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo en materia de empleo, ocupación, protección social y acceso a bienes y servicios, asegura la portabilidad y la conservación de los derechos en caso de movilidad entre Estados miembros y garantiza unos requisitos mínimos para la adquisición y las preservación de los derechos complementarios de pensión entre fronteras, así como de los requisitos mínimos en términos de transparencia de los regímenes profesionales. La presente Recomendación debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones de las directivas y los reglamentos ya que establecen algunos derechos de protección social³⁰.

³⁰ Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES - Anexo: Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (DO L 14 de 20.1.1998, p. 9), 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 (DO L 175 de 10.7.1999, p. 43), Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DO L 327 de 5.12.2008, p. 9), Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283 de 28.10.2008, p. 36), Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DO L 354 de 23.12.2016, p. 37), Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad

(25) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su jurisprudencia³¹, ha establecido criterios para determinar la situación en que se encuentra un trabajador. La definición de trabajador del apartado 7 se basa en estos criterios.

(26) La Recomendación 92/442/CEE del Consejo³² identificó objetivos comunes en el ámbito de la protección social e invitó a los Estados miembros a «examinar la posibilidad de instaurar y/o desarrollar una protección social apropiada para los trabajadores por cuenta propia». Estos objetivos definidos en común han creado un cierto margen para el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social, un

de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (DO L 180 de 15.7.2010, p. 1), Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204 de 26.7.2006, p. 23), 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 (DO L 6 de 10.1.1979, p. 24), Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373 de 21.12.2004, p. 37), Directiva 2010/18/CE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DO L 68 de 18.3.2010, p. 13), y la propuesta de 16 de abril de 2017 por la que se deroga (COM(2017) 253 final), Directiva 93/103/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca (decimotercera Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 307 de 13.12.1993, p. 1), Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1) y propuesta de Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, COM/2017/0797 final, de 21 de diciembre de 2017.

³¹ Véanse las sentencias de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum, asunto 66/85; de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isère, asunto C-428/09; de 9 de julio de 2015, Balkaya, asunto C-229/14; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten, asunto C-413/13; y de 17 de noviembre de 2016, Ruhrlandklinik, asunto C-216/15.

³² Recomendación 92/442/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (DO L 245 de 26.8.1992, p. 49).

instrumento esencial para apoyar la definición, la ejecución y la evaluación de los marcos nacionales de protección social y fomentar la cooperación mutua de los Estados miembros en este ámbito.

(27) En el marco del Semestre Europeo, el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento de 2018 recuerda que la mejora de la adecuación y la cobertura de la protección social es de capital importancia para prevenir la exclusión social, mientras que, en las orientaciones para las políticas de empleo de 2018, se invita a los Estados miembros a modernizar sus sistemas de protección social.

(28) En su Recomendación sobre los niveles mínimos de protección social de 2012, la Organización Internacional del Trabajo recomienda a sus miembros, con arreglo a las circunstancias nacionales, que establezcan lo más rápidamente posible y que mantengan sus niveles mínimos de protección social, incluidas las garantías básicas de protección social.

(29) La Comisión ha puesto en marcha una consulta en dos etapas con los interlocutores sociales³³ sobre el acceso a la protección social para las personas con cualquier forma de empleo, de conformidad con el artículo 154, apartado 2, del TFUE. El procedimiento del artículo 154, apartado 2, del TFUE no es aplicable, como tal, a la actuación de la Unión para abordar los desafíos relacionados con el trabajo por cuenta propia tomando como base el artículo 352 del TFUE. La Comisión invitó a los interlocutores sociales a que compartieran sus puntos de vista en lo que respecta a las personas que trabajan por cuenta propia de forma voluntaria.

(30) La Comisión también ha llevado a cabo una consulta pública para recabar la opinión de diferentes partes interesadas y ciudadanos y ha recopilado pruebas para evaluar los efectos socioeconómicos de la presente Recomendación³⁴.

(31) La implementación de la presente Recomendación no debería utilizarse para

³³ C(2017) 7773.

³⁴ SWD(2018) 70.

disminuir los derechos existentes establecidos en la legislación vigente de la Unión en este ámbito, ni debería constituir un motivo válido para reducir el nivel de protección general del que gozan los trabajadores en el ámbito cubierto por la presente Recomendación.

(32) La presente Recomendación debería evitar establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas (PYME). Se invita, por tanto, a los Estados miembros a evaluar el impacto de sus reformas en las pymes, con el fin de asegurarse de que estas no se vean afectadas de manera desproporcionada, prestando especial atención a las microempresas y a la carga administrativa, y a publicar los resultados de estas evaluaciones.

(33) La presente Recomendación no debería empeorar aún más la liquidez de las empresas, y especialmente de las pymes, cuando su situación financiera se haya visto afectada negativamente por retrasos en los pagos por parte de autoridades públicas.

(34) Los Estados miembros podrán implicar a las partes interesadas, incluidos los interlocutores sociales, en el diseño de las reformas. La presente Recomendación no debería limitar la autonomía de los interlocutores sociales cuando sean responsables de establecer y gestionar regímenes de protección social.

(35) La presente Recomendación debe entenderse sin perjuicio de las facultades de los Estados miembros para organizar sus sistemas de protección social. La competencia exclusiva de los Estados miembros por lo que se refiere a la organización de sus sistemas de protección social incluye, entre otras cosas, las decisiones sobre la creación, la financiación y la gestión de tales sistemas y de sus correspondientes instituciones, así como sobre el contenido y la concesión de las prestaciones, el nivel de las cotizaciones y las condiciones de acceso. La presente Recomendación no debería impedir a los Estados miembros mantener o establecer disposiciones sobre la protección social más avanzadas que las que se recomiendan en ella.

(36) La presente Recomendación debería cumplir, reforzar y realzar debidamente los

derechos fundamentales, en particular los establecidos en los artículos 29 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(37) La sostenibilidad financiera de los regímenes de protección social es esencial para la resiliencia, la eficiencia y la eficacia de los mismos. La aplicación de la presente Recomendación no debería afectar de manera significativa al equilibrio financiero de los sistemas de protección social de los Estados miembros.

HA ADOPTADO LA PRESENTE RECOMENDACIÓN:

Objetivo y ámbito de aplicación

1. La presente Recomendación tiene como objetivo facilitar el acceso a una protección social adecuada para todos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia en los Estados miembros.
2. La presente Recomendación tiene por objeto establecer normas mínimas en el ámbito de la protección social de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. La protección social puede prestarse a través de una combinación de regímenes, incluidos los públicos, los profesionales y los privados, y puede implicar cotizaciones, de conformidad con los principios fundamentales de los sistemas de protección social nacionales. Los Estados miembros son competentes para definir el nivel de las cotizaciones y decidir qué combinación de regímenes resulta apropiada, de conformidad con el artículo 153, apartado 4, del TFUE
3. La presente Recomendación cubre el derecho a participar en un régimen, así como la adquisición de derechos y el acceso a los mismos. Tiene por objeto, en particular, garantizar lo siguiente para todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia:
 - a) una cobertura formal de protección social;
 - b) una cobertura efectiva y la adecuación y la transferibilidad de la protección social;

- c) la transparencia de los derechos de protección social.
4. La presente Recomendación se aplica a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, incluidas las personas que transitan entre estas dos situaciones o que se encuentran en las dos, así como a las personas cuyo trabajo se ve interrumpido debido a la aparición de uno de los riesgos cubiertos por la protección social.
5. La presente Recomendación se aplica a las ramas siguientes de la protección social, en la medida en que existan en los Estados miembros:
- prestaciones de desempleo;
 - prestaciones por enfermedad y de asistencia sanitaria;
 - prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas;
 - prestaciones de invalidez;
 - prestaciones de vejez;
 - prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
6. Los principios de accesibilidad, transferibilidad, adecuación y transparencia definidos en la presente Recomendación se aplican a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, si bien se reconoce que pueden aplicarse normas distintas a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia.

Definiciones

7. A efectos de la presente Recomendación se entenderá por:
- «trabajador»: una persona física que, durante un período de tiempo determinado, realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración;
 - «relación laboral»: la relación de trabajo entre un trabajador y el empleador o los empleadores;
 - «tipo de relación laboral»: uno de los diferentes tipos de relación entre un trabajador y el empleador o los empleadores, que puede diferir en cuanto a la duración del empleo, el número de horas de trabajo u otras condiciones de la relación laboral;
 - «situación en el mercado laboral»: la situación de una persona que o bien trabaja en el marco de una relación laboral (trabajador por cuenta ajena) o trabaja por su propia cuenta (trabajador por cuenta propia);
 - «régimen de protección social»: un marco de normas diferenciado para proporcionar prestaciones a los beneficiarios con derecho a ellas. Dichas normas especifican el ámbito de aplicación personal del programa, las condiciones para tener derecho a las prestaciones, el tipo de prestaciones, los importes de las prestaciones, la duración de las prestaciones y otras características de las prestaciones, así como la financiación (cotizaciones, impuestos generales y otras fuentes), la gobernanza y la gestión del programa. Las ramas de la protección social a que se hace referencia en el apartado 5 de la presente Recomendación se definen de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo;
 - «prestación»: una transferencia en efectivo realizada por una entidad pública o privada a una persona con derecho a recibirla como parte de un régimen de protección social;
 - «cobertura formal» de un grupo: una situación en una rama específica de la protección social (por ejemplo, prestaciones de vejez, protección contra el paro o protección de la maternidad/la paternidad) en la que la legislación vigente o el convenio colectivo establece que las personas que pertenecen a

este grupo tienen derecho a participar en un régimen de protección social que abarque una rama específica;

- h) «cobertura efectiva» de un grupo: una situación en una rama específica de la protección social en la que las personas que pertenecen a este grupo tienen la oportunidad y la capacidad de acumular prestaciones, y, en caso de que se materialice el riesgo correspondiente, de acceder a un nivel determinado de prestaciones;
- i) «duración de las prestaciones»: el período de tiempo durante el cual un asegurado o las personas a cargo del asegurado pueden obtener prestaciones del régimen de protección social;
- j) «período de carencia»: el período de participación en un régimen, exigido por la legislación nacional o por las normas del mismo, para que se reconozcan los derechos de protección social acumulados;
- k) «período mínimo de trabajo»: exigencia de que la persona debe haber trabajado un mínimo de horas/meses/años antes de tener derecho a recibir la prestación en caso de materialización del riesgo;
- l) «sectores económicos»: los sectores de la economía, agrupados con arreglo al tipo de producto o servicio que producen;
- m) «transferibilidad»: la posibilidad de i) transferir los derechos acumulados a otro régimen, ii) hacer que los períodos de carencia en una situación del mercado laboral anterior (o en situaciones del mercado laboral concomitantes) se contabilicen a efectos de los períodos de carencia en la nueva situación;
- n) «transparencia»: la transmisión de información disponible, accesible, exhaustiva y claramente comprensible al público en general, a los potenciales miembros del régimen y a los miembros y los beneficiarios del régimen sobre las normas del mismo y/o las obligaciones y los derechos individuales.

Cobertura formal

8. Los Estados miembros deben garantizar que los trabajadores tengan acceso a la protección social ampliando la cobertura formal con carácter obligatorio a todos los trabajadores, independientemente del tipo de su relación laboral.
9. Los Estados miembros deben garantizar que los trabajadores por cuenta propia tengan acceso a la protección social ampliando su cobertura formal:
 - a) con carácter obligatorio para las prestaciones por enfermedad y de asistencia sanitaria, las prestaciones por maternidad/paternidad, las prestaciones de vejez e invalidez, así como las prestaciones relacionadas con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales;
 - b) con carácter voluntario para las prestaciones de desempleo.

Cobertura efectiva y transferibilidad

10. Los Estados miembros deben garantizar una cobertura efectiva de todos los trabajadores, independientemente del tipo de su relación laboral, y de los trabajadores por cuenta propia, con arreglo a las condiciones establecidas en los apartados 7 y 8, preservando al mismo tiempo la sostenibilidad del sistema y la aplicación de salvaguardias para evitar abusos. Con este fin:
 - a) las normas que rigen las cotizaciones (por ejemplo, los períodos de carencia y los períodos mínimos de trabajo) y las normas que regulan los derechos (por ejemplo, períodos de espera, las normas de cálculo y la duración) no deben obstaculizar la posibilidad de acumular prestaciones y de acceder a ellas debido al tipo de relación laboral o a la situación en el mercado laboral;
 - b) las diferencias en las normas que regulan los regímenes entre las situaciones en el mercado laboral o los tipos de relaciones laborales, deben ser proporcionadas y reflejar la situación específica de los beneficiarios.

11. De conformidad con las disposiciones nacionales en materia de diálogo social, los Estados miembros deben garantizar que los derechos, tanto si se adquieren a través de regímenes obligatorios como de regímenes voluntarios, se acumulen, conserven y transfieran a través de todos los tipos de empleo y de situaciones de trabajo por cuenta propia, y de todos los sectores económicos. Esto podría incluir:

- a) la totalización de todas las cotizaciones y la preservación de todos los derechos acumulados a lo largo de la carrera profesional de una persona o durante un determinado período de referencia;
- b) hacer que todos los derechos sean transferibles entre los diferentes regímenes dentro de una rama específica de la protección social.

Adecuación

12. Cuando se haga realidad un riesgo asegurado por los regímenes de protección social a los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, los Estados miembros deben garantizar que estos regímenes proporcionen un nivel adecuado de protección a sus miembros, es decir, que sea suficiente y se produzca en el momento oportuno para mantener el nivel de vida y ofrecer un grado adecuado de sustitución de los ingresos, evitando en todos los casos que esos miembros caigan en la pobreza.

13. Los Estados miembros deben garantizar que las cotizaciones a la protección social sean proporcionales a la capacidad contributiva de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia.

14. Los Estados miembros deben garantizar que se apliquen todas las exenciones o reducciones en las cotizaciones sociales para los grupos con bajos ingresos, con independencia del tipo de relación laboral y de la situación en el mercado laboral.

15. Los Estados miembros deben garantizar que el cálculo de las cotizaciones y los derechos de protección social de los trabaja-

dores por cuenta propia se basen en una evaluación objetiva y transparente de su base de ingresos, lo que incluye tener en cuenta las fluctuaciones de sus ingresos, y que refleje sus ingresos reales.

Transparencia

16. Los Estados miembros deben garantizar que las condiciones y las normas de todos los regímenes sociales sean transparentes y que las personas reciban información gratuita periódicamente actualizada, exhaustiva, accesible, fácil de utilizar y claramente comprensible sobre sus derechos y obligaciones individuales, por ejemplo:

- a) enviando actualizaciones periódicas sobre los derechos individuales;
- b) creando herramientas de simulación en línea sobre los derechos a prestaciones;
- c) creando centros de información de ventanilla única en línea o en otros medios, o cuentas personales.

17. Los Estados miembros deben simplificar los requisitos administrativos de los regímenes de protección social de los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los empleadores, en especial las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.

Aplicación, notificación y evaluación

18. Los Estados miembros y la Comisión deben trabajar en colaboración para mejorar el alcance y la pertinencia de la recogida de datos a nivel de la Unión sobre la mano de obra y el acceso a la protección social, con miras, en particular, a disponer de información para la elaboración de políticas en materia de protección social de las nuevas formas de trabajo. En este contexto, los Estados miembros deben recopilar y publicar estadísticas nacionales fiables sobre el acceso a las diferentes formas de protección social desglosadas por situación en el mercado laboral (trabajador por cuenta propia/por cuenta ajena), el tipo de relación laboral (temporal/permanente, a

tiempo parcial/a tiempo completo y nuevas formas de trabajo/empleo convencional), el sexo, la edad y la nacionalidad a más tardar el [ADD date 18 months from the publication of the Recommendation].

19. La Comisión, en colaboración con el Comité de Protección Social, debe establecer un marco de evaluación comparativa y desarrollar indicadores cuantitativos y cualitativos comunes acordados para supervisar la aplicación de la presente Recomendación a más tardar el [ADD date 12 months from the publication of the Recommendation] y que permitan su evaluación.

20. Los Estados miembros deben aplicar los principios establecidos en la presente Recomendación tan pronto como sea posible y presentar planes de acción en los que se notifiquen las medidas correspondientes adoptadas a nivel nacional a más tardar el [ADD date 12 months from the publication of the Recommendation]. Debe realizarse un seguimiento de los avances en la aplicación de los planes de acción en el contexto de las herramientas de supervi-

sión multilateral en consonancia con el Semestre Europeo y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social.

21. La Comisión debe evaluar los avances realizados en la aplicación de la presente Recomendación, teniendo en cuenta también el impacto en las pequeñas y medianas empresas, en cooperación con los Estados miembros y previa consulta a las partes interesadas, e informar al Consejo a más tardar el [ADD date 3 years from the publication of the Recommendation]. A partir de los resultados de la revisión, la Comisión podrá estudiar la posibilidad de hacer nuevas propuestas.

22. La Comisión debe garantizar que la aplicación de la presente Recomendación se base en acciones financiadas por los programas de la Unión pertinentes.

23. La Comisión debe facilitar el aprendizaje mutuo y el intercambio de mejores prácticas entre los Estados miembros y con las partes interesadas.

Hecho en
Estrasburgo

Por el Consejo
El Presidente

**Reglamento (UE)
2019/1149 del
Parlamento Europeo
y del Consejo de 20
de junio de 2019
por el que se crea la
Autoridad Laboral
Europea, se modifican
los Reglamentos (CE)
n.º 883/2004, (UE)
n.º 492/2011 y (UE)
2016/589 y se deroga
la Decisión (UE)
2016/344**

**Regulation (EU)
2019/1149 of the
European Parliament
and of the Council of 20
June 2019
establishing a European
Labour Authority,
amending Regulations
(EC) No 883/2004, (EU)
No 492/2011 and (EU)
2016/589 and repealing
Decision (EU) 2016/344**

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular sus artículos 46 y 48,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo¹,

Visto el dictamen del Comité de las Regiones²,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario³,

Considerando lo siguiente:

(1) La libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son principios fundamentales del mercado interior que están consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

(2) Con arreglo al artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la Unión obrará en pro de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la lucha contra la discriminación. De conformidad con el artículo 9 del TFUE, en la definición y ejecución de sus

¹ DO C 440 de 6.12.2018, p. 128.

² DO C 461 de 21.12.2018, p. 16.

³ Posición del Parlamento Europeo de 16 de abril de 2019

(pendiente de publicación en el Diario Oficial) y Decisión del Consejo de 13 de junio de 2019.

políticas y acciones, la Unión debe tener 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 la promoción de un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.

(3) El pilar europeo de derechos sociales fue proclamado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017. Dicha cumbre hizo hincapié en la necesidad de dar prioridad a la dimensión humana, a fin de seguir desarrollando la dimensión social de la Unión y de promover la convergencia mediante esfuerzos en todos los niveles, como se confirmó en las Conclusiones del Consejo Europeo tras su reunión de los días 14 y 15 de diciembre de 2017.

(4) En su Declaración conjunta sobre las prioridades legislativas de la UE para 2018-2019, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión se comprometen a tomar medidas para reforzar la dimensión social de la Unión, trabajando para mejorar la coordinación de los sistemas de seguridad social, protegiendo a los trabajadores de los riesgos para la salud en el lugar de trabajo, garantizando un trato equitativo para todas las personas en el mercado laboral de la Unión mediante la modernización de las normas sobre el desplazamiento de trabajadores, y mejorando la aplicación transfronteriza de la legislación de la Unión.

(5) Con el fin de proteger los derechos de los trabajadores móviles y promover una competencia leal entre las empresas, en particular las pequeñas y medianas empresas (pymes), es esencial mejorar el cumplimiento transfronterizo de la legislación de la Unión en el ámbito de la movilidad laboral y hacer frente a los abusos.

(6) Debe crearse una Autoridad Laboral Europea («Autoridad») para ayudar a reforzar la equidad y la confianza en el mercado interior. Los objetivos de la Autoridad deben definirse claramente, haciendo especial hincapié en un número limitado de tareas, de modo que se garantice que estas se realizan de la

manera más eficiente posible en los ámbitos en los que la Autoridad pueda aportar el mayor valor añadido. A tal efecto, la Autoridad debe ayudar a los Estados miembros y a la Comisión para reforzar el acceso a la información, apoyar el cumplimiento y la cooperación entre los Estados miembros de cara a una aplicación y cumplimiento coherente, eficiente y eficaz de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión, y la coordinación de los sistemas de seguridad social en la Unión, y debe mediar y facilitar una solución en caso de litigios.

(7) La mejora del acceso de las personas y los empleadores, en particular de las pymes, a la información sobre sus derechos y obligaciones en los ámbitos de la movilidad laboral, la libre circulación de servicios y la coordinación de la seguridad social, resulta esencial para que puedan beneficiarse del pleno potencial del mercado interior.

(8) La Autoridad debe llevar a cabo sus actividades en los ámbitos de la movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de la seguridad social, incluida la libertad de circulación de los trabajadores, el desplazamiento de trabajadores y los servicios muy móviles. También debe mejorar la cooperación entre los Estados miembros para hacer frente al trabajo no declarado y a otras situaciones que comprometen el buen funcionamiento del mercado interior como, por ejemplo, las sociedades fantasma y el trabajo como falso autónomo, sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para tomar decisiones sobre las medidas nacionales. Si, al llevar a cabo sus actividades, la Autoridad tiene conocimiento de presuntas irregularidades en ámbitos de la legislación de la Unión como incumplimientos de condiciones de trabajo o de normas de salud y seguridad, o explotación laboral, debe estar en condiciones de informar a las autoridades nacionales de los Estados miembros afectados y, en su caso, a la Comisión y a otros organismos competentes de la Unión y de cooperar con ellos sobre estas cuestiones.

(9) El ámbito de actividades de la Autoridad debe abarcar los actos jurídicos de la Unión específicos enumerados en el presente Reglamento, incluidas sus modificaciones.

Dicha lista debe ampliarse en caso de que se adopten nuevos actos jurídicos de la Unión en el ámbito de la movilidad laboral en toda la Unión.

(10) La Autoridad debe contribuir proactivamente a los esfuerzos nacionales y de la Unión en el ámbito de la movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de la seguridad social desempeñando sus tareas en estrecha colaboración con las instituciones y organismos de la Unión y con los Estados miembros, evitando al mismo tiempo duplicar esfuerzos y fomentando las sinergias y complementariedades.

(11) La Autoridad debe contribuir a facilitar la aplicación y cumplimiento de la legislación de la Unión en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y a apoyar el cumplimiento de las disposiciones implementadas mediante convenios colectivos universalmente aplicables de conformidad con las prácticas de los Estados miembros. A tal fin, la Autoridad debe crear un sitio web único de la Unión para acceder a todos los sitios web pertinentes de la Unión y a los sitios web nacionales establecidos de conformidad con la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y de la Comisión⁴ y la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y de la Comisión⁵. Sin perjuicio de las funciones y actividades de la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social establecida por el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo⁶ («Comisión Administrativa»), la Autoridad también debe

contribuir a la coordinación de los sistemas de seguridad social.

(12) En algunos casos, se ha adoptado legislación sectorial de la Unión para responder a necesidades específicas de sectores concretos, como por ejemplo en el ámbito del transporte internacional, incluido el transporte por carretera, ferroviario, marítimo, fluvial y aéreo. En el ámbito de aplicación del presente Reglamento, la Autoridad debe abordar también la aplicación de esa legislación sectorial de la Unión en sus aspectos de la movilidad laboral transfronteriza y la seguridad social. El ámbito de actividades de la Autoridad, y, en particular, si sus actividades deben ampliarse para abarcar otros actos jurídicos de la Unión que contemplen necesidades sectoriales en el ámbito del transporte internacional, debe someterse a una evaluación periódica y, en su caso, a una revisión.

(13) Las actividades de la Autoridad deben alcanzar a las personas sujetas a la legislación de la Unión en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, incluidos los asalariados, las personas que trabajan por cuenta propia y los solicitantes de empleo. Entre estas personas se incluyen ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión, como los trabajadores desplazados, las personas trasladadas dentro de una empresa o los residentes de larga duración, así como los miembros de su familia, de conformidad con la legislación de la Unión que regula su movilidad dentro de la Unión.

(14) La creación de la Autoridad no debe crear nuevos derechos o nuevas obligaciones para las personas y los empleadores, incluidos los operadores económicos o las organizaciones sin ánimo de lucro. Las actividades de la Autoridad deben contemplar a esas personas y empleadores, en la medida en que estén incluidos por la legislación de la Unión en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. El refuerzo de la cooperación en el ámbito del cumplimiento de la legislación no debe suponer una carga administrativa excesiva para los trabajadores o los empleadores móviles, en particular para las pymes, ni desincentivar la movilidad laboral.

⁴ Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO L 159 de 28.5.2014, p. 11).

⁵ Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO L 128 de 30.4.2014, p. 8).

⁶ Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166 de 30.4.2004, p. 1).

(15) Para garantizar que las personas y los empleadores puedan beneficiarse de un mercado interior equitativo y efectivo, la Autoridad debe apoyar a los Estados miembros a la hora de promover oportunidades para facilitar la movilidad laboral o la oferta de servicios o contratación en cualquier lugar de la Unión, incluidas oportunidades para acceder a servicios de movilidad transfronteriza, como la puesta en correspondencia transfronteriza de los puestos de trabajo, las prácticas y los aprendizajes, y planes de movilidad como Tu primer empleo EURES o Erasmus PRO. La Autoridad debe contribuir también a mejorar la transparencia de la información, incluida la relativa a los derechos y obligaciones establecidos en la legislación de la Unión, y el acceso de las personas y los empleadores a los servicios, en colaboración con otros servicios de información de la Unión, como «Tu Europa – Asesoramiento», y a aprovechar al máximo y garantizar la coherencia con el portal «Tu Europa», que debe constituir la columna vertebral del portal digital único establecido por el Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo⁷.

(16) A esos efectos, la Autoridad debe cooperar con otras iniciativas y redes pertinentes de la Unión, en particular la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo, la Red Europea para las Empresas, el Centro de Cuestiones Fronterizas, SOLVIT y el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo, así como con servicios nacionales pertinentes como los organismos para promover la igualdad de trato y apoyar a los trabajadores de la Unión y a los miembros de su familia, designados por los Estados miembros con arreglo a la Directiva 2014/54/UE. La Autoridad debe sustituir a la Comisión en la gestión de la Oficina Europea de Coordinación de la red europea de servicios de empleo (EURES) creada con arreglo al Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo⁸, tam-

bién para la definición de las necesidades de los usuarios y los requisitos operativos para la eficacia del portal EURES y los servicios de tecnologías de la información (TI) conexos, pero excluyendo el suministro de TI y el funcionamiento y desarrollo de la infraestructura de TI, que seguirán estando a cargo de la Comisión.

(17) Con vistas a garantizar la aplicación y cumplimiento de la legislación de la Unión equitativos, sencillos y eficaces, la Autoridad debe apoyar la cooperación y el intercambio oportuno de información entre los Estados miembros. Junto con otro personal, los funcionarios de enlace nacionales que trabajen en la Autoridad deben apoyar el cumplimiento de las obligaciones de cooperación por parte de los Estados miembros, agilizar los intercambios entre ellos mediante procedimientos específicos para reducir los retrasos, y garantizar las relaciones con otras oficinas de enlace, organismos y puntos de contacto nacionales creados con arreglo a la legislación de la Unión. La Autoridad debe fomentar la utilización de enfoques innovadores para una cooperación transfronteriza efectiva y eficiente, incluidas herramientas electrónicas de intercambio de datos como el sistema de Intercambio Electrónico de Información sobre Seguridad Social y el sistema de Información del Mercado Interior (IMI), y debe contribuir a digitalizar en mayor medida los procedimientos y mejorar las herramientas de TI utilizadas para el intercambio de mensajes entre las autoridades nacionales.

(18) A fin de aumentar la capacidad de los Estados miembros para garantizar la protección de las personas que ejercen su derecho a la libre circulación y para hacer frente a las irregularidades con una dimensión transfronteriza relacionadas con la legislación de la Unión en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, la Autoridad debe ayudar a las autoridades nacionales a realizar inspecciones concertadas y conjuntas, también

⁷ Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2018, relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (DO L 295 de 21.11.2018, p. 1).

⁸ Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 492/2011 y (UE) n.º 1296/2013 (DO L 107 de 22.4.2016, p. 1).

facilitando la realización de las inspecciones, de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 2014/67/UE. Dichas inspecciones deben llevarse a cabo a petición de los Estados miembros o después de que estos manifiesten su acuerdo con la propuesta de la Autoridad. La Autoridad debe prestar apoyo estratégico, logístico y técnico a los Estados miembros que participen en inspecciones concertadas o conjuntas, respetando plenamente los requisitos de confidencialidad. Las inspecciones deben realizarse de acuerdo con los Estados miembros en cuestión y dentro del marco jurídico de la legislación o las prácticas nacionales de los Estados miembros en los que se realizan. Los Estados miembros deben dar seguimiento a los resultados de las inspecciones concertadas y conjuntas conforme a la legislación o las prácticas nacionales.

(19) Las inspecciones concertadas y conjuntas no deben reemplazar ni mermar las competencias nacionales. Las autoridades nacionales también deben estar plenamente asociadas al proceso de dichas inspecciones y deben tener plena autoridad. En los casos en que sean los sindicatos los encargados de las inspecciones a nivel nacional, las inspecciones concertadas y conjuntas deben tener lugar previo acuerdo con los interlocutores sociales pertinentes y en cooperación con ellos.

(20) Para seguir la pista de las tendencias emergentes, los desafíos o las lagunas en los ámbitos de la movilidad laboral y la coordinación de la seguridad social, la Autoridad debe desarrollar, en su caso, en colaboración con los Estados miembros y los interlocutores sociales una capacidad de análisis y evaluación de riesgos. Esto implica la realización de análisis y estudios del mercado laboral, así como revisiones inter pares. La Autoridad debe controlar los posibles desequilibrios en cuanto a capacidades y flujos transfronterizos del trabajo, incluido su posible impacto en la cohesión territorial. La Autoridad debe apoyar la evaluación de riesgos mencionada en el artículo 10 de la Directiva 2014/67/UE. La Autoridad debe garantizar las sinergias y la complementariedad con otras agencias, servicios o redes de la Unión. Esto debe incluir la solicitud de la contribución de SOLVIT y servicios similares sobre retos sectoriales y problemas recurrentes relativos a la movi-

lidad laboral en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. La Autoridad también debe facilitar y racionalizar las actividades de recogida de datos previstas en el Derecho de la Unión en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Esto no supone la creación de nuevas obligaciones de presentación de informes para los Estados miembros.

(21) A fin de reforzar la capacidad de las autoridades nacionales en los ámbitos de la movilidad laboral y la coordinación de la seguridad social y mejorar la coherencia de la legislación de la Unión en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, la Autoridad debe proporcionar asistencia operativa a las autoridades nacionales, incluida la elaboración de orientaciones prácticas, la elaboración de programas de formación y de aprendizaje entre iguales, también para las inspecciones de trabajo con el fin de hacer frente a retos como el trabajo como falso autónomo y los abusos en materia de desplazamientos, la promoción de proyectos de asistencia mutua, la facilitación de intercambios de personal, tales como los mencionados en el artículo 8 de la Directiva 2014/67/UE, y el apoyo a los Estados miembros en la organización de campañas de sensibilización para informar a las personas y los empleadores sobre sus derechos y obligaciones. La Autoridad debe fomentar el intercambio, la difusión y la adopción de buenas prácticas y conocimientos y la promoción de la comprensión mutua de los distintos sistemas y prácticas nacionales.

(22) La Autoridad debe desarrollar sinergias entre su tarea consistente en garantizar una movilidad laboral equitativa y luchar contra el trabajo no declarado. A efectos del presente Reglamento, «luchar», contra el trabajo no declarado, significa prevenir, desalentar y combatir el trabajo no declarado, así como fomentar el que se declare. Sobre la base de los conocimientos y los métodos de trabajo de la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado establecida por la Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo⁹, la Autoridad, con la participación de los

⁹ Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativa a la creación de una

interlocutores sociales, debe crear un grupo de trabajo permanente, también denominado «Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado». La Autoridad debe garantizar una transmisión fluida al nuevo grupo de trabajo de la Autoridad de las actividades actuales de la plataforma, establecida en virtud de la Decisión (UE) 2016/344.

(23) La Autoridad debe tener una función de mediación. Los Estados miembros deben poder remitir determinados asuntos controvertidos a la Autoridad para mediación cuando no consigan resolverlos mediante contacto el directo y diálogo. La mediación solo debe afectar a los litigios entre Estados miembros, mientras que las personas y los empleadores que encuentran dificultades para ejercer sus derechos de la Unión deben seguir teniendo a su disposición los servicios nacionales y de la Unión destinados a resolver dichos asuntos, como la red SOLVIT, a la que la Autoridad debe remitir esos asuntos. La red SOLVIT debe poder remitir a la Autoridad para su consideración asuntos en los que el problema no puede resolverse debido a diferencias entre las administraciones nacionales. La Autoridad debe llevar a cabo su papel de mediación sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia) en lo relativo a la interpretación del Derecho de la Unión y sin perjuicio de las competencias de la Comisión Administrativa.

(24) El Marco Europeo de Interoperabilidad (EIF) ofrece principios y recomendaciones sobre cómo mejorar la gobernanza de las actividades de interoperabilidad y la prestación de servicios públicos, establecer relaciones entre organizaciones y transfronterizas, racionalizar los procesos que dan soporte a los intercambios digitales de extremo a extremo, y garantizar que tanto la legislación vigente como la nueva legislación apoyen los principios de interoperabilidad. La Arquitectura de Referencia Europea de Interoperabilidad (EIRA) es una estructura genérica, que comprende principios y directrices aplicables a

Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado (DO L 65 de 11.3.2016, p. 12).

la implantación de las soluciones de interoperabilidad a que se refiere la Decisión (UE) 2015/2240 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁰. Tanto la EIF como la EIRA deben orientar y apoyar a la Autoridad cuando considere cuestiones de interoperabilidad.

(25) La Autoridad debe procurar ofrecer un mejor acceso en línea a la información y los servicios a los interesados nacionales y de la Unión, y facilitar el intercambio de información entre ellos. Así pues, cuando sea posible, la Autoridad debe fomentar el uso de herramientas digitales. Además de los sistemas IT y los sitios web, las herramientas digitales tales como plataformas y bases de datos en línea desempeñan un papel cada vez más importante en el mercado de la movilidad laboral transfronteriza. Por tanto, estas herramientas son útiles para dar un acceso fácil a información en línea pertinente y facilitar el intercambio de información para interesados nacionales y de la Unión en relación con sus actividades transfronterizas.

(26) La Autoridad debe procurar que los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles creados para la ejecución de las funciones establecidas en el presente Reglamento sean acordes con los requisitos de accesibilidad pertinentes de la Unión. La Directiva 2016/2102/UE del Parlamento Europeo y del Consejo¹¹ pide a los Estados miembros que garanticen que los sitios web de sus organismos públicos sean accesibles, de conformidad con los principios de perceptibilidad, operabilidad, comprensibilidad y robustez, y que cumplan los requisitos de la dicha Directiva. La Directiva no se aplica a los sitios web ni a las aplicaciones para dispositivos móviles de las instituciones, organismos, oficinas y agencias de la Unión. La Autoridad debe, no obstante, esforzarse en cumplir los principios establecidos en dicha Directiva.

¹⁰ Decisión (UE) 2015/2240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a las soluciones de interoperabilidad para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (programa ISA2) como medio de modernización del sector público (DO L 318 de 4.12.2015, p. 1).

¹¹ Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público (DO L 327 de 2.12.2016, p. 1).

(27) La Autoridad debe regirse y funcionar de conformidad con los principios de la Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2012, sobre las agencias descentralizadas.

(28) El principio de igualdad es un principio fundamental del Derecho de la Unión. Este principio exige que se garantice la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. Todas las partes deben tratar de lograr una representación equilibrada de mujeres y hombres en el Consejo de Administración y el Grupo de partes interesadas. También debe aspirar a lograr este objetivo el Consejo de Administración, en lo que respecta a su presidente y sus vicepresidentes considerados conjuntamente.

(29) Los Estados miembros y la Comisión deben estar representados en el Consejo de Administración a fin de garantizar el funcionamiento efectivo de la Autoridad. El Parlamento Europeo, así como las organizaciones intersectoriales de interlocutores sociales a nivel de la Unión con una representación paritaria de los sindicatos y las organizaciones patronales y que cuenten con una representación adecuada de las pymes, también pueden nombrar representantes para el Consejo de Administración. La composición del Consejo de Administración, incluida la selección de su presidente y su vicepresidente, debe respetar los principios de equilibrio de género, experiencia y cualificación. Con vistas al funcionamiento efectivo y eficiente de la Autoridad, el Consejo de Administración, en particular, debe adoptar un programa anual de trabajo, desempeñar sus funciones relacionadas con el presupuesto de la Autoridad, adoptar las normas financieras aplicables a la Autoridad, nombrar un director ejecutivo y establecer procedimientos para la adopción de decisiones relacionadas con las tareas operativas de la Autoridad por el director ejecutivo. Deben poder participar en las reuniones del Consejo de Administración, en calidad de observadores, representantes de terceros países que apliquen las normas de la Unión en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.

(30) En casos excepcionales, cuando sea necesario mantener un nivel máximo de confidencialidad, el experto independiente nombrado por el Parlamento Europeo y los representantes de organizaciones intersectoriales de interlocutores sociales a nivel de la Unión no deben participar en las deliberaciones del Consejo de Administración. Esta disposición debe especificarse claramente en el reglamento interno del Consejo de Administración y limitarse a la información sensible relativa a casos individuales, con el fin de garantizar que no se restrinja indebidamente la participación efectiva del experto y de los representantes en los trabajos del Consejo de Administración.

(31) Debe nombrarse a un director ejecutivo encargado de la gestión administrativa global de la Autoridad y de la ejecución de las funciones encomendadas a la Autoridad. Deben poder ejercer las funciones del director ejecutivo otros miembros del personal cuando sea necesario para garantizar la gestión cotidiana de la Autoridad, de conformidad con su reglamento interno, sin crear puestos directivos adicionales.

(32) Sin perjuicio de las competencias de la Comisión, el Consejo de Administración y el director ejecutivo deben ser independientes en el ejercicio de sus funciones y actuar en interés público.

(33) La Autoridad debe basarse directamente en la experiencia de las partes interesadas pertinentes en los ámbitos de competencia del presente Reglamento a través de un Grupo de partes interesadas específico. Sus miembros deben ser representantes de los interlocutores sociales a nivel de la Unión, incluyendo entre ellos a interlocutores sociales sectoriales reconocidos de la Unión que representen a diferentes sectores particularmente afectados por cuestiones de movilidad laboral. El Grupo de partes interesadas debe recibir información previa y poder presentar sus dictámenes a la Autoridad, previa solicitud o por propia iniciativa. Al realizar sus actividades, el Grupo de partes interesadas debe tener debidamente en cuenta los dictámenes y basarse en la experiencia, del Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, establecido por el Reglamento (CE) n.º

883/2004, y el Comité Consultivo sobre la Libre Circulación de Trabajadores, establecido con arreglo al Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo¹².

(34) A fin de garantizar su plena autonomía e independencia, debe concederse a la Autoridad un presupuesto autónomo, con ingresos procedentes del presupuesto general de la Unión, contribuciones financieras voluntarias de los Estados miembros y contribuciones de los terceros países que participen en el trabajo de la Autoridad. En casos excepcionales y debidamente justificados, debe estar también en condiciones de recibir convenios de delegación o subvenciones ad hoc, y de cobrar por publicaciones y cualquier servicio prestado por la Autoridad.

(35) El Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea («Centro de Traducción») debe prestar los servicios de traducción necesarios para el funcionamiento de la Autoridad. La Autoridad debe colaborar con el Centro de Traducción para establecer indicadores de calidad, puntualidad y confidencialidad, determinar claramente cuáles son las necesidades y prioridades de la Autoridad, y crear procedimientos transparentes y objetivos para el proceso de traducción.

(36) El tratamiento de datos personales efectuado en el contexto del presente Reglamento debe realizarse de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679¹³ o el Reglamento (UE) 2018/1725¹⁴ del Parlamento y del Consejo,

¹² Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141 de 27.5.2011, p. 1).

¹³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1).

¹⁴ Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE (DO L 295 de 21.11.2018, p. 39).

sejo, según proceda. Esto incluye establecer medidas organizativas y técnicas apropiadas para cumplir las obligaciones impuestas por dichos Reglamentos, en particular medidas relativas a la licitud del tratamiento, la seguridad de las actividades de tratamiento, la provisión de información y los derechos de los interesados.

(37) A fin de garantizar la transparencia en el funcionamiento de la Autoridad, debe aplicarse a esta el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁵. Las actividades de la Autoridad deben estar sometidas al control del Defensor del Pueblo Europeo de acuerdo con el artículo 228 del TFUE.

(38) El Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶ debe aplicarse a la Autoridad, que debe suscribir el Acuerdo interinstitucional de 25 de mayo de 1999 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

(39) El Estado miembro que acoja a la Autoridad debe ofrecer las mejores condiciones posibles para garantizar el funcionamiento adecuado de la Autoridad.

(40) Con el fin de garantizar unas condiciones de empleo abiertas y transparentes, así como la igualdad de trato al personal, el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea y el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea (denominados respectivamente, «Estatuto de los funcionarios» y «Régimen aplicable a otros agentes») establecidos en

¹⁵ Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145 de 31.5.2001, p. 43).

¹⁶ Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) n.º 1074/1999 del Consejo (DO L 248, de 18.9.2013, p. 1).

el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 del Consejo¹⁷, deben aplicarse al personal y al director ejecutivo de la Autoridad, incluidas las normas sobre secreto profesional u otras obligaciones de confidencialidad equivalentes.

(41) En el marco de sus respectivas competencias, la Autoridad debe cooperar con otras agencias de la Unión establecidas en el ámbito del empleo y la política social, aprovechando su experiencia y maximizando las sinergias: la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound), el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop), la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) y la Fundación Europea de Formación (ETF), así como, en lo que se refiere a la lucha contra la delincuencia organizada y la trata de seres humanos, con la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust). Esta cooperación debe garantizar la coordinación, promover sinergias y evitar cualquier duplicación de sus actividades.

(42) En el ámbito de la coordinación de la seguridad social, la Autoridad y la Comisión Administrativa deben cooperar estrechamente con el fin de lograr sinergias y evitar duplicaciones.

(43) A fin de aportar una dimensión operativa a las actividades de los organismos existentes en los ámbitos de aplicación del presente Reglamento, la Autoridad debe llevar a cabo las tareas del Comité Técnico sobre Libre Circulación de Trabajadores, establecido por el Reglamento (UE) n.º 492/2011, el Comité de Expertos sobre Desplazamiento de Trabajadores, establecido por la Decisión 2009/17/CE de la Comisión¹⁸, incluido el in-

tercambio de información sobre cooperación administrativa, la asistencia en cuestiones de aplicación y cumplimiento transfronterizo, y de la Plataforma creada por la Decisión (UE) 2016/344. Una vez que la Autoridad esté operativa, esos organismos deben dejar de existir. El Consejo de Administración puede decidir crear grupos de trabajo especializados o grupos de expertos.

(44) El Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y el Comité Consultivo sobre la Libre Circulación de Trabajadores ofrecen un foro para consultar a los representantes de los interlocutores sociales y las administraciones a nivel nacional. La Autoridad debe contribuir a su trabajo y puede participar en sus reuniones.

(45) A fin de reflejar la nueva organización institucional deben modificarse los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589, y debe derogarse la Decisión (UE) 2016/344 cuando la Autoridad sea operativa.

(46) La Autoridad debe respetar la diversidad de los sistemas nacionales de relaciones laborales y la autonomía de los interlocutores sociales tal como reconoce explícitamente el TFUE. La participación en las actividades de la Autoridad se entiende sin perjuicio de las competencias, obligaciones y responsabilidades de los Estados miembros con arreglo, entre otras cosas, a los convenios pertinentes y aplicables de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tales como el Convenio n.º 81 sobre la inspección del trabajo en la industria y el comercio, ni de las competencias de los Estados miembros para regular las relaciones laborales nacionales, mediar en ellas o supervisarlas, en particular por lo que respecta al ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a emprender acciones colectivas.

(47) Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, contribuir, en su ámbito de actividades a garantizar una movilidad laboral equitativa en toda la Unión y ayudar a los Estados miembros y a la Comisión en

¹⁷ Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión (Estatuto de los funcionarios) (DO L 56 de 4.3.1968, p. 1).

¹⁸ Decisión 2009/17/CE de la Comisión, de 19 de diciembre

de 2008, por la que se crea el Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores (DO L 8 de 13.1.2009, p. 26).

la coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros actuando de forma no coordinada, sino que, debido a la naturaleza transfronteriza de esas actividades y a la necesidad de aumentar la cooperación entre los Estados miembros, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(48) El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios refrendados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconocidos en el artículo 6 del TUE.

HAN ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

CAPÍTULO I PRINCIPIOS

Artículo 1

Creación, objeto y ámbito de aplicación

1. Por el presente Reglamento se crea la Autoridad Laboral Europea (en lo sucesivo, «Autoridad»).

2. La Autoridad ayudará a los Estados miembros y a la Comisión en la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión en materia de movilidad laboral en toda la Unión y la coordinación de los sistemas de seguridad social dentro de la Unión. La Autoridad actuará en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión enumerados en el apartado 4, incluidas todas las directivas, reglamentos y decisiones basados en dichos actos, así como en el de cualquier otro acto de la Unión jurídicamente vinculante por el que se encomienden funciones a la Autoridad.

3. El presente Reglamento no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluido el

derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afectará al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales.

4. El ámbito de actividades de la Autoridad abarcará los siguientes actos de la Unión, incluidas todas sus modificaciones futuras:

- a) Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁹;
- b) Directiva 2014/67/UE;
- c) Reglamento (CE) n.º 883/2004 y Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo²⁰, incluidas las disposiciones de los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71²¹ y (CEE) n.º 574/72²² del Consejo en la medida en que aún sean aplicables, Reglamento (UE) n.º 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo²³ y Re-

¹⁹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 18 de 21.1.1997, p. 1).

²⁰ Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 284 de 30.10.2009, p. 1).

²¹ Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149 de 5.7.1971, p. 2).

²² Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad (DO L 74 de 27.3.1972, p. 1).

²³ Reglamento (UE) n.º 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos

glamento (CE) n.º 859/2003 del Consejo²⁴ por el que se amplían las disposiciones de los Reglamentos CEE) n.º 1408/71 y (CEE) n.º 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén ya cubiertos por los mismos;

- d) Reglamento (UE) n.º 492/2011;
- e) Directiva 2014/54/UE;
- f) Reglamento (UE) 2016/589;
- g) Reglamento (CE) n.º 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo²⁵;
- h) Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁶;
- i) Reglamento (CE) n.º 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo²⁷.

5. El ámbito de actividades de la Autoridad incluirá la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra el trabajo no declarado.

por los mismos (DO L 344 de 29.12.2010, p. 1).

²⁴ Reglamento (CE) n.º 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 y del Reglamento (CEE) n.º 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 1).

²⁵ Reglamento (CE) n.º 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 3821/85 y (CE) n.º 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 3820/85 del Consejo (DO L 102 de 11.4.2006, p. 1).

²⁶ Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE) n.º 3820/85 y (CEE) n.º 3821/85 en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo (DO L 102 de 11.4.2006, p. 35).

²⁷ Reglamento (CE) n.º 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo (DO L 300 de 14.11.2009, p. 51).

6. El presente Reglamento respetará las competencias de los Estados miembros en lo que respecta a la aplicación y cumplimiento de los actos jurídicos de la Unión enumerados en el apartado 4.

No afectará a los derechos y obligaciones de las personas y de los empleadores consagrados en el Derecho o la práctica de la Unión o nacional, ni a los derechos y obligaciones que de ambos se derivan para las autoridades nacionales, ni a la autonomía de los interlocutores sociales tal como se reconoce en el TFUE.

El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de los acuerdos bilaterales y mecanismos de cooperación administrativa existentes entre los Estados miembros, en particular los relativos a las inspecciones concertadas y conjuntas.

Artículo 2

Objetivos

Los objetivos de la Autoridad serán contribuir a garantizar una movilidad laboral equitativa en toda la Unión y ayudar a los Estados miembros y a la Comisión a coordinar los sistemas de seguridad social en la Unión. Con este fin, y dentro del ámbito de aplicación determinado en el artículo 1, la Autoridad:

- a) facilitará el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones en materia de movilidad laboral en toda la Unión, así como a los servicios pertinentes;
- b) facilitará y mejorará la cooperación entre los Estados miembros en la aplicación en toda la Unión de la legislación pertinente de la Unión, incluida la facilitación de las inspecciones concertadas y conjuntas;
- c) mediará y facilitará una solución en caso de litigios transfronterizos entre los Estados miembros, y
- d) apoyará la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado.

*Artículo 3***Estatuto jurídico**

1. La Autoridad será un organismo de la Unión con personalidad jurídica.

2. La Autoridad gozará en cada Estado miembro de la capacidad jurídica más amplia que su Derecho nacional reconozca a las personas jurídicas. En particular, podrá adquirir o vender propiedad mobiliaria e inmobiliaria y ser parte en actuaciones judiciales.

CAPÍTULO II TAREAS DE LA AUTORIDAD

*Artículo 4***Tareas de la Autoridad**

A fin de alcanzar sus objetivos, la Autoridad realizará las tareas siguientes:

- a) facilitar el acceso a la información y coordinar EURES de conformidad con los artículos 5 y 6;
- b) facilitar la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros con vistas a la aplicación y cumplimiento coherentes, eficientes y efectivos de la legislación de la Unión pertinente, de conformidad con el artículo 7;
- c) coordinar y apoyar inspecciones concertadas y conjuntas, de conformidad con los artículos 8 y 9;
- d) realizar análisis y evaluaciones de riesgos sobre cuestiones de movilidad laboral transfronteriza, de conformidad con el artículo 10;
- e) apoyar a los Estados miembros en la creación de capacidades para la aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación de la Unión pertinente, de conformidad con el artículo 11;
- f) apoyar a los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado, de conformidad con el artículo 12;
- g) mediar en los litigios entre los Estados miembros sobre la aplicación de la legislación de la Unión pertinente, de conformidad con el artículo 13.

*Artículo 5***Información sobre la movilidad laboral**

La Autoridad mejorará la disponibilidad, calidad y accesibilidad de la información de carácter general ofrecida a las personas, los empleadores y las organizaciones de interlocutores sociales en relación con los derechos y obligaciones que para ellos se deriven de los actos de la Unión enumerados en el artículo 1, apartado 4, para facilitar la movilidad laboral en toda la Unión. Con este fin, la Autoridad:

- a) contribuirá a proporcionar información pertinente sobre los derechos y las obligaciones de las personas en situaciones de movilidad laboral transfronteriza, en particular a través de un sitio web único para toda la Unión que sirva de portal único para acceder a todas las fuentes de información a escala de la Unión y nacional en todas las lenguas oficiales de la Unión, creado en virtud del Reglamento (UE) 2018/1724;
- b) apoyará a los Estados miembros en la aplicación del Reglamento (UE) 2016/589;
- c) ayudará a los Estados miembros a cumplir las obligaciones sobre la divulgación y el acceso a la información relacionada con la libre circulación de los trabajadores, en particular tal como establecen el artículo 6 de la Directiva 2014/54/UE y el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/589, con la coordinación en materia de seguridad social, tal como establece el artículo 76, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) n.º 883/2004, y con el desplazamiento de trabajadores, tal como establece el artículo 5 de la Directiva 2014/67/UE, en particular por medio de referencias a fuentes de información nacionales, como los sitios web nacionales oficiales únicos;
- d) ayudará a los Estados miembros a mejorar la exactitud, la exhaustividad y la

facilidad de uso de las fuentes y servicios de información nacionales pertinentes, de conformidad con los criterios de calidad establecidos en el Reglamento (UE) 2018/1724;

- e) apoyará a los Estados miembros a la hora de racionalizar el suministro de información y servicios relativos a la movilidad transfronteriza a los empleadores y las personas de manera voluntaria;
- f) facilitará la cooperación entre los organismos competentes designados de conformidad con la Directiva 2014/54/UE para ofrecer a las personas y los empleadores información, orientación y asistencia sobre la movilidad laboral en el mercado interior.

Artículo 6

Coordinación de EURES

A fin de ayudar a los Estados miembros a prestar servicios a personas y empleadores a través de EURES, tales como la puesta en correspondencia transfronteriza de las ofertas de trabajo, prácticas y aprendizaje con los currículums, y facilitar así la movilidad laboral en toda la Unión, la Autoridad gestionará la Oficina Europea de Coordinación EURES, establecida en virtud del artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/589.

La Oficina Europea de Coordinación, gestionada por la Autoridad, cumplirá con sus responsabilidades de conformidad con el artículo 8 del Reglamento (UE) 2016/589, excepto con respecto al funcionamiento técnico y el desarrollo del portal EURES y los servicios de TI conexos, que continuará gestionando la Comisión. La Autoridad, bajo la responsabilidad del director ejecutivo, tal como establece el artículo 22, apartado 4, letra n), del presente Reglamento garantizará que esta actividad cumpla plenamente los requisitos de la legislación sobre protección de datos aplicable, incluido el requisito de nombrar un responsable de la protección de datos, de conformidad con el artículo 36 del presente Reglamento.

Artículo 7

Cooperación e intercambio de información entre los Estados miembros

1. La Autoridad facilitará la cooperación y la agilización del intercambio de información entre los Estados miembros y apoyará el cumplimiento efectivo de las obligaciones de cooperación, incluido el intercambio de información, tal como se define en la legislación de la Unión, en el ámbito del presente Reglamento.

A tal efecto, la Autoridad, en particular:

- a) a petición de uno o más Estados miembros, ayudará a las autoridades nacionales a identificar los puntos de contacto pertinentes de las autoridades nacionales en otros Estados miembros;
- b) a petición de uno o más Estados miembros, facilitará el seguimiento de las solicitudes y los intercambios de información entre autoridades nacionales, prestando apoyo logístico y técnico, incluidos servicios de traducción e interpretación, y mediante intercambios sobre la situación de los asuntos;
- c) promoverá, compartirá y contribuirá a la difusión de las mejores prácticas entre los Estados miembros;
- d) a petición de uno o más Estados miembros, facilitará y apoyará, cuando proceda, los procedimientos transfronterizos de ejecución relativos a sanciones y multas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento con arreglo al artículo 1;
- e) informará dos veces al año a la Comisión sobre las solicitudes no resueltas entre Estados miembros y, considerará someter o no dichas solicitudes a mediación de conformidad con el artículo 13, apartado 2.

2. A petición de uno o más Estados miembros y en el desempeño de sus tareas, la Autoridad proporcionará información para apoyar al Estado miembro de que se trate en la aplicación efectiva de los actos de la Unión relativos a los ámbitos que son competencia de la Autoridad.

3. La Autoridad fomentará la utilización de herramientas y procedimientos electrónicos para el intercambio de mensajes entre las autoridades nacionales, incluidos el sistema de Información del Mercado Interior (IMI).

4. La Autoridad fomentará la utilización de enfoques innovadores para una cooperación transfronteriza efectiva y eficiente, y promoverá la posible utilización de mecanismos de intercambio electrónicos y bases de datos entre los Estados miembros para facilitar el acceso a los datos en tiempo real y la detección del fraude, y podrá sugerir posibles mejoras en el uso de estos mecanismos y bases de datos. La Autoridad proporcionará informes a la Comisión con vistas al mayor desarrollo de mecanismos de intercambio electrónicos y bases de datos.

Artículo 8

Coordinación y apoyo de las inspecciones concertadas y conjuntas

1. A petición de uno o más Estados miembros, la Autoridad coordinará inspecciones concertadas o conjuntas en los ámbitos que son competencia de la Autoridad y prestará apoyo a dichas inspecciones. La Autoridad podrá también proponer a las autoridades de los Estados miembros en cuestión, por propia iniciativa, que lleven a cabo una inspección concertada o conjunta.

Las inspecciones concertadas o conjuntas se realizarán con el acuerdo de todos los Estados miembros afectados.

Las organizaciones de interlocutores sociales a nivel nacional podrán poner casos en conocimiento de la Autoridad.

2. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

a) inspecciones concertadas: las realizadas simultáneamente en dos o más Estados miembros con respecto a casos relacionados, actuando cada autoridad nacional en su propio territorio y con el apoyo, cuando proceda, del personal de la Autoridad;

b) inspecciones conjuntas: las realizadas en un Estado miembro con la participación de las autoridades nacionales de otro o de otros Estados miembros y con el apoyo, cuando proceda, del personal de la Autoridad.

3. De conformidad con el principio de cooperación leal, los Estados miembros procurarán participar en inspecciones concertadas o conjuntas.

Una inspección concertada o conjunta estará sujeta a un acuerdo previo de todos los Estados miembros participantes. Dicho acuerdo será notificado por los funcionarios de enlace nacionales designados por dichos Estados de conformidad con el artículo 32.

En caso de que uno o varios Estados miembros decidan no participar en la inspección concertada o conjunta, las autoridades nacionales de los otros Estados miembros realizarán la inspección solo en los Estados miembros participantes. Los Estados miembros que decidan no participar mantendrán la confidencialidad de la información sobre la inspección.

4. La Autoridad establecerá y adoptará las modalidades necesarias para garantizar un seguimiento adecuado en caso de que un Estado miembro decida no participar en una inspección concertada o conjunta.

En tales casos, el Estado miembro de que se trate informará sin demora injustificada a la Autoridad y a los demás Estados miembros afectados por cualquier medio escrito, incluidos los electrónicos, de las razones de su decisión y, eventualmente, de las medidas que tiene previsto adoptar para resolver el caso, así como de los resultados de dichas medidas, cuando disponga de ellos. La Autoridad podrá sugerir que el Estado miembro que no haya participado en la inspección concertada o conjunta realice su propia inspección de forma voluntaria.

5. Los Estados miembros y la Autoridad mantendrán la confidencialidad de la información sobre las inspecciones previstas con respecto a terceros.

Artículo 9

Disposiciones sobre las inspecciones concertadas y conjuntas

1. Un acuerdo para realizar una inspección concertada o conjunta entre los Estados miembros participantes y la Autoridad establecerá los términos y las condiciones de realización de dicha inspección, incluidos el ámbito y la finalidad de la inspección y, cuando proceda, toda disposición relativa a la participación del personal de la Autoridad. El acuerdo podrá incluir disposiciones que permitan que las inspecciones concertadas o conjuntas, una vez acordadas y planificadas, se realicen en breve plazo. La Autoridad establecerá un modelo de acuerdo de conformidad con el Derecho de la Unión y con la legislación o las prácticas nacionales.

2. Las inspecciones concertadas y conjuntas se llevarán a cabo de conformidad con la legislación de las inspecciones o las prácticas de los Estados miembros a los que atañen. El seguimiento dado a estas inspecciones se llevará a cabo en de conformidad con la legislación o las prácticas de los Estados miembros en cuestión.

3. Las inspecciones concertadas y conjuntas se llevarán a cabo de manera eficiente desde el punto de vista operativo. Con este fin, en el acuerdo de inspección los Estados miembros atribuirán a los funcionarios de otro Estado miembro que participen en tales inspecciones una función y un estatus adecuado, de conformidad con la legislación o las prácticas del Estado miembro en el que se efectúe la inspección.

4. Si los Estados miembros en cuestión lo solicitan, la Autoridad proporcionará apoyo conceptual, logístico y técnico y, cuando proceda, asesoramiento jurídico, incluidos servicios de traducción e interpretación, a los Estados miembros que lleven a cabo inspecciones concertadas o conjuntas.

5. El personal de la Autoridad podrá asistir a las inspecciones como observadores, prestar apoyo logístico, y podrá participar en una inspección concertada o conjunta con el acuerdo previo del Estado miembro en cuyo

territorio preste su ayuda a la inspección de conformidad con la legislación o las prácticas del Estado miembro.

6. La autoridad nacional de un Estado miembro que realice una inspección concertada o conjunta informarán a la Autoridad sobre los resultados de la inspección en su Estado miembro y sobre el funcionamiento operativo general de la inspección concertada o conjunta a más tardar seis meses después de que haya concluido la inspección.

7. La información recogida en el marco de inspecciones concertadas o conjuntas podrá utilizarse como prueba en actuaciones judiciales en los Estados miembros afectados, de conformidad con la legislación o las prácticas del Estado miembro de que se trate.

8. La información sobre las inspecciones concertadas y conjuntas coordinadas por la Autoridad, así como la información facilitada por los Estados miembros y por la Autoridad a que se refiere el artículo 8, apartados 2 y 3, se incluirá en los informes que deben presentarse al Consejo de Administración dos veces al año. Estos informes se enviarán también al Grupo de partes interesadas, tras haberse expurgado debidamente la información de carácter delicado. El informe anual sobre las inspecciones apoyadas por la Autoridad se incluirá en el informe anual de actividades de la Autoridad.

9. En caso de que la Autoridad, en el transcurso de inspecciones concertadas o conjuntas, o en el transcurso de cualquiera de sus actividades, tenga conocimiento de presuntas irregularidades en la aplicación de la legislación de la Unión, podrá informar, cuando proceda, sobre dichas presuntas irregularidades al Estado miembro en cuestión y a la Comisión.

Artículo 10

Análisis y evaluación de riesgos de la movilidad laboral

1. La Autoridad, en cooperación con los Estados miembros y, cuando proceda, los interlocutores sociales, evaluará los riesgos y realizará análisis en relación con la movilidad

laboral y la coordinación de la seguridad social en toda la Unión. La evaluación de riesgos y la labor de análisis abordarán cuestiones tales como los desequilibrios del mercado laboral, los desafíos sectoriales y los problemas recurrentes, y la Autoridad también podrá realizar análisis y estudios en profundidad para investigar cuestiones específicas. Al llevar a cabo la evaluación de riesgos y la labor de análisis, la Autoridad, en la medida de lo posible, empleará datos estadísticos pertinentes y actualizados procedentes de encuestas existentes, y garantizará la complementariedad con la experiencia de las agencias o servicios de la Unión y de autoridades, organismos o servicios nacionales, y se basará en ella, en particular en los ámbitos del fraude, la explotación, la discriminación, la previsión de capacidades y la salud y la seguridad en el trabajo.

2. La Autoridad organizará revisiones inter pares entre los Estados miembros que estén de acuerdo en participar a fin de:

a) examinar las cuestiones, las dificultades y los problemas específicos que puedan surgir en relación con la implementación y aplicación práctica del Derecho de la Unión en la competencia de la Autoridad, así como con su cumplimiento en la práctica;

b) reforzar la coherencia de la prestación de servicios a las personas y los empleadores;

c) mejorar el conocimiento y la comprensión mutua de los diferentes sistemas y prácticas, así como evaluar la eficacia de las diferentes medidas políticas, incluidas las medidas de prevención y disuasión.

3. Cuando haya concluido una evaluación de riesgos o cualquier otro tipo de labor de análisis, la Autoridad informará sobre sus constataciones a la Comisión, así como a los Estados miembros concernidos directamente, indicando posibles medidas para abordar las deficiencias detectadas.

La Autoridad también incluirá un resumen de sus constataciones en los informes anuales que presente al Parlamento Europeo y a la Comisión.

4. La Autoridad reunirá, cuando corresponda, los datos estadísticos recopilados y presentados por los Estados miembros en los ámbitos de la legislación de la Unión que son competencia de la Autoridad. Al hacerlo, la Autoridad intentará racionalizar las actividades actuales de recogida de datos en dichos ámbitos al objeto de evitar duplicaciones en la recogida de datos. Cuando proceda, se aplicará el artículo 15. La Autoridad será el punto de enlace con la Comisión (Eurostat) y compartirá, en su caso, los resultados de sus actividades de recogida de datos.

Artículo 11

Apoyo a la creación de capacidades

La Autoridad apoyará a los Estados miembros en la creación de capacidades para promover la aplicación coherente de la legislación de la Unión en todos los ámbitos enumerados en el artículo 1. La Autoridad realizará, en particular, las siguientes actividades:

a) en cooperación con las autoridades nacionales y, cuando proceda, los interlocutores sociales, elaborará orientaciones comunes no vinculantes para uso de los Estados miembros y los interlocutores sociales, incluida orientación para las inspecciones en casos de dimensión transfronteriza, así como definiciones compartidas y conceptos comunes, sobre la base del trabajo pertinente a nivel nacional y de la Unión;

b) fomentará y apoyará la ayuda mutua, bien en forma de actividades de grupo o entre iguales, así como los intercambios de personal y los programas de comisión de servicios entre las autoridades nacionales;

c) fomentará el intercambio y la difusión de experiencias y buenas prácticas, incluidos ejemplos de cooperación entre autoridades nacionales pertinentes;

d) elaborará programas de formación sectoriales e intersectoriales, destinados asimismo a las inspecciones de trabajo, y material de formación específico, también mediante métodos de aprendizaje en línea;

- e) promoverá campañas de sensibilización para informar a las personas y los empleadores, especialmente las pymes, sobre sus derechos y obligaciones y sobre las oportunidades que tienen a su disposición.

Artículo 12

Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado

1. La Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado (en lo sucesivo, «Plataforma») creada de conformidad con el artículo 16, apartado 2, apoyará las actividades de la Autoridad en la lucha contra el trabajo no declarado mediante:

- a) el refuerzo de la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros y demás agentes involucrados, a fin de luchar de forma más eficaz y eficiente contra el trabajo no declarado en sus distintas formas y contra el trabajo falsamente declarado asociado a este, incluido el falso trabajo por cuenta propia;
- b) la mejora de la capacidad de las distintas autoridades y agentes competentes de los Estados miembros para luchar contra el trabajo no declarado respecto de los aspectos transfronterizos y contribuir así al establecimiento de la igualdad de condiciones de competencia entre los participantes;
- c) el aumento de la concienciación de la opinión pública sobre las cuestiones relacionadas con el trabajo no declarado y la necesidad urgente de actuaciones adecuadas, así como el estímulo a los Estados miembros para que redoblen sus esfuerzos en la lucha contra el trabajo no declarado;
- d) la realización de las actividades que se enumeran en el anexo.

2. La Plataforma estimulará la cooperación entre los Estados miembros mediante:

- a) el intercambio de mejores prácticas y de información;

- b) el desarrollo de pericia y análisis, evitando al mismo tiempo las duplicaciones;
- c) el fomento y la facilitación de enfoques innovadores de cara a una cooperación transfronteriza eficaz y eficiente y la evaluación de las experiencias;
- d) la contribución a una comprensión transversal de las cuestiones relacionadas con el trabajo no declarado.

3. La Plataforma estará compuesta por:

- a) un alto representante designado por cada Estado miembro;
- b) un representante de la Comisión;
- c) un máximo de cuatro representantes de organizaciones de interlocutores sociales intersectoriales a escala de la Unión, designados por dichas organizaciones, con una representación paritaria de sindicatos y organizaciones patronales.

4. Podrán asistir a las reuniones de la Plataforma en calidad de observadores las siguientes partes interesadas, y sus aportaciones se tendrán debidamente en consideración:

- a) un máximo de catorce representantes de organizaciones de interlocutores sociales de sectores con un alto índice de trabajo no declarado, designados por dichas organizaciones y con una representación paritaria de sindicatos y organizaciones patronales;
- b) un representante de Eurofound, de EU-OSHA y de la OIT, respectivamente;
- c) un representante de cada uno de los terceros países del Espacio Económico Europeo.

Podrá invitarse a participar en las reuniones de la Plataforma a observadores distintos de los mencionados en el párrafo primero y sus aportaciones se tendrán debidamente en consideración.

La Plataforma estará presidida por un representante de la Autoridad.

*Artículo 13***Mediación entre Estados miembros**

1. La Autoridad podrá facilitar una solución en caso de litigio entre dos o más Estados miembros sobre casos concretos de aplicación de la legislación de la Unión en ámbitos cubiertos por el presente Reglamento, sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Justicia. El objetivo de dicha mediación será conciliar los puntos de vista divergentes de los Estados miembros parte en el litigio y para adoptar un dictamen no vinculante.

2. Cuando el litigio no pueda resolverse mediante diálogo y contacto directo entre los Estados miembros parte en el litigio, la Autoridad pondrá en marcha un procedimiento de mediación a petición de uno o varios de los Estados miembros afectados. La Autoridad también podrá sugerir por iniciativa propia que se ponga en marcha un procedimiento de mediación. La mediación solo se realizará con el acuerdo de todos los Estados miembros que sean parte en el litigio.

3. La primera fase de la mediación se realizará entre los Estados miembros parte en el litigio y un mediador, quienes adoptarán de común acuerdo un dictamen no vinculante. En la primera fase de la mediación podrán participar, en calidad de asesores, expertos de los Estados miembros, de la Comisión y de la Autoridad.

4. De no encontrarse una solución en la primera fase de la mediación, la Autoridad podrá poner en marcha una segunda fase de mediación ante el Consejo de Mediación, con el acuerdo de todos los Estados miembros que sean parte en el litigio.

5. El Consejo de Mediación, compuesto por expertos de los Estados miembros distintos de los que sean parte en el litigio, procurará conciliar los puntos de vista de los Estados miembros que sean parte en el litigio y acordará un dictamen no vinculante. En la segunda fase de la mediación podrán participar, en calidad de asesores, expertos de la Comisión y de la Autoridad.

6. El Consejo de Administración adoptará el reglamento interno de la mediación,

que regulará entre otros aspectos el régimen de trabajo y la designación de los mediadores, los plazos aplicables, la participación de expertos de los Estados miembros, de la Comisión y de la Autoridad y la posibilidad de que el Consejo de Mediación se reúna en grupos compuestos por varios miembros.

7. La participación de los Estados miembros que sean parte en el litigio en ambas fases de la mediación será voluntaria. Cuando un Estado miembro decida no participar en la mediación, informará a la Autoridad y a los demás Estados miembros que sean parte en el litigio por cualquier medio escrito, incluidos los electrónicos, de las razones de su decisión en el plazo que establezca el reglamento interno a que se refiere el apartado 6.

8. Cuando se presente un asunto para mediación, los Estados miembros se asegurarán de que todos los datos personales relacionados con dicho asunto sean anonimizados de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. La Autoridad no procesará los datos personales de las personas afectadas por el asunto en ningún momento de la mediación.

9. Los procedimientos que son objeto de actuaciones judiciales en curso a nivel nacional o de la Unión no serán admisibles para la mediación de la Autoridad. En el caso de que se hayan emprendido actuaciones judiciales durante la mediación, el procedimiento de mediación quedará suspendido.

10. La mediación se entenderá sin perjuicio de la competencia de la Comisión Administrativa, incluidas todas las decisiones que adopte. La mediación tendrá en cuenta todas las decisiones pertinentes de la Comisión Administrativa.

11. Cuando un litigio esté relacionado, en su totalidad o en parte, con cuestiones de seguridad social, la Autoridad informará a la Comisión Administrativa.

A fin de garantizar una buena cooperación, coordinar las actividades de mutuo acuerdo y evitar cualquier duplicación en los asuntos de mediación que afecten tanto a cuestiones de seguridad social como de le-

gislación laboral, la Comisión Administrativa y la Autoridad celebrarán un acuerdo de cooperación.

A petición de la Comisión Administrativa, y con el acuerdo de los Estados miembros que sean parte en el litigio, la Autoridad le remitirá la cuestión relativa a la seguridad social de conformidad con el artículo 74 bis, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 883/2004. La mediación sobre las cuestiones que no afecten a la seguridad social podrá continuar.

A petición de cualquier Estado miembro que sea parte en el litigio, la Autoridad remitirá a la Comisión Administrativa la cuestión relativa a la coordinación de la seguridad social. Dicha remisión podrá efectuarse en cualquier fase de la mediación. La mediación sobre las cuestiones que no afecten a la seguridad social podrá continuar.

12. En un plazo de tres meses tras la adopción del dictamen no vinculante, los Estados miembros que sean parte en el litigio informarán a la Autoridad sobre las medidas que hayan adoptado para dar seguimiento al dictamen o, cuando no hayan tomado medidas, de las razones por las que no las han adoptado.

13. La Autoridad informará dos veces al año a la Comisión en lo que respecta a los resultados de los asuntos de mediación que haya llevado a cabo y de los asuntos que no hayan sido objeto de actuación.

Artículo 14

Cooperación con agencias y organismos especializados

En todas sus actividades, la Autoridad procurará garantizar la cooperación, evitar los solapamientos y promover sinergias y complementariedad con otras agencias descentralizadas y organismos especializados de la Unión, como la Comisión Administrativa. Con este fin, la Autoridad podrá concluir acuerdos de cooperación con agencias de la Unión que correspondan como Cedefop, Eurofound, EU-OSHA, ETF, Europol y Eurojust.

Artículo 15

Interoperabilidad e intercambio de información

La Autoridad coordinará, desarrollará y aplicará marcos de interoperabilidad para garantizar el intercambio de información entre los Estados miembros, así como con la Autoridad. Dichos marcos de interoperabilidad se basarán y apoyarán en el Marco Europeo de Interoperabilidad y en la Arquitectura de Referencia Europea de Interoperabilidad mencionada en la Decisión (UE) 2015/2240.

CAPÍTULO III

ORGANIZACIÓN DE LA AUTORIDAD

Artículo 16

Estructura administrativa y de gestión

1. La estructura administrativa y de gestión de la Autoridad estará compuesta por:

- a) un Consejo de Administración;
- b) un director ejecutivo;
- c) un Grupo de partes interesadas.

2. La Autoridad podrá crear grupos de trabajo o grupos de expertos compuestos de representantes de los Estados miembros o de la Comisión, o de expertos externos tras un procedimiento de selección, o de una combinación de ellos, para el cumplimiento de sus tareas específicas o para ámbitos políticos específicos. Creará la Plataforma a que se refiere el artículo 12 como grupo de trabajo permanente, y el Consejo de Mediación a que se refiere el artículo 13.

La Autoridad establecerá el reglamento interno de dichos grupos de trabajo y de expertos, previa consulta con la Comisión.

Artículo 17

Composición del Consejo de Administración

1. El Consejo de Administración estará compuesto por:

- a) un miembro de cada Estado miembro;
- b) dos miembros en representación de la Comisión;
- c) un experto independiente nombrado por el Parlamento Europeo;
- d) cuatro miembros en representación de organizaciones de interlocutores sociales intersectoriales a escala de la Unión, con una representación paritaria de sindicatos y organizaciones patronales.

Solo los miembros a que se refieren las letras a) y b) del párrafo primero tendrán derecho de voto.

2. Cada miembro del Consejo de Administración tendrá un suplente. El suplente representará al miembro titular en ausencia de este.

3. Los miembros a que se refiere el apartado 1, párrafo primero, letra a), y sus suplentes serán nombrados por sus Estados miembros.

La Comisión nombrará a los miembros a que se refiere el apartado 1, párrafo primero, letra b).

El Parlamento Europeo nombrará al experto a que se refiere el apartado 1, párrafo primero, letra c).

Las organizaciones de interlocutores sociales intersectoriales a escala de la Unión nombrarán a sus representantes y el Parlamento Europeo nombrará a sus expertos independientes, tras comprobar que no existen conflictos de intereses.

Los miembros del Consejo de Administración y sus suplentes serán nombrados en función de sus conocimientos en los ámbitos a que se refiere el artículo 1, teniendo en cuenta las cualificaciones presupuestarias, administrativas y de gestión pertinentes.

Todas las partes representadas en el Consejo de Administración pondrán el máximo empeño en limitar la rotación de sus representantes, a fin de garantizar la continuidad

de la labor de este órgano. Todas las partes tratarán de lograr una representación equilibrada de mujeres y hombres en el Consejo de Administración.

4. Todos los miembros titulares y los suplentes firmarán una declaración escrita en el momento de asumir sus funciones en la que declaren que no se encuentran en una situación de conflicto de intereses. Actualizarán su declaración en caso de que se produzca un cambio de circunstancias en relación con cualquier conflicto de intereses. La Autoridad publicará las declaraciones de intereses y las actualizaciones en su sitio web.

5. La duración del mandato de los miembros titulares y de los miembros suplentes será de cuatro años. El mandato será renovable.

6. Podrán participar en las reuniones y deliberaciones del Consejo de Administración, en calidad de observadores, representantes de terceros países que aplican la legislación de la Unión en los ámbitos cubiertos por el presente Reglamento.

7. Podrá invitarse a participar en las reuniones del Consejo de Administración, en calidad de observadores, a un representante de Eurofound, un representante de UE-OSHA, un representante del Cedefop y un representante de la ETF a fin de aumentar la eficiencia de las agencias y las sinergias entre ellas.

Artículo 18

Funciones del Consejo de Administración

1. El Consejo de Administración, en particular,

- a) formulará orientaciones estratégicas y supervisará las actividades de la Autoridad;
- b) adoptará, por mayoría de dos tercios de sus miembros con derecho de voto, el presupuesto anual de la Autoridad y ejercerá otras funciones relacionadas con el presupuesto de la Autoridad con arreglo al capítulo IV;

- c) evaluará y adoptará el informe anual consolidado sobre las actividades de la Autoridad, incluida una visión de conjunto del cumplimiento de sus tareas, lo remitirá, a más tardar el 1 de julio de cada año, al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas y lo hará público;
- d) adoptará las normas financieras aplicables a la Autoridad de conformidad con el artículo 29;
- e) adoptará una estrategia de lucha contra el fraude proporcional al riesgo de fraude, teniendo en cuenta los costes y beneficios de las medidas que vayan a aplicarse;
- f) adoptará normas para la prevención y la gestión de conflictos de intereses con respecto a sus miembros y a los expertos independientes, así como a los miembros del Grupo de partes interesadas y de los grupos de trabajo y grupos de expertos de la Autoridad a que se refiere el artículo 16, apartado 2, y con respecto a los expertos nacionales adscritos y a otros agentes no contratados por la Autoridad a que se refiere el artículo 33, y publicará anualmente en su sitio web las declaraciones de intereses de los miembros del Consejo de Administración;
- g) adoptará y actualizará periódicamente los planes de comunicación y difusión a que se refiere el artículo 36, apartado 3, basándose en un análisis de las necesidades;
- h) adoptará su reglamento interno;
- i) adoptará el reglamento interno de la mediación, de conformidad con el artículo 13;
- j) establecerá grupos de trabajo y grupos de expertos, de conformidad con el artículo 16, apartado 2, y adoptará sus reglamentos internos;
- k) ejercerá, de conformidad con el apartado 2, respecto del personal de la Autoridad, las competencias de la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos conferidas por el Estatuto de los funcionarios y de la Autoridad facultada para proceder a las contrataciones conferidas por el Régimen aplicable a otros agentes (en lo sucesivo, «competencia de la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos»);
- l) adoptará normas de desarrollo para dar efecto al Estatuto de los funcionarios y al Régimen aplicable a otros agentes, de conformidad con el artículo 110 del Estatuto de los funcionarios;
- m) establecerá, en su caso, una estructura de auditoría interna;
- n) designará al director ejecutivo y, cuando proceda, ampliará su mandato o lo cesará de conformidad con el artículo 31;
- o) nombrará a un contable, sujeto al Estatuto de los funcionarios y al Régimen aplicable a otros agentes, que gozará de plena independencia en el ejercicio de sus funciones;
- p) determinará el procedimiento para seleccionar a los miembros y los suplentes del Grupo de partes interesadas establecido de conformidad con el artículo 23 y nombrará a dichos miembros y suplentes;
- q) asegurará un seguimiento adecuado de las conclusiones y recomendaciones resultantes de los informes de auditoría y evaluaciones internos o externos, así como de las investigaciones de la OLAF;
- r) adoptará todas las decisiones relativas al establecimiento de comités internos de la Autoridad u otros organismos y, cuando sea necesario, a su modificación, teniendo en cuenta las necesidades de la actividad de la Autoridad, así como la buena gestión financiera;
- s) aprobará el proyecto de documento único de programación de la Autoridad a que se refiere el artículo 24 antes de someterlo al dictamen de la Comisión;
- t) adoptará, una vez recibido el dictamen de la Comisión, el documento único de programación de la Autoridad por una mayoría de dos tercios de los miembros del

Consejo de Administración con derecho de voto y de conformidad con el artículo 24.

2. El Consejo de Administración adoptará, de conformidad con el artículo 110 del Estatuto de los funcionarios, una decisión basada en el artículo 2, apartado 1, de dicho Estatuto y en el artículo 6 del Régimen aplicable a otros agentes, por la que se deleguen en el director ejecutivo las competencias correspondientes de la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos y se expongan las condiciones de suspensión de dicha delegación. El director ejecutivo estará autorizado a subdelegar esas competencias.

3. Cuando así lo exijan circunstancias excepcionales, el Consejo de Administración podrá, mediante resolución, suspender temporalmente la delegación de las competencias de la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos en el director ejecutivo y la subdelegación de competencias por parte del director ejecutivo, y ejercer él mismo las competencias o delegarlas en uno de sus miembros o en un miembro del personal distinto del director ejecutivo.

Artículo 19

Presidente del Consejo de Administración

1. El Consejo de Administración elegirá un presidente y un vicepresidente entre los miembros con derecho de voto y se esforzará por lograr el equilibrio de género. El presidente y el vicepresidente serán elegidos por mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo de Administración con derecho de voto.

En caso de que en una primera votación no se alcance la mayoría de dos tercios, se organizará una segunda votación en la que el presidente y el vicepresidente serán elegidos por mayoría simple de los miembros del Consejo de Administración con derecho de voto.

El vicepresidente sustituirá automáticamente al presidente cuando este no pueda desempeñar sus funciones.

2. La duración del mandato del presidente y del vicepresidente será de tres años

Su mandato podrá ser renovado una sola vez. Sin embargo, cuando su calidad de miembro del Consejo de Administración termine en cualquier momento de su mandato, este expirará automáticamente en esa fecha.

Artículo 20

Reuniones del Consejo de Administración

1. El presidente convocará las reuniones del Consejo de Administración.

2. El presidente organizará las deliberaciones con arreglo a los puntos del orden del día. Los miembros a que se refiere el artículo 17, apartado 1, párrafo primero, letras c) y d), no participarán en las deliberaciones sobre puntos relacionados con información delicada relativa a casos individuales, según lo especificado en el reglamento interno del Consejo de Administración.

3. El director ejecutivo de la Autoridad participará en las deliberaciones, pero sin derecho de voto.

4. El Consejo de Administración se reunirá al menos dos veces al año en sesión ordinaria. Además, se reunirá a petición del Presidente, a petición de la Comisión o a petición de, como mínimo, un tercio de sus miembros.

5. El Consejo de Administración convocará reuniones con el Grupo de partes interesadas al menos una vez al año.

6. El Consejo de Administración podrá invitar a cualquier persona u organización cuya opinión pueda ser de interés a que asista a sus reuniones en calidad de observador, incluidos los miembros del Grupo de partes interesadas.

7. Los miembros del Consejo de Administración y sus suplentes podrán estar asistidos en las reuniones por asesores o expertos, con sujeción a su reglamento interno.

8. La Autoridad se encargará de la secretaría del Consejo de Administración.

*Artículo 21***Normas de votación del Consejo de Administración**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, letras b) y t), en el artículo 19, apartado 1, y en el artículo 31, apartado 8, el Consejo de Administración tomará sus decisiones por mayoría de sus miembros con derecho de voto.

2. Cada miembro con derecho de voto dispondrá de un voto. En ausencia de un miembro con derecho de voto, su suplente podrá ejercer su derecho de voto.

3. El director ejecutivo de la Autoridad participará en las deliberaciones, pero sin derecho de voto.

4. El reglamento interno del Consejo de Administración establecerá de manera más pormenorizada el régimen de votación, en particular las circunstancias en las que un miembro puede actuar por cuenta de otro y las circunstancias en las que deben utilizarse procedimientos de votación por escrito.

*Artículo 22***Responsabilidades del director ejecutivo**

1. El director ejecutivo será responsable de la gestión de la Autoridad y procurará garantizar el equilibrio de género en el seno de la Autoridad. El director ejecutivo dará cuenta de su gestión al Consejo de Administración.

2. El director ejecutivo informará al Parlamento Europeo sobre el ejercicio de sus funciones cuando se le invite a hacerlo. El Consejo podrá convocar al director ejecutivo para que le informe del ejercicio de sus funciones.

3. El director ejecutivo será el representante legal de la Autoridad.

4. El director ejecutivo será responsable de la ejecución de las tareas asignadas a la Autoridad por el presente Reglamento, en particular:

- a) la administración cotidiana de la Autoridad;
- b) la ejecución de las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración;
- c) la preparación del proyecto de documento único de programación y su presentación al Consejo de Administración para su aprobación;
- d) la ejecución del documento único de programación y la notificación al Consejo de Administración sobre su ejecución;
- e) la preparación del proyecto de informe anual consolidado sobre las actividades de la Autoridad y su presentación al Consejo de Administración para su evaluación y aprobación;
- f) la elaboración de un plan de acción sobre la base de las conclusiones de las evaluaciones y los informes de auditoría internos o externos, así como de las investigaciones llevadas a cabo por la OLAF, y la presentación de informes de evolución dos veces al año a la Comisión y regularmente al Consejo de Administración;
- g) la protección de los intereses financieros de la Unión mediante la aplicación de medidas preventivas contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal, sin perjuicio de las competencias de investigación de la OLAF, mediante la realización de controles efectivos y, si se detectan irregularidades, mediante la recuperación de los importes indebidamente abonados, y, en su caso, mediante sanciones administrativas, incluidas las financieras, efectivas, proporcionadas y disuasorias;
- h) la preparación de una estrategia antifraude para la Autoridad y su presentación al Consejo de Administración para su aprobación;
- i) la preparación del proyecto de normas financieras aplicables a la Autoridad y su presentación al Consejo de Administración;
- j) la preparación del proyecto de estado de previsiones de ingresos y gastos de la Au-

toridad como parte de su documento único de programación y la ejecución de su presupuesto;

- k) de conformidad con la decisión a que se refiere el artículo 18, apartado 2, la adopción de decisiones relativas a la gestión de los recursos humanos;
- l) la adopción de decisiones respecto de las estructuras internas de la Autoridad, incluida, en caso necesario, la delegación de funciones que puedan cubrir la administración cotidiana de la Autoridad y, cuando sea necesario, su modificación, teniendo en cuenta las necesidades relacionadas con las actividades de la Autoridad y la buena gestión financiera;
- m) la cooperación, en su caso, con agencias de la Unión y la celebración de acuerdos de cooperación con ellas;
- n) la aplicación de las medidas establecidas por el Consejo de Administración para la aplicación del Reglamento (UE) 2018/1725 por la Autoridad;
- o) la información al Consejo de Administración acerca de las propuestas del Grupo de partes interesadas.

5. El director ejecutivo decidirá si es necesario destinar a uno o varios miembros del personal en uno o varios Estados miembros y si es necesario establecer una oficina de enlace en Bruselas para favorecer la cooperación de la Autoridad con las instituciones y organismos pertinentes de la Unión. Antes de tomar la decisión de establecer una oficina local o una oficina de enlace, el director ejecutivo habrá de obtener el consentimiento previo de la Comisión, del Consejo de Administración y del Estado miembro donde vaya a establecerse la oficina local. Esta decisión especificará el alcance de las actividades que se llevarán a cabo en la oficina, de manera que se eviten costes innecesarios y la duplicación de funciones administrativas de la Autoridad. Podrá requerirse un acuerdo de sede con el Estado miembro en el que vaya a establecerse la oficina local o la oficina de enlace.

Artículo 23

Grupo de partes interesadas

1. Con el fin de facilitar la consulta de las partes interesadas pertinentes y de aprovechar su experiencia en los ámbitos de aplicación del presente Reglamento, se creará un Grupo de partes interesadas. El Grupo de partes interesadas será adjunto a la Autoridad y tendrá funciones consultivas.

2. El Grupo de partes interesadas recibirá información previa y podrá presentar dictámenes a la Autoridad, previa solicitud o por propia iniciativa, sobre:

- a) cuestiones relacionadas con la aplicación y el control del cumplimiento de la legislación de la Unión en ámbitos cubiertos por el presente Reglamento, en particular sobre los análisis de la movilidad laboral transfronteriza y las evaluaciones de riesgos a que se refiere el artículo 10;
- b) el proyecto de informe anual de actividades consolidado sobre las actividades de la Autoridad a que se refiere el artículo 18;
- c) el proyecto de documento único de programación a que se refiere el artículo 24.

3. El Grupo de partes interesadas estará presidido por el director ejecutivo y se reunirá al menos dos veces al año, a iniciativa del director ejecutivo o a petición de la Comisión.

4. El Grupo de partes interesadas estará compuesto por dos representantes de la Comisión y diez representantes de los interlocutores sociales a nivel de la Unión con una representación paritaria de sindicatos y organizaciones patronales, incluidos interlocutores sociales sectoriales de la Unión reconocidos que representen sectores particularmente afectados por las cuestiones de movilidad laboral.

5. Los miembros y miembros suplentes del Grupo de partes interesadas serán nombrados por sus organizaciones y serán designados por el Consejo de Administración. Los miembros suplentes serán designados por el Consejo de Administración en las mismas

condiciones que los miembros, y sustituirán automáticamente a cualquier miembro en caso de ausencia. En la medida de lo posible, un equilibrio de género adecuado y deberá alcanzarse una representación adecuada de las pymes.

6. La Autoridad se encargará de la secretaría del Grupo de partes interesadas. El Grupo de partes interesadas adoptará su reglamento interno por mayoría de dos tercios de sus miembros con derecho de voto. El reglamento interno se someterá a la aprobación del Consejo de Administración.

7. El Grupo de partes interesadas podrá invitar a expertos o representantes de organizaciones internacionales pertinentes a sus reuniones.

8. La Autoridad hará públicos los dictámenes, el asesoramiento y las recomendaciones del Grupo de partes interesadas y los resultados de sus consultas, excepto en el caso de que haya requisitos de confidencialidad.

CAPÍTULO IV

ESTABLECIMIENTO Y ESTRUCTURA DEL PRESUPUESTO DE LA AUTORIDAD

SECCIÓN 1

Documento único de programación de la autoridad

Artículo 24

Programación anual y plurianual

1. Cada año, el director ejecutivo elaborará un proyecto de documento único de programación que contendrá, en particular, un programa de trabajo anual y plurianual, de conformidad con el Reglamento Delegado (UE) n.º 1271/2013 de la Comisión²⁸, que tendrá en cuenta las directrices establecidas por la Comisión y el asesoramiento del Grupo de partes interesadas, en su caso.

2. A más tardar el 30 de noviembre de cada año, el Consejo de Administración adoptará el documento único de programación a que se refiere el apartado 1, y lo transmitirá al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión a más tardar el 31 de enero del año siguiente, así como cualquier versión posterior actualizada de dicho documento.

El documento único de programación será definitivo tras la adopción final del presupuesto general de la Unión y, en caso necesario, se adaptará en consecuencia.

3. El programa de trabajo anual establecerá objetivos detallados y los resultados esperados, incluidos indicadores de rendimiento. Deberá incluir, asimismo, una descripción de las acciones que deban financiarse y una indicación de los recursos financieros y humanos asignados a cada acción. El programa de trabajo anual será coherente con el programa de trabajo plurianual a que se refiere el apartado 4. Indicará claramente qué tareas se han añadido, modificado o suprimido en comparación con el ejercicio presupuestario anterior. El Consejo de Administración modificará el programa de trabajo anual adoptado cuando se encomiende una nueva tarea a la Autoridad dentro del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Cualquier modificación sustancial del programa de trabajo anual se adoptará con arreglo al mismo procedimiento que el programa de trabajo anual inicial. El Consejo de Administración podrá delegar en el director ejecutivo la facultad de adoptar modificaciones no sustanciales del programa de trabajo anual.

4. El programa de trabajo plurianual fijará la programación estratégica general, incluidos los objetivos, los resultados esperados y los indicadores de rendimiento. También deberá presentar, para cada actividad, los recursos financieros y humanos considerados necesarios para alcanzar los objetivos fijados.

La programación estratégica se actualizará cuando proceda, en particular para estudiar los resultados de la evaluación a que se hace referencia en el artículo 40.

²⁸ Reglamento Delegado (UE) n.º 1271/2013 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2013, relativo al Reglamento Financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 208 del Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 328 de 7.12.2013, p. 42).

*Artículo 25***Elaboración del presupuesto**

1. Cada año, el director ejecutivo elaborará un proyecto provisional de previsiones de ingresos y gastos de la Autoridad para el ejercicio presupuestario siguiente, que incluirá la plantilla de personal, y lo remitirá al Consejo de Administración.

2. El proyecto provisional de previsiones se basará en los objetivos y los resultados esperados del documento de programación anual a que se refiere el artículo 24, apartado 3, y tendrá en cuenta los recursos financieros necesarios para lograr esos objetivos y resultados esperados, de conformidad con el principio de presupuestación basada en los resultados.

3. El Consejo de Administración, sobre la base del proyecto provisional de previsiones, adoptará un proyecto de previsiones de los ingresos de la Autoridad para el siguiente ejercicio presupuestario, y lo remitirá a la Comisión a más tardar el 31 de enero de cada año.

4. La Comisión remitirá el proyecto de previsiones a la Autoridad Presupuestaria junto con el proyecto de presupuesto general de la Unión Europea. El proyecto de previsiones también se pondrá a disposición de la Autoridad.

5. Sobre la base del proyecto de previsiones, la Comisión inscribirá en el proyecto de presupuesto general de la Unión las previsiones que considere necesarias por lo que respecta a la plantilla de personal y al importe de la contribución con cargo al presupuesto general, y lo presentará a la Autoridad Presupuestaria de conformidad con los artículos 313 y 314 del TFUE.

6. La Autoridad Presupuestaria autorizará los créditos correspondientes a la contribución del presupuesto general de la Unión destinada a la Autoridad.

7. La Autoridad Presupuestaria aprobará la plantilla de personal de la Autoridad.

8. El Consejo de Administración aprobará el presupuesto de la Autoridad. Este será definitivo tras la aprobación definitiva del presupuesto general de la Unión y, si fuese necesario, se adaptará en consecuencia.

9. En cualquier proyecto inmobiliario que pueda tener repercusiones importantes para el presupuesto de la Autoridad, se aplicará el Reglamento Delegado (UE) n.º 1271/2013 de la Comisión.

SECCIÓN 2**Presentación, ejecución y control del presupuesto de la autoridad***Artículo 26***Estructura del presupuesto**

1. Se prepararán previsiones de todos los ingresos y gastos de la Autoridad para cada ejercicio presupuestario y se consignarán en el presupuesto de la Autoridad. El ejercicio financiero coincidirá con el año natural.

2. El presupuesto de la Autoridad será equilibrado en cuanto a ingresos y gastos.

3. Sin perjuicio de otros recursos, los ingresos de la Autoridad incluirán:

- a) una contribución de la Unión consignada en el presupuesto general de la Unión;
- b) cualquier contribución financiera voluntaria de los Estados miembros;
- c) cualquier contribución de terceros países que participen en los trabajos de la Autoridad, tal como prevé el artículo 42;
- d) una posible financiación de la Unión en forma de convenios de delegación o subvenciones ad hoc de conformidad con las normas financieras de la Autoridad contempladas en el artículo 29 y con las disposiciones de los instrumentos pertinentes que apoyan las políticas de la Unión;
- e) las tarifas de publicaciones y cualesquiera servicios prestados por la Autoridad.

4. Los gastos de la Autoridad comprenderán los gastos de retribución del personal, los gastos administrativos y de infraestructura, así como los gastos de funcionamiento.

Artículo 27

Ejecución del presupuesto

1. El director ejecutivo será el responsable de la ejecución del presupuesto de la Autoridad.

2. El director ejecutivo remitirá anualmente a la Autoridad Presupuestaria toda la información pertinente sobre las conclusiones de los procedimientos de evaluación.

Artículo 28

Rendición de cuentas y aprobación de la gestión

1. El contable de la Autoridad remitirá las cuentas provisionales del ejercicio presupuestario (ejercicio N) al contable de la Comisión y al Tribunal de Cuentas a más tardar el 1 de marzo del ejercicio presupuestario siguiente (ejercicio N + 1).

2. El contable de la Autoridad deberá presentar también la información requerida a efectos de consolidación al contable de la Comisión, de la manera y en el formato exigido por este último, a más tardar el 1 de marzo del ejercicio N + 1.

3. La Autoridad remitirá el informe sobre la gestión presupuestaria y financiera del ejercicio N al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas a más tardar el 31 de marzo del ejercicio N + 1.

4. Tras recibir las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas sobre las cuentas provisionales de la Autoridad del ejercicio N, el contable de esta elaborará las cuentas definitivas de la Autoridad bajo su responsabilidad. El director ejecutivo las presentará al Consejo de Administración para que este emita un dictamen sobre ellas.

5. El Consejo de Administración emitirá un dictamen sobre las cuentas definitivas de la Autoridad del ejercicio N.

6. El contable de la Autoridad, a más tardar el 1 de julio del ejercicio N + 1, remitirá al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas las cuentas definitivas del ejercicio N, juntamente con el dictamen del Consejo de Administración.

7. Se publicará un enlace a las páginas del sitio web que contengan las cuentas definitivas de la Autoridad en el Diario Oficial de la Unión Europea a más tardar el 15 de noviembre del ejercicio N + 1.

8. El director ejecutivo, a más tardar el 30 de septiembre del ejercicio N + 1, remitirá al Tribunal de Cuentas una respuesta a las observaciones formuladas en su informe anual. El director ejecutivo enviará asimismo esta respuesta al Consejo de Administración y a la Comisión.

9. El director ejecutivo presentará al Parlamento Europeo, a instancias de este, de conformidad con el artículo 261, apartado 3, del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo²⁹, cualquier información necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento de aprobación de la gestión del ejercicio N.

10. El Parlamento Europeo, previa recomendación del Consejo por mayoría cualificada, aprobará, antes del 15 de mayo del ejercicio N + 2, la gestión del director ejecutivo con respecto a la ejecución del presupuesto del ejercicio N.

Artículo 29

Normas financieras

El Consejo de Administración adoptará las normas financieras aplicables a la Auto-

²⁹ Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 (DO L 193, de 30.7.2018, p. 1).

ridad, previa consulta a la Comisión. Dichas normas no podrán desviarse del Reglamento Delegado (UE) n.º 1271/2013, salvo si las exigencias específicas de funcionamiento de la Autoridad lo requieren y la Comisión lo autoriza previamente.

CAPÍTULO V PERSONAL

Artículo 30

Disposición general

Serán aplicables al personal de la Autoridad el Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a otros agentes, y las normas adoptadas de común acuerdo entre las instituciones de la Unión para dar efecto al Estatuto de los funcionarios y al Régimen aplicable a otros agentes.

Artículo 31

Director ejecutivo

1. El director ejecutivo será contratado como agente temporal de la Autoridad según lo dispuesto en el artículo 2, letra a), del Régimen aplicable a otros agentes.

2. El director ejecutivo será designado por el Consejo de Administración a partir de una lista de candidatos propuesta por la Comisión en el marco de un procedimiento de selección abierto y transparente. El candidato seleccionado será invitado a hacer una declaración ante el Parlamento Europeo y a responder a las preguntas de los diputados al Parlamento. Ese intercambio de puntos de vista no retrasará indebidamente la designación del director ejecutivo.

3. A efectos de la celebración del contrato con el director ejecutivo, la Autoridad estará representada por el presidente del Consejo de Administración.

4. El mandato del director ejecutivo tendrá una duración de cinco años. Antes de que concluya ese período, la Comisión llevará a cabo una evaluación en la que se analizarán la actuación del director ejecutivo y los cometidos y retos futuros de la EU-OSHA.

5. El Consejo de Administración, teniendo en cuenta la evaluación contemplada en el apartado 4, podrá prorrogar el mandato del director ejecutivo una sola vez por un máximo de cinco años.

6. Un director ejecutivo, cuyo mandato haya sido prorrogado de conformidad con el apartado 5, no podrá participar en otro procedimiento de selección para el mismo puesto una vez concluido el periodo total de su mandato.

7. El director ejecutivo solo podrá ser destituido por decisión del Consejo de Administración. En su decisión, el Consejo de Administración tendrá en cuenta la evaluación de la actuación del director ejecutivo por parte de la Comisión a que se refiere el apartado 4.

8. El Consejo de Administración se pronunciará sobre la designación, la prórroga del mandato o el cese del director ejecutivo por mayoría de dos tercios de sus miembros con derecho de voto.

Artículo 32

Funcionarios de enlace nacionales

1. Cada Estado miembro designará un funcionario de enlace nacional como experto nacional en comisión de servicios en la Autoridad, y trabajará en su sede, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33.

2. Los funcionarios de enlace nacionales contribuirán a la ejecución de las tareas de la Autoridad, en particular facilitando la cooperación y el intercambio de información previstos en el artículo 7 y el apoyo y la coordinación de las inspecciones conforme al artículo 8. También actuarán como puntos de contacto nacionales para las preguntas planteadas por sus Estados miembros y en relación con sus Estados miembros, bien respondiendo a estas preguntas de manera directa o poniéndose en contacto con sus administraciones nacionales.

3. Los funcionarios de enlace nacionales tendrán derecho a solicitar y recibir de sus Estados miembros toda la información

pertinente, como prevé el presente Reglamento, respetando plenamente la legislación nacional o las prácticas de sus Estados miembros, especialmente en lo relativo a la protección de datos y las normas sobre confidencialidad.

Artículo 33

Expertos nacionales adscritos y otros agentes

1. Además de los funcionarios de enlace nacionales, la Autoridad podrá recurrir a otros expertos nacionales adscritos o a otros agentes no contratados por la Autoridad en cualquier ámbito de su trabajo.

2. El Consejo de Administración adoptará una decisión para establecer las normas aplicables a las comisiones de servicio de expertos nacionales, incluidos los funcionarios de enlace nacionales.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES

Artículo 34

Privilegios e inmunidades

Se aplicará a la Autoridad y a su personal el Protocolo n.º 7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea.

Artículo 35

Régimen lingüístico

1. Serán aplicables a la Autoridad las disposiciones establecidas en el Reglamento n.º 1³⁰ del Consejo.

2. El Centro de Traducción prestará los servicios de traducción necesarios para el funcionamiento de la Autoridad.

³⁰ Reglamento n.º 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DO 17 de 6.10.1958, p. 385).

Artículo 36

Transparencia, protección de datos personales y comunicación

1. El Reglamento (CE) n.º 1049/2001 se aplicará a los documentos en poder de la Autoridad. El Consejo de Administración adoptará las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 en un plazo de seis meses a partir de su primera reunión.

2. El Consejo de Administración adoptará medidas para cumplir las obligaciones establecidas en el Reglamento (UE) 2018/1725, en particular las relativas al nombramiento de un responsable de la protección de datos de la Autoridad, y las relativas a la legalidad del tratamiento de los datos, la seguridad de las actividades de tratamiento, el suministro de información y los derechos de los interesados.

3. La Autoridad podrá emprender actividades de comunicación por iniciativa propia dentro de su ámbito de competencias. La asignación de recursos a las actividades de comunicación no deberá ir en detrimento del ejercicio efectivo de las tareas a que se hace referencia en el artículo 4. Las actividades de comunicación se llevarán a cabo de conformidad con los planes de comunicación y difusión pertinentes adoptados por el Consejo de Administración.

Artículo 37

Lucha contra el fraude

1. Con el fin de facilitar la lucha contra el fraude, la corrupción y otras actividades ilegales en virtud del Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013, la Autoridad se adherirá, a más tardar seis meses a partir de la fecha en que sea operativa, al Acuerdo Interinstitucional de 25 de mayo de 1999 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y adoptará las disposiciones apropiadas aplicables a todo los empleados de la Autoridad utilizando el modelo que figura en el anexo de dicho Acuerdo.

2. El Tribunal de Cuentas tendrá la facultad de auditar, sobre la base de documentos y de controles sobre el terreno, a todos los beneficiarios de subvenciones, contratistas y subcontratistas que hayan recibido fondos de la Unión a través de la Autoridad.

3. La OLAF podrá realizar investigaciones, incluidos controles e inspecciones sobre el terreno, con vistas a establecer si ha habido fraude, corrupción o cualquier otra actividad ilícita que afecte a los intereses financieros de la Unión en relación con una subvención o un contrato financiado por la Autoridad, de conformidad con las disposiciones y procedimientos establecidos en el Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 y en el Reglamento (CE, Euratom) n.º 2185/96 del Consejo³¹.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, los acuerdos de cooperación con terceros países y organizaciones internacionales, los contratos, los convenios de subvención y las decisiones de subvención de la Autoridad contendrán disposiciones que faculten expresamente al Tribunal de Cuentas y a la OLAF a realizar dichas auditorías e investigaciones, con arreglo a sus respectivas competencias.

Artículo 38

Normas de seguridad aplicables a la protección de la información clasificada y de la información sensible no clasificada

La Autoridad adoptará sus propias normas de seguridad, equivalentes a las de la Comisión, para la protección de la información clasificada de la Unión Europea (ICUE) y de la información sensible no clasificada, con arreglo a lo dispuesto en las Decisiones (UE, Euratom) 2015/443³² y (UE, Euratom)

2015/444³³ de la Comisión. Las normas de seguridad de la Autoridad se harán extensivas, entre otras, a las disposiciones relativas al intercambio, el tratamiento y el almacenamiento de la citada información.

Artículo 39

Responsabilidad

1. La responsabilidad contractual de la Autoridad se regirá por el Derecho aplicable al contrato en cuestión.

2. El Tribunal de Justicia será competente para conocer de los litigios en virtud de cualquier cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado por la Autoridad.

3. En caso de responsabilidad extracontractual, la Autoridad deberá reparar los daños y perjuicios causados por sus servicios o su personal en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente en los litigios relativos a la indemnización de los daños y perjuicios a que se refiere el apartado 3.

5. La responsabilidad personal frente a la Autoridad de su personal se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a otros agentes que les es aplicable.

Artículo 40

Evaluación y revisión

1. A más tardar el 1 de agosto de 2024 y, a continuación, cada cinco años, la Comisión evaluará la actuación de la Autoridad en relación con sus objetivos, su mandato y sus tareas. La evaluación examinará, en particular, las experiencias adquiridas con el proce-

³¹ Reglamento (Euratom, CE) n.º 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades (DO L 292 de 15.11.1996, p. 2).

³² Decisión (UE, Euratom) 2015/443 de la Comisión, de 13 de marzo de 2015, sobre la seguridad en la Comisión (DO L 72 de 17.3.2015, p. 41).

³³ Decisión (UE, Euratom) 2015/444 de la Comisión, de 13 de marzo de 2015, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE (DO L 72 de 17.3.2015, p. 53).

dimiento de mediación previsto en el artículo 13. También evaluará si existe la necesidad de modificar el mandato de la Autoridad y el ámbito de sus actividades, en particular la ampliación del ámbito para cubrir necesidades sectoriales específicas, así como las implicaciones financieras de tal modificación, tomando en cuenta también el trabajo llevado a cabo por agencias de la Unión en estos ámbitos. La evaluación explorará también nuevas sinergias y la racionalización de las oportunidades con las Agencias en el ámbito del empleo y la política social. Basándose en la evaluación, la Comisión podrá presentar, si procede, propuestas legislativas para revisar el ámbito del presente Reglamento.

2. Si la Comisión considerara que la continuidad de la Autoridad ya no está justificada por sus objetivos, mandato y tareas, podrá proponer que se modifique o se derogue en consecuencia el presente Reglamento.

3. La Comisión comunicará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Consejo de Administración los resultados de la evaluación. El resultado de la evaluación se hará público.

Artículo 41

Investigaciones administrativas

Las actividades de la Autoridad estarán sujetas a las investigaciones del Defensor del Pueblo Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del TFUE.

Artículo 42

Cooperación con terceros países y organizaciones internacionales

1. En la medida en que sea necesario para la consecución de los objetivos fijados en el presente Reglamento, y sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros y de las instituciones de la Unión, la Autoridad podrá cooperar con las autoridades competentes de terceros países y con organizaciones internacionales.

Para ello, la Autoridad podrá, previa autorización del Consejo de Administración y tras haber obtenido la aprobación de la Comisión,

establecer acuerdos de trabajo con las autoridades competentes de terceros países y con organizaciones internacionales. Dichos acuerdos no impondrán obligaciones jurídicas a la Unión o sus Estados miembros.

2. La Autoridad estará abierta a la participación de terceros países que hayan celebrado acuerdos con la Unión en ese sentido.

Con arreglo a las disposiciones pertinentes a refiere el párrafo primero, se irán estableciendo normas, en las que se precisen, en particular, el carácter, el alcance y las modalidades de participación de los terceros países de que se trate en las labores de la Autoridad, incluidas disposiciones sobre la participación en las iniciativas llevadas a cabo por la Autoridad, las contribuciones financieras y el personal. Por lo que se refiere al personal, dichos mecanismos serán, en cualquier caso, conformes con el Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a otros agentes.

3. La Comisión velará por que la Autoridad opere dentro de su mandato y del marco institucional existente mediante la celebración de un convenio de trabajo adecuado con el director ejecutivo de la Autoridad.

Artículo 43

Acuerdo relativo a la sede y condiciones de funcionamiento

1. Las disposiciones necesarias relativas a la instalación que se habilitará para la Autoridad en el Estado miembro de acogida, así como las normas específicas aplicables en el Estado miembro de acogida al director ejecutivo, a los miembros del Consejo de Administración, al personal y a los miembros de sus familias, se fijarán en un acuerdo de sede entre la Autoridad y el Estado miembro en que esté situada la sede, que se concluirá una vez obtenida la aprobación del Consejo de Administración, y a más tardar el 1 de agosto de 2021.

2. El Estado miembro que acoja a la Autoridad ofrecerá las mejores condiciones posibles para garantizar un funcionamiento fluido y eficaz de la Autoridad, incluida una escolarización multilingüe y de vocación europea y unas conexiones de transporte adecuadas.

*Artículo 44***Comienzo de las actividades de la Autoridad**

1. La Autoridad deberá ser operativa, con capacidad para ejecutar su propio presupuesto, el 1 de agosto de 2021.

2. La Comisión será responsable de la creación y el funcionamiento inicial de la Autoridad hasta que esta sea operativa. A tal efecto:

a) hasta que el director ejecutivo asuma sus funciones tras su nombramiento por el Consejo de Administración con arreglo al artículo 31, la Comisión podrá designar a un funcionario de la Comisión para que actúe como director ejecutivo interino y desempeñe las funciones correspondientes al director ejecutivo;

b) no obstante lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, letra k), y hasta la adopción de la decisión a que se hace referencia en el artículo 18, apartado 2, el director ejecutivo interino ejercerá las competencias de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos;

c) la Comisión podrá prestar asistencia a la Autoridad, en particular enviando a funcionarios de la Comisión en comisión de servicios para llevar a cabo las actividades de la Autoridad, bajo la responsabilidad del director ejecutivo interino o del director ejecutivo;

d) el director ejecutivo interino podrá autorizar todos los pagos cubiertos por los créditos consignados en el presupuesto de la Autoridad tras la aprobación por el Consejo de Administración, y podrá celebrar contratos, incluido para la contratación de personal, una vez aprobada la plantilla de personal de la Autoridad.

*Artículo 45***Modificación del Reglamento (CE) n.º 883/2004**

El Reglamento (CE) n.º 883/2004 se modifica como sigue:

1) En el artículo 1, se inserta la letra siguiente:

«n bis) “Autoridad Laboral Europea”: el organismo establecido por el Reglamento (UE) 2019/1149. del Parlamento Europeo y del Consejo (*1) y a que se refiere el artículo 74 bis;

(*1) Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344 (DO L 186 de 11.7.2019, p. 21);».

2) Se inserta el artículo siguiente:

«Artículo 74 bis

La Autoridad Laboral Europea

1. Sin perjuicio de las tareas y actividades de la Comisión Administrativa, la Autoridad Laboral Europea apoyará la aplicación del presente Reglamento de conformidad con sus funciones, establecidas en el Reglamento (UE) 2019/1149. La Comisión Administrativa cooperará con la Autoridad Laboral Europea, con vistas a coordinar sus actividades de común acuerdo y evitar cualquier duplicación. A tal fin, celebrará un acuerdo de cooperación con la Autoridad Laboral Europea.

2. La Comisión Administrativa podrá solicitar a la Autoridad Laboral Europea que le remita una cuestión relativa a seguridad social sometida a mediación conforme al artículo 13, apartado 11, tercer párrafo, del Reglamento (UE) 2019/1149.».

*Artículo 46***Modificaciones del Reglamento (UE) n.º 492/2011**

El Reglamento (UE) n.º 492/2011 se modifica como sigue:

1) En el artículo 26 se añade el apartado siguiente:

«La Autoridad Laboral Europea, creada por el Reglamento (UE) 2019/1149 del Parla-

mento Europeo y del Consejo (*2) participará en las reuniones del Comité consultivo en calidad de observador, aportando los conocimientos y las experiencias de tipo técnico que sean pertinentes.

(*2) Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344 (DO L 186 de 11.7.2019, p. 21);»."

2) Se suprimen los artículos 29 a 34 con efectos a partir de la fecha en que la Autoridad sea operativa con arreglo al artículo 44, apartado 1 del presente Reglamento.

3) El artículo 35 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 35

El reglamento interno del Comité consultivo, aplicable el 8 de noviembre de 1968, continuará siendo aplicable.».

4) El artículo 39 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 39

Los gastos administrativos del Comité consultivo se incluirán en el presupuesto general de la Unión Europea en la sección relativa a la Comisión.»

Artículo 47

Modificaciones del Reglamento (UE) 2016/589

El Reglamento (UE) 2016/589 se modifica como sigue:

1) El artículo 1 se modifica como sigue:

a) la letra a) se sustituye por el texto siguiente:

«a) la organización de la red EURES entre la Comisión, la Autoridad Laboral Europea y los Estados miembros;»;

b) la letra b) se sustituye por el texto siguiente:

«b) la cooperación entre la Comisión, la Autoridad Laboral Europea y los Estados miembros en lo que respecta a la puesta en común de los datos disponibles pertinentes sobre las ofertas de empleo, las demandas de empleo y los currículum vitae (CV);»;

c) la letra f) se sustituye por el texto siguiente:

«f) la promoción de la red EURES a escala de la Unión a través de medidas de comunicación eficaces adoptadas por la Comisión, la Autoridad Laboral Europea y los Estados miembros.».

2) En el artículo 3 se añade el punto siguiente:

«8) "Autoridad Laboral Europea": el organismo establecido por el Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del (*3).

(*3) Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344 (DO L 186 de 11.7.2019, p. 21).»."

3) En el artículo 4, el apartado 2 se sustituye por el texto siguiente:

«2. Se garantizará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información proporcionada en el portal EURES y a los servicios de apoyo disponibles a escala nacional. La Comisión, la Autoridad Laboral Europea y los miembros y socios de EURES determinarán los medios para garantizar dicha accesibilidad en relación con sus respectivas obligaciones.».

4) El artículo 7, apartado 1, se modifica como sigue:

a) la letra a) se sustituye por el texto siguiente:

«a) la Oficina Europea de Coordinación, que se creará dentro de la Autoridad Labo-

ral Europea y será responsable de asistir a la red EURES en el desempeño de sus actividades;»;

b) se añade la letra siguiente:

«e) la Comisión.».

5) El artículo 8 se modifica como sigue:

a) el apartado 1 se modifica como sigue:

i) la parte introductoria se sustituye por el texto siguiente:

«La Oficina Europea de Coordinación asistirá a la red EURES en el desempeño de sus actividades, en particular definiendo y llevando a cabo, en estrecha cooperación con las ONC y la Comisión, las siguientes actividades:»;

ii) en la letra a), el inciso i) se sustituye por el texto siguiente:

«i) en tanto que propietario del sistema para el portal EURES, y los correspondientes servicios informáticos, la definición de las necesidades de los usuarios y los requisitos empresariales que han de transmitirse a la Comisión para el funcionamiento y el desarrollo del portal, incluidos sus sistemas y procedimientos para el intercambio de ofertas de empleo, demandas de empleo, CV y documentos justificativos, y otra información, en cooperación con otros servicios o redes e iniciativas de información y asesoramiento pertinentes de la Unión;»;

b) el apartado 2 se sustituye por el texto siguiente:

«2. La Oficina Europea de Coordinación será gestionada por la Autoridad Laboral Europea. La Oficina Europea de Coordinación mantendrá un diálogo periódico con los representantes de los interlocutores sociales a escala de la Unión.»;

c) el apartado 3 se sustituye por el texto siguiente:

«3. La Oficina Europea de Coordinación, previa consulta al Grupo de Coordinación a que se refiere el artículo 14 y a la Comi-

sión, elaborará sus programas de trabajo plurianuales.».

6) En el artículo 9, apartado 2, la letra b) se sustituye por el texto siguiente:

«b) la cooperación con la Comisión, la Autoridad Laboral Europea y los Estados miembros en lo que respecta a la compensación dentro del marco establecido en el capítulo III;».

7) En el artículo 14, el apartado 1 se sustituye por el texto siguiente:

«1. El Grupo de Coordinación estará compuesto por representantes al nivel que corresponda de la Comisión, de la Oficina Europea de Coordinación y de las Oficinas Nacionales de Coordinación.».

8) En el artículo 16, el apartado 6 se sustituye por el texto siguiente:

«6. Los Estados miembros examinarán, junto con la Comisión y la Oficina Europea de Coordinación, cualquier posibilidad que tienda a dar prioridad a los nacionales de la Unión a la hora de cubrir las ofertas de empleo disponibles, con el fin de conseguir el equilibrio entre la oferta y la demanda de empleo en la Unión. Los Estados miembros podrán adoptar todas las medidas necesarias a tal efecto.».

9) En el artículo 19, el apartado 1 se sustituye por el texto siguiente:

«1. Los Estados miembros cooperarán entre sí, con la Comisión y con la Oficina Europea de Coordinación por lo que respecta a la interoperabilidad entre los sistemas nacionales y la clasificación europea elaborada por la Comisión. La Comisión informará a los Estados miembros sobre la marcha de dicha clasificación.».

10) El artículo 29 se sustituye por el texto siguiente:

«Artículo 29 Intercambio de información sobre los flujos y las tendencias

La Comisión y los Estados miembros supervisarán y harán públicos los flujos y

las tendencias de movilidad laboral en la Unión sobre la base de los informes de la Autoridad Laboral Europea, utilizando las estadísticas de Eurostat y los datos nacionales disponibles.».

Artículo 48

Derogación

Queda derogada la Decisión (UE) 2016/344 con efecto a partir de la fecha en que la Autoridad sea operativa con arreglo al artículo 44, apartado 1 del presente Reglamento.

Las referencias a la Decisión derogada se entenderán hechas al presente Reglamento.

Artículo 49

Entrada en vigor

El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, el 20 de junio de 2019.

Por el Parlamento Europeo

El Presidente:

A. TAJANI

El Presidente:

G. CIAMBA

Anexo

ACTIVIDADES DE LA PLATAFORMA CREADA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 16, APARTADO 2

En apoyo de los objetivos de la Autoridad para combatir el trabajo no declarado, la Plataforma tratará en particular de:

- 1) mejorar el conocimiento del trabajo no declarado, también en lo que se refiere a las causas y las diferencias regionales, mediante definiciones compartidas y conceptos comunes, herramientas de medición basadas en pruebas y promoción de análisis comparativos; desarrollar la comprensión mutua de los distintos sistemas y prácticas para luchar contra el trabajo no declarado y analizar la eficacia de las diferentes medidas políticas, en particular las medidas preventivas y las sanciones;
- 2) facilitar y evaluar distintas formas de cooperación entre Estados miembros y, si procede, terceros países, como el intercambio de personal, el uso de las bases de datos y actividades y formaciones conjuntas, y establecer un sistema de intercambio de información para la cooperación administrativa mediante un módulo específico dedicado al trabajo no declarado en el marco del sistema IMI;
- 3) crear herramientas, como un banco de conocimientos, para compartir de manera eficiente información y experiencias, y desarrollar directrices de aplicación de la legislación, manuales de buenas prácticas, principios compartidos de inspección para luchar contra el trabajo no declarado y actividades comunes, como campañas europeas; evaluar las experiencias en la utilización de estas herramientas;
- 4) desarrollar un programa de aprendizaje entre iguales para identificar buenas prácticas en todos los ámbitos pertinentes para combatir el trabajo no declarado y organizar revisiones inter pares para seguir los progresos de la lucha contra el trabajo no declarado en los Estados miembros que opten por participar en dichas revisiones;
- 5) intercambiar las experiencias de las autoridades nacionales en la aplicación del Derecho de la Unión pertinente para combatir el trabajo no declarado.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MTMSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportarán las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tlf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@mitramiss.es

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es

Librería Virtual

<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Julia López López y Borja Suárez Corujo* • I. ESTUDIOS: The “autonomous worker” and the personal scope of collective labour law. *Mark Freedland and Nicolas Kountouris* • Legal responsibility in the gig economy: the employer perspective. *Jeremias Prassl and Martin Risak* • Platform work in self-employment: new challenges for social protection? *Paul Schoukens and Alberto Barrio* • Formalising vulnerable self-employment under Social Security law: a case-study of Continental Welfare States systems. *Alexandre de le Court* • Eroding dualisation: the slow advancement of social protection for self-employed workers in Portugal. *Rui Branco and Daniel Cardoso* • Autonomous workers and Social Security - a Swedish example. *Caroline Johansson* • Balance y retos del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos. *Jesús Cruz Villalón* • La adscripción de los autónomos societarios al régimen especial de los trabajadores autónomos. *Santiago González Ortega* • Algunas manifestaciones del trabajo autónomo precario: Principales carencias en materia de Seguridad Social. *Susana Rodríguez-Escanciano y Henar Álvarez Cuesta* • Maternidad y trabajo autónomo. *Belén Alonso-Olea García* • Compatibilidad del pensionista de jubilación con actividades posteriores como trabajador autónomo. *Josep Fargas Fernández* • La Seguridad Social de los trabajadores autónomos en la jurisprudencia. *Carolina Martínez Moreno* • II. FORUM: Respuesta a tres preguntas sobre la protección social de los trabajadores autónomos. *Gian Guido Balandi y Luis Enrique de la Villa Gil* • III. DOCUMENTOS: Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia • Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344.

