TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
168/2023

Monográfico sobre el Pilar Europeo de
Derechos Sociales: Resultados y expectativas

168

Junta de Andalucía

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social

168

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
EDOARDO ALES	Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles "Parthenope"

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN	Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN
Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.
Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y TRABAJO AUTÓNOMO
JUNTA DE ANDALUCIA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: Artes Gráficas Servigraf, S.L

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 168/2023

Monográfico sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales:
Resultados y expectativas

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Balance y perspectivas de desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales.... 9
Jesús Cruz Villalón

Primera parte: Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo

La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España 37
María Luisa de La Flor Fernández

La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España 67
Fernando Elorza Guerrero

Educación, formación y aprendizaje permanente: Agenda de capacidades europea 103
Francisco Lozano Lares

Igualdad de oportunidades en la Unión Europea: el plan de acción antirracismo para 2020-2025 como estrategia..... 131
Eva Saldaña Valderas

Apoyo activo para el empleo: Paquete de apoyo al empleo juvenil..... 161
Olimpia Molina Hermosilla

Políticas migratorias y de asilo en la UE 189
María Luisa Rodríguez Copé

Segunda parte: Condiciones de trabajo justas

La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento 223
Francisca Fuentes Rodríguez

Aspectos laborales de la ley de protección de personas informantes 251
Rafael Gómez Gordillo

Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición 277
Eduardo Román Vaca

La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas 293
Antonio Valverde Asencio

La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en Derechos Humanos y Medio Ambiente 339
María Sepúlveda Gómez

Inteligencia artificial y empleo. Análisis crítico del marco regulatorio europeo y español impulsado por el Pilar Europeo de Derechos Sociales..... 369
Rosa Mª. González de Patto

Derecho a la desconexión digital 393
Teresa Velasco Portero

Instrumentos multinivel para la eliminación del trabajo forzoso: especial referencia al ámbito empresarial 415
José Antonio Soler Arrebola

La negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas vulnerables 447
Inmaculada Benavente Torres

Tercera parte: protección e inclusión social

Renta Mínima Adecuada. A propósito de la Recomendación 2023/C 41/01, sobre una renta mínima que procure la inclusión activa 477
José Luis Lázaro Sánchez

Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad ¿Se están percibiendo los cambios? 495
María Dolores García Valverde

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú), Arbeit und Recht (Alemania), Australian Journal of Labour Law (Australia), Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Securité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América), Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia), Derecho de las Relaciones Laborales (España), Diritti Lavori Mercati (Italia), Diritto delle Relazioni Industriali (Italia), Europäische Zeitschrift fűr Arbeitsrecht (EuZA-Alemania), European Labour Law Journal (Bélgica), E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia), Giornale di Diritto del Lavoro (Italia), Industrial Law Journal (Sudáfrica), Industrial Law Journal (Reino Unido), International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda), International Labour Review (OIT), Japan Labor Review (Japón), Labour and Social Law (Bielorrusia), Labour Society and Law (Israel), Lavoro e Diritto (Italia), Pecs Labour Law Journal (Hungría), Revista de Derecho Social (España), Revue de Droit du Travail (Francia), Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia), Russian Yearbook of Labour Law (Rusia), Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia) y Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits-und Sozialrecht (Alemania).*

Más información sobre su objeto y actividades, en http://www.labourlawjournals.com

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": lajunta.es/carl

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o sderio@upo.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Times New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO
Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.
Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.
Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.
Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.
2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE
En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.
3. ÍNDICE
Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3.).
4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS
El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.
5. TEXTO
Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.
Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.
Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).
6. NOTAS
Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.
En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.
Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op. cit.", si tiene más de una obra.
Ejemplos:
- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.
- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.
7. EXTENSIÓN
Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.
8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS
Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.
9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN
Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.
Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems. El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.
10. CESIÓN DE DERECHOS
Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.
Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).
El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: lajunta.es/carl

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 168/2023

Monograph about European Pillar of Social Rights:
Results and expectations

INDEX

STUDIES

Taking stock and development prospects of the European Pillar of Social Rights 9
Jesus Cruz Villalon

Part One: Equal opportunities and access to the labour market

The Conciliation Directive and its transposition in Spain 37
María Luisa de La Flor Fernández

The Directive on transparent and predictable working conditions and its transposition in Spain 67
Fernando Elorza Guerrero

Education, training and lifelong learning: European skills agenda 103
Francisco Lozano Lares

Equal opportunities in the European Union: the anti-racism action plan for 2020-2025 as a strategy 131
Eva Saldaña Valderas

Active support for employment: Youth employment support package 161
Olimpia Molina Hermosilla

Migration and asylum policies in the EU..... 189
María Luisa Rodríguez Copé

Part Two: Fair Working Conditions

Directive 2023/970 strengthening the principle of equal pay through pay transparency measures and enforcement mechanisms 223
Francisca Fuentes Rodríguez

Labor aspects of the law on the protection of whistleblowers 251
Rafael Gómez Gordillo

Adequate Minimum Wages Directive and its transposition 277
Eduardo Roman Vaca

The proposal for a directive on platform work 293
Antonio Valverde Asencio

The proposal for a European Directive on due diligence in Human Rights and the Environment..... 339
María Sepúlveda Gómez

Artificial intelligence and employment. Critical analysis of the European and Spanish regulatory framework promoted by the European Pillar of Social Rights..... 369
Rosa González de Patto

Right to digital disconnection 393
Teresa Velasco Portero

Multilevel instruments for the elimination of forced labour: special reference to the business environment 415
José Antonio Soler Arrebola

Collective bargaining for vulnerable self-employed workers..... 447
Inmaculada Benavente Torres

Part Three: Social Protection and Inclusion

Adequate minimum income. Regarding Recommendation 2023/C 41/01, on minimum income for active inclusion 477
José Luis Lázaro Sánchez

Strategy on the rights of persons with disabilities. Are the changes being perceived? 495
María Dolores García Valverde

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE DESARROLLO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Jesús Cruz Villalón
Director de la Revista Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
https://orcid.org/0000-0002-1275-5289

EXTRACTO **Palabras clave:** política social europea, armonización legislativa laboral, transposición normativa

El marco general de actuación del Pilar Europeo de Derechos Sociales integra un amplio abanico de medidas por parte de las instituciones europeas, muchas de ellas insertas dentro del ámbito de lo laboral y la protección social. Este estudio, como presentación del número monográfico de la Revista, pretende ofrecer las claves básicas de la intervención ya materializada desde la Unión Europea, constatando que, lo que inicialmente en términos escépticos se contemplaba con escasas expectativas de desarrollo, a estas alturas, sin haber concluido todavía su período de implementación, está mostrando un amplio e intenso número de textos normativos y de planes de actuación. Se trata de un resultado ciertamente exitoso, inesperable en su arranque, que tiene productos emblemáticos a través de importantes Directivas, en algunos casos todavía propuestas de Directiva. El estudio se detiene, sobre todo, en las novedades que implican estas actuaciones desde la perspectiva de exprimir la diversidad de competencias legislativas de la Unión Europea, con apelación a muy diversos títulos competenciales. El estudio igualmente pretende apuntar el reflejo del desarrollo del Pilar Europeo sobre el ordenamiento español, lo ya hecho y los desafíos pendientes en el inmediato futuro.

ABSTRACT ***Keywords:*** *European social policy, labour legislative harmonization, regulatory transposition*

The general framework of action of the European Pillar of Social Rights integrates a wide range of measures by the European institutions, many of them inserted within the scope of labour and social protection. This study, as a presentation of the monographic issue of the Temas Laborales Review, aims to offer the basic keys of the intervention already materialized by the European Union, confirming that, what was initially contemplated in sceptical terms with few expectations of development, at this point, without having. Although its implementation period has still concluded, it is showing a large and intense number of regulatory texts and action plans. This is a certainly successful result, unexpected at the start, which has emblematic products through important Directives, in some cases even Directive proposals. The study focuses above all on the novelties that these actions imply from the perspective of taking advantage of the diversity of legislative powers of the European Union, with appeal to very diverse powers. The study also presents the reflection of the development of the European Pillar on the Spanish system, what has already been done and the pending challenges in the immediate future.

ÍNDICE

1. El proceso de profundización en la política social europea
2. Contenidos básicos de desarrollo del pilar europeo de derechos sociales
3. La diversidad de títulos competenciales como base de las medidas
4. Desarrollo aplicativo y retos desde la perspectiva del ordenamiento español
   4.1. Marco general de la transposición en el ordenamiento nacional
   4.2. En particular, la Directiva sobre condiciones laborales transparentes
   4.3. En particular, la Directiva sobre salarios mínimos adecuados
   4.4. En particular, la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas
   4.5. En particular, la Directiva sobre conciliación laboral y familiar

1. EL PROCESO DE PROFUNDIZACIÓN EN LA POLÍTICA SOCIAL EUROPEA

Constituye ya un lugar común, no por ello menos cierto, que el proceso de construcción del proyecto europeo arrancó centrado casi exclusivamente en el diseño de una economía a nivel de escala europea, dejando al margen tanto los aspectos sociales y de relaciones laborales como los relativos a la garantía de los derechos fundamentales. Por ello, la actuación en el ámbito de la legislación laboral en sus orígenes fue meramente instrumental para lograr la efectividad de las libertades económicas de circulación, se superasen las fronteras nacionales y, por extensión, evitar las manifestaciones de dumping concurrencial, que incluían, por vía indirecta, también el denominado dumping social. Eso sí, por muy diversas circunstancias, en las que no podemos entrar en esos momentos, progresivamente tanto la libertad de circulación de trabajadores como las acciones de contención del dumping social experimentaron una progresiva expansión. Más aún, lo anterior a partir de un determinado momento se vio desbordado por el impulso de quienes querían construir un proyecto de mayor calado, que fuese más allá de una mera "Europa de los mercaderes", lo que repercutió en que poco a poco fuese emergiendo una auténtica política social europea, con identidad y autonomía propia, incluida la vertiente relativa al asentamiento en el ámbito de la intervención de los derechos fundamentales y libertades públicas, con su correlativa incidencia sobre lo laboral y la protección social. A ello ha venido contribuyendo, tanto la acción normativa y de desarrollo de políticas propias por parte de las instituciones legislativas y ejecutivas de la Unión Europea, como de parte del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en momentos clave, ha desempeñado un papel de avance indiscutible.

Ese proceso de construcción de la política social europea, visto en un arco temporal amplio, ha sido progresivo y, sobre todo, ha tenido cambios de ritmos notables: en unos períodos ha sido lento, en otros ha mostrado un decisivo acelerón y en otros, finalmente, incluso se ha estancado llamativamente cuando no de retroceso. De manera recurrente el proyecto europeo se ha descrito por algunos con el símil de la bicicleta, en el sentido de que requiere de un pedaleo constante,

aunque sea lento, porque de lo contrario se cae. Sin necesidad de retrotraernos mucho en el tiempo y sin entrar en mayores detalles, puede afirmarse que el período de austeridad, correspondiente a la reacción de las instituciones comunitarias a la crisis financiera de la primera década de este siglo, supuso ese escenario de paralización en todas las iniciativas pendientes en el ámbito de la armonización de la política social, con una orientación de injerencia en las políticas económicas de los Estados miembros que, como efecto reflejo, tuvo ese resultado de retroceso práctico en la construcción de la política social.

Por contraste de lo anterior, a la fase precedente de paralización de la extensión de la política social, se ha verificado un perceptible cambio de rumbo, un claro punto de inflexión, que ha determinado que las instituciones comunitarias hayan retomado los retos pendientes en materia laboral, que incluso puede detectarse un significativo acelerón a resultas de las necesidades de unas nuevas opciones de actuación política más activas y expansivas en el marco de las grandes dificultades provocadas por las medidas de restricción de la movilidad con ocasión de la pandemia. Concluida la emergencia sanitaria, aunque puede resultar todavía algo prematuro hacer un diagnóstico de todo lo que está sucediendo, la primera impresión es que el impulso de profundización en la política social no se contiene, sino que se consolida, cuando menos elevando a estructural el tipo de medidas coyunturales adoptadas con la misma.

Es precisamente en ese contexto en el que se puede situar el denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales, que constituye el objeto de análisis extenso y profundo del presente número monográfico de la Revista. La proclamación inicial de este Pilar arranca de una proclamación conjunta del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, que se remonta nada menos que al año 2017[1]. No obstante, ello se presentaba, sobre todo, como una promesa o mera declaración de intenciones, pues la efectividad del Pilar no arranca hasta su concreción a través del Plan de Acción aprobado en el año 2021[2]. Es en ese momento en el que se empiezan a poner en marcha las medidas comprometidas en ese Plan de Acción, con voluntad de que se desarrollen a partir de esa fecha y con una programación temporal hasta finales del presente año 2023, de modo que la primera evaluación se debería realizar el próximo año 2024, seguida de su revisión en el año sucesivo de 2025.

En cuanto a su contenido, el mismo se presenta como muy ambicioso y amplio, por cuanto que identifica hasta un total de 20 principios, agrupados todos ellos en tres grandes objetivos, en consonancia con los Objetivos de Desarrollo

[1] Recomendación (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, que abra paso a su ratificación en el seno de la cumbre europea de Gotemburgo del 17 de noviembre de ese mismo año.

[2] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social y al comité de las Regiones, relativo al Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, de 4 de marzo de 2021 COM(2021) 102 final.

Sostenible de las Naciones Unidas: 1) igualdad de oportunidades, 2) condiciones de trabajo justas y 3) protección e inclusión social. Cada uno de estos tres grandes objetivos se desglosan a su vez en los siguientes principios, que son los que suman el total de 20.

Igualdad de oportunidades: 1) Educación, formación y aprendizaje; igualdad de género; 3) igualdad de oportunidades; 4) apoyo activo para el empleo.

Condiciones de trabajo justas: 5) empleo seguro y adaptable; 6) salarios; 7) Información de condiciones de trabajo; 8) Diálogo social y participación de los trabajadores; 9) equilibrio entre vida profesional y vida privada; 10) entorno de trabajo saludable, seguro y protección de datos.

Protección e inclusión social: 11) asistencia y apoyo a los niños; 12) protección social; 13) prestaciones por desempleo; 14) renta mínima; 15) pensiones y prestaciones de vejez; 16) sector sanitario; 17) inclusión de las personas con discapacidad; 18) Cuidados de larga duración; 19) vivienda y asistencia para las personas sin hogar; 20) acceso a los servicios esenciales.

Un simple vistazo general a ese amplio listado de 20 principios muestra que un elevado número de ellos se sitúa en el terreno de lo laboral y de la Seguridad Social, pero que también algunos contenidos van más allá de ello para situarse en un territorio más general, en todo lo que afecta a lo que comúnmente se conviene forma parte de la idea del Estado de bienestar, pero que desborda el campo más delimitado de lo laboral y la Seguridad Social. Por ello, el presente número monográfico, al objeto de centrarse en lo que básicamente constituye el ámbito de estudio de la Revista Temas Laborales, no pretende abordar los 20 principios de referencia, sino exclusivamente los más inmediatamente relacionados con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En todo caso, más significativo a los efectos de justificar la selección de esta temática como objeto del presente número monográfico, es el concreto alcance de los resultados efectivos de la puesta en marcha del Plan de Acción del Pilar Social hasta el momento presente. A estos efectos, la presunción formulada por muchos en el momento de la aprobación del Plan de Acción era muy escéptica, pues en gran medida se pensaba que nos encontrábamos una vez más ante uno de esos grandes Proyectos de la Unión Europea, muy ambicioso en cuanto a las metas marcadas y las concretas medidas comprometidas, pero que en su materialización práctica se lograban pocos resultados. Así parecían apuntarlo, las experiencias precedentes de la fase correspondiente a lo hecho durante la crisis financiera de principios de siglo, junto a la dilación ya señalada entre la aprobación del Pilar en 2017 y la correspondiente al Plan de Acción en 2021. Sin embargo, podemos alegrarnos de que esas posiciones escépticas no se hayan confirmado, sino que, por el contrario, el número y calado de las medidas adoptadas es muy significativo, lo que da contenido real a lo que va a analizarse en cada uno de los estudios que siguen al presente. Prueba de ello, es que el alcance real de las medidas adoptadas

ha tenido impacto decisivo en las reformas legislativas y en las políticas públicas de los diversos Estados miembros al objeto de implementación de lo acordado en el ámbito de la Unión Europea. Más aún, en este nuevo escenario, podemos ser optimistas respecto a la viabilidad en el inmediato futuro de que se cierre el proceso de aprobación de las actuaciones legislativas y de políticas que están en fase muy avanzada de discusión y negociación en el seno de las instituciones europeas.

2. CONTENIDOS BÁSICOS DE DESARROLLO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El Plan de acción del Pilar Europeo parte del reconocimiento de que la mayoría de los instrumentos para lograr sus objetivos y materializar sus principios son competencia de los Estados miembros, por lo que los mismos reflejan una ambición común con la mirada puesta en el año 2030. Dicho en otros términos, el Plan de Acción se proyecta como una importante contribución de impulso desde las instituciones europeas, si bien consciente de que las decisiones legislativas y de diseño de las correspondientes políticas públicas se sitúan en el ámbito competencial de los Estados miembros, y no de la Unión Europea.

Lo anterior hacía augurar que el desarrollo del Plan de Acción se quedaría en el terreno de la aprobación de documentos de *soft law*, cuya efectividad final dependería de la voluntad de los Gobiernos de cada uno de los Estados miembros.

Sin embargo, un balance de lo hecho hasta el presente desmiente, en parte, esa presunción de partida, que, una vez más, se situaba en una posición de escepticismo respecto de la virtualidad de lo que se podía llevar a cabo desde las instituciones europeas. Bastaría a tal efecto con enumerar las Directivas aprobadas en el desarrollo del Plan de Acción, incluyendo los precedentes temporales: Directiva sobre condiciones laborales transparentes[3], Directiva sobre conciliación familiar y profesional[4], Directiva sobre protección de denunciantes de conductas de corrupción[5], Directiva sobre igualdad retributiva entre hombres y mujeres y

[3] Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019 (DOUE 11 de julio), relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Elorza Guerrero en este número de la Revista.

[4] Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019 (DOUE 12 de julio), relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora De la Flor Fernández en este número de la Revista.

[5] Directiva 2019/1937, de 23 de octubre (DOUE 26 de noviembre), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Gómez Gordillo en este número de la Revista.

transparencia salarial[6], Directiva sobre salarios mínimos adecuados[7]. A lo que se podría añadir las que están en cartera y podrían aprobarse en breve: Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial[8], Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial[9], Propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas[10], Propuesta de Directiva sobre diligencia debida[11], Informe del Parlamento con recomendaciones de elaboración de una Directiva sobre el derecho a la desconexión digital[12], así como la Revisión de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo con vistas a su posible reforma[13].

De rango normativo inferior, pero no por ello menos relevante por la vinculación que tiene de cara a la actuación futura de la Comisión, se deben mencionar necesariamente las Directrices sobre negociación colectiva de los autónomos vulnerables[14].

Finalmente, resulta de obligada mención un amplio número de documentos a través de los cuales se aprueban Planes de políticas públicas de actuación en materias concretas, que, aunque en el plano típico de *soft law*, orientan decididamente

[6] Directiva 2023/970, de 10 de mayo (DOUE 17 de mayo), por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Fuentes Rodríguez en este número de la Revista.

[7] Directiva 2022/2041, de 19 de octubre (DOUE 25 de octubre), sobre unos salarios mínimos adecuados. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Román Vaca en este número de la Revista.

[8] Propuesta de Reglamento de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial). A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora González de Patto en este número de la Revista.

[9] Propuesta de Directiva de 28 de septiembre de 2022, COM (2022) 496 final, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA). A tal efecto, nos remitimos también al estudio de la profesora González de Patto en este número de la Revista.

[10] Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2021, COM (2021) 762 final, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Valverde Asencio en este número de la Revista.

[11] Propuesta de Directiva de 23 de febrero de 2022, COM (2022) 71 final, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Sepúlveda Gómez en este número de la Revista.

[12] Informe de 4 de diciembre de 2020, A9-0246/2020. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Velasco Portero Gómez en este número de la Revista.

[13] Véase la resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2023, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0028_ES.html#title1

[14] Comunicación de la Comisión de 29 de septiembre de 2022 (DOUE 30 de septiembre) sobre Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Benavente Torres en este número de la Revista.

las políticas nacionales en cada una de estas materias: Agenda de capacidades europea[15], Plan de Acción antirracismo[16], Paquete de Apoyo al Empleo Juvenil[17], Políticas Migratorias y de Asilo[18], Eliminación del Trabajo Prohibido y Forzoso[19], Recomendación sobre renta mínima adecuada[20], Estrategia de las Personas con Discapacidad[21].

3. LA DIVERSIDAD DE TÍTULOS COMPETENCIALES COMO BASE DE LAS MEDIDAS

El desarrollo de una política normativa en el ámbito laboral tradicionalmente se basa en la política de armonización legislativa en el ámbito de la política social, prácticamente siempre por la vía de la aprobación de las correspondientes Directivas conforme al procedimiento establecido al efecto por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 153 TFUE). A ello responde un gran número de Directivas y propuestas de Directivas aprobada en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales. En ese contexto de referencia exclusiva a la política de armonización de la legislación laboral se basa la aprobación de las siguientes Directivas y Propuestas de Directivas de, entre las ya mencionadas, aunque en algún caso concreto no lo sea en exclusiva: Directiva sobre condiciones laborales transparentes (arts. 153.2 b y 153.1 b TFUE), Directiva sobre conciliación de progenitores y cuidadores entre vida laboral y familiar (arts. 153.2.b y 153.1 i TFUE), Directiva sobre igualdad y transparencia retributiva (art. 157.3 TFUE), Directiva sobre salarios mínimos adecuados (arts. 153.2 b y art. 153.1 b TFUE), Propuesta de Directiva sobre trabajo

[15] Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad Social y la resiliencia: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1196 . A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Lozano Lares en este número de la Revista.

[16] Plan de Acción de la UE Antirracismo 2020-2025, de 18 de septiembre de 2020, COM (2020) 565 com. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Saldaña Valderas en este número de la Revista.

[17] Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación de 1 de julio de 2020, COM (2020) 276 final, sobre Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación". A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Molina Hermosilla en este número de la Revista.

[18] https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora Rodríguez Copé en este número de la Revista.

[19] A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Soler Arrebola en este número de la Revista.

[20] Recomendación 2023/C 41/01, de 30 de enero de 2023 (DOUE 3 de febrero), sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa. A tal efecto, nos remitimos al estudio del profesor Lázaro Sánchez en este número de la Revista.

[21] Estrategia sobre derechos de las personas con discapacidad 2021-2030. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_810. A tal efecto, nos remitimos al estudio de la profesora García Valverde en este número de la Revista.

en plataformas (art. 153.1 b TFUE), Informe del Parlamento de Propuesta de Directiva sobre desconexión digital (art. 153.2 b y art. 153.1 letras a, b e i TFUE), Revisión de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo con vistas a su posible reforma (art. 151 y art. 153.1 letras e y f TFUE.

No obstante, el amplio contenido de las medidas legislativas va más allá de lo que tradicionalmente se viene haciendo. Este amplio contenido es el resultado de una estrategia de aplicación de los más diversos títulos competenciales en términos lo más amplios posible, sorteando escollos o reticencias manifestadas por quienes se han resistido a la adopción de estas medidas. Ello, en algunos casos, ha requerido de una interpretación finalista del Tratado de funcionamiento, más allá de determinadas lecturas formalistas del alcance de las competencias de las instituciones europeas en esta materia. De este modo, se han roto determinadas premisas implícitas que venían funcionando hasta el momento presente que obstaculizaban una intervención más amplia por parte de la Unión, especialmente por lo que afecta al desarrollo de la convergencia en los modelos de relaciones laborales, entendido ello en el sentido amplio del término.

Las vías a través de las cuales se ha realizado esta lectura ampliatoria de las competencias legislativas de la Unión Europea son diversas, pudiéndose resumir en los siguientes términos: 1) interpretación de las facultades conectadas con la política de armonización de la legislación laboral superadora de determinadas exclusiones respecto de algunas de las materias de posible ampliación; 2) basar la aprobación de la Directiva no sólo en la política de armonización de la legislación laboral, sino, adicionalmente, en otro título competencial diverso contemplado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 3) basar la aprobación de la Directiva al margen de la política de armonización de la legislación laboral, con base en un título competencial diferente del Tratado de Funcionamiento. Finalmente, podríamos decir, en cuarto lugar, fuera del ámbito de la aprobación de Directivas de armonización, se encuentra el ejercicio de facultades de la Comisión, que, en negativo, su no puesta en marcha, por vía indirecta, abre paso a posibles desarrollos adicionales en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. Veamos en concreto cada una de estas vías exitosamente ensayadas por parte de las instituciones europeas.

En primer lugar, uno de los ejemplos más significativos de la primera de las vías se manifiesta en la aprobación de la Directiva sobre salarios mínimos adecuados a pesar de que el Tratado de Funcionamiento excluye entre las materias posibles objeto de armonización legislativa de la política social por la vía de la aprobación de Directivas la relativa a retribuciones: "Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones" (art. 153.5 TFUE). Por tanto, lo que se pretende afrontar respecto de los salarios mínimos desde luego no podría realizarse por medio de una regulación europea que, de manera directa, fuera a establecer el régimen jurídico de los salarios mínimos. Sin embargo, a semejanza a lo que se ha hecho con las otras Directivas referidas sobre tutela antidiscriminatoria, insolvencia

empresarial o reestructuraciones empresariales, nada impide el establecimiento de un marco legislativo en el ámbito europeo que se orientase hacia una actuación indirecta. Esa actuación indirecta se puede situar bien en el terreno del mero fomento de las políticas nacionales de rentas, o bien en el ámbito del establecimiento de una legislación de procedimiento de reforzamiento de la negociación colectiva que, como efecto reflejo, ofrezca una mejor atención a la fijación de salarios mínimos por vía convencional. De otra parte, debe tenerse en cuenta que diversas sentencias han entendiendo que la exclusión de las remuneraciones como materia objeto de armonización encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales[22]. En estos términos, una actuación en el ámbito europeo en este campo no puede enfocarse hacia el establecimiento de un modelo unitario de fijación de salarios mínimos, especialmente si ello provoca un sesgo favorable a la intervención legislativa pública, en demérito de la actuación de la negociación colectiva. Eso sí, este nuevo condicionante no impide cualquier actuación desde la Unión Europea a estos efectos, pues sólo impide que ello se diseñe con un determinado contenido de exclusión de la intervención de la negociación colectiva. De este modo, la flexibilidad propia de un instrumento jurídico como es la Directiva permite atender a este requerimiento, sin por ello renunciar al objetivo que se pretende de lograr el establecimiento en todos los Estados miembros de un sistema de salarios mínimos adecuados y actualizados para el conjunto de los trabajadores. Se trata simplemente de tener muy presente el diseño ortodoxo de la Directiva, como una norma que marca objetivos, que contempla procedimientos, que prevé diversas vías de trasposición, siendo, a la postre, lo más importante la consecución de la finalidad perseguida con el marco de armonización fijado desde las instituciones europeas. En concreto, la Directiva se basa en la facultad de las instituciones europeas de armonizar la legislación laboral de los Estados miembros en materia de condiciones de trabajo (art. 153.1 b TFUE), para la que se faculta a aprobar Directivas de armonización (art. 153.2 b TFEU), dentro de los límites del principio de subsidiariedad (art. 5. 3 y 4 TUE).

Desde este punto de vista, hubiera resultado más que deseable que la Directiva también hubiera hecho alusión, como fundamento competencial, a la facultad de las instituciones europeas de armonizar la legislación laboral en materia de "defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios" (art. 153.1 f TFUE). Podría haber efectuado una lectura de este apartado del Tratado en el sentido de que la negociación colectiva constituye una de las instituciones centrales a través de las cuales se desarrolla esa "defensa colectiva" a la que se refiere el texto, de modo que se avanzaría significativamente en la clarificación de un asunto tradicionalmente eludido en la actuación de la Unión Europea y en el propio debate jurídico. En

[22] SSTJUE 13 de septiembre de 2007, C-307/05, Del Cerro Alonso, ap. 40, ECLI:EU:C:2007:509; 15 de abril de 2008, C-268/06, Impact, aps. 123-124, ECLI:EU:C:2008:223.

efecto, la negociación colectiva, como tal, no resulta mencionada por el Tratado de Funcionamiento, sin perjuicio de que haya sido expresamente reconocida como derecho por parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados" (art. 28). Como tal, la negociación colectiva no se encuentra mencionada ni en el listado de materias excluidas de la competencia armonizadora (art. 153.5 TFUE) ni tampoco en el listado de materias susceptibles de armonización (art. 153.1 TFUE). Sin embargo, a partir de la aprobación de la Carta, con la redacción que contiene el precepto mencionado en relación con la negociación colectiva como derecho, resulta fácil realizar una interpretación sistemática de la referencia en el TFUE a la "defensa colectiva" como competencia armonizadora vía Directivas, que puede integrar, entre otras manifestaciones, a la celebración de convenios colectivos. Si se tiene en cuenta que, como veremos a continuación, una de las vías de la garantía de los salarios mínimos adecuados por parte de la Directiva es la de canalizarla a través de la potenciación de la negociación colectiva, con reglas precisas respecto de las mismas, hubiera tenido todo su fundamento apoyarse en este otro apartado f del art. 153.1 TFUE como base jurídica de la aprobación de la mencionada Directiva.

La segunda vía es la de intervenir no sólo sobre la base de la política de armonización de la legislación laboral, sino, complementariamente, sobre la base de títulos competenciales diversos.

Un ejemplo emblemático de ello se presenta en relación con una Directiva aprobada mucho tiempo atrás, anterior a la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, si bien la validez de su intervención viene confirmada por una reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo, posiblemente resultado de los nuevos tiempos que vivimos. Me refiero a la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación que, aunque se fundamenta con carácter general en la armonización en materia laboral, contempla que la tutela frente a las conductas discriminatoria se extiende también a los trabajadores autónomos[23]. A tal efecto, el punto de partida tradicional del Derecho de la Unión toma como referencia al trabajo subordinado como ámbito de actuación de la armonización de la legislación laboral, por tanto, sin que las facultades de armonización en esta materia puedan extenderse al trabajo autónomo. Desde el ordenamiento comunitario al trabajador autónomo se le trata esencialmente como el titular de una actividad empresarial y, por tanto, sometido a la autonomía contractual propia de la libertad de empresa. No obstante, progresivamente, también desde el ámbito europeo, van surgiendo determinadas actuaciones orientadas a establecer un régimen de tutela de los que

[23] Art. 3.1. a Directiva 2000/78, de 27 de noviembre (DOCE 2 de diciembre), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

se conocen como autónomos vulnerables, por el hecho de situarse en una situación de debilidad contractual en sus relaciones con las empresas clientes para las que prestan servicios. Con ello no se rompe la premisa de partida de que la legislación de armonización no puede desbordar el ámbito del trabajo subordinado, pero se identifican otros títulos competenciales sobre la base de los cuales se permite una intervención de tutela también de los trabajadores autónomos, con efectos asimilados a los de la tradicional política de armonización de la legislación laboral. Esto es precisamente lo que hace la Directiva relativa a la igualdad de trato, cuando extiende su tutela a los trabajadores autónomos con base en la facultad general de las instituciones europeas de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 19.1 TFUE), facultad que no está restringida subjetivamente al trabajo subordinado. Es precisamente basándose en este título competencial que el Tribunal de Luxemburgo declara que la Directiva no es contraria al Derecho de la Unión cuando extiende su ámbito aplicativo a los trabajadores autónomos[24]. Más aún, la sentencia en cuestión realiza una interpretación ampliatoria de la literalidad de la Directiva, cuando esta tutela antidiscriminatoria la extiende, no sólo a al momento del acceso al empleo, sino también al conjunto de las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y remuneración, que, literalmente, no se prevé como tal en el texto de la Directiva.

Como tercera vía de actuación se encuentra la aprobación de Directivas que se sitúan fuera de la política de armonización de la legislación europea, pues se basan en otros títulos competenciales.

Aunque sea una intervención puntual, el primero de los ejemplos que merece la pena mencionar se encuentra en la Directiva relativa a derechos de autor y afines, cuando reconoce el derecho a una remuneración adecuada y proporcionada a los artistas y ejecutantes que ejerzan su actividad como autónomos[25]. Naturalmente, una vez más, no se acude a la política de armonización de la legislación laboral, sino que se utiliza como título competencial que permite la aprobación de Directivas relativas al "acceso a actividades por cuenta propia y a su ejercicio" (art. 53.1 TFUE), así como a la posibilidad de adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE). Lo relevante a estos efectos no es tanto el que se actúe sobre un tipo muy singular de profesionales autónomos, sino el hecho de que ello se basa en un título competencial que así interpretado permitiría una

[24] STJUE 12 de enero de 2023, asunto C-356/21, ECLI:EU:C:2022:9.

[25] Art. 18 Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019 (DOUE 17 de mayo), sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

actuación de futuro desde las instituciones comunitarias para ámbitos subjetivos más amplios entre los trabajadores autónomos, especialmente de los considerados como vulnerables.

En segundo lugar, como posible previsión de futuro, se encuentra muy avanzado el proceso de aprobación de la también ya citada propuesta de Directiva sobre trabajo de plataformas que, aparte de intentar deslindar las fronteras entre trabajo subordinado y autónomo en este campo, contiene algunas reglas que resultan de aplicación también a quienes realicen su trabajo como auténticos autónomos, especialmente en materia de protección de datos y de información sobre la situación de estos trabajadores. Desde la perspectiva que estamos analizando la cuestión, si bien la introducción de las reglas sobre presunción de laboralidad se basan en la política de armonización de la legislación laboral (art. 153.1 b TFUE), para las materias concretas que afectan al trabajo autónomo se basan en la facultad normativa respecto en materia de tratamiento de datos de carácter personal (art. 16.2 TFUE), que la propuesta entiende permite establecer normas relativas a la protección de la "personas físicas", por tanto, también a favor de los trabajadores autónomos.

Como tercer ejemplo de esta tercera vía podríamos mencionar intervenciones de naturaleza transversal que, por ese motivo, tienen necesidad de abarcar también el ámbito de lo laboral o bien, al no excluir ese ámbito, también incide sobre el mismo. También en estos casos se sitúan fuera de la política de armonización de la legislación laboral, basándose, igualmente, en otros títulos competenciales del Tratado de funcionamiento. Caso emblemático a estos efectos es la Directiva sobre protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Si bien el título de la Directiva va referido genéricamente a cualquier tipo de personas, después, su ámbito personal, en lo concreto va referido a quienes tengan la condición de trabajadores (art. 4), incluyendo como posibles denunciantes a los representantes de los trabajadores. En esta ocasión la Directiva se basa en un amplio número de preceptos del Tratado de Funcionamiento: art. 16 (protección de datos de carácter personal), art. 43.2 (organización de mercados agrícolas y pesquera), art. 50 (libertad de establecimiento), legislación sobre ejercicio de actividades no asalariadas (art. 53.1), legislación sobre transportes (art. 91 y 100), establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114), política de salud pública (art. 168.4), protección de los consumidores (art. 169), protección del medio ambiente (art. 192.1) y, aunque sea el último no de menor importancia la legislación de prevención y lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Unión (art. 325.4). Lo llamativo es que, a pesar del amplio número de preceptos del TFUE en el que se basa, en ningún caso lo hace con referencia a la política de armonización de la legislación laboral; pero, es algo perfectamente comprensible en la medida en que la finalidad de la norma no se sitúa en el ámbito de la regulación de las condiciones de trabajo, sino la lucha contra la corrupción al margen de lo laboral, aunque contempla posibles actuaciones de la Seguridad Social y de la Inspección

de Trabajo por actos contrarios a la legislación correspondiente. Una vez más, al situarse la Directiva más allá de la política de armonización de la legislación laboral, su regulación se extiende tanto a los trabajadores subordinados como a los autónomos, permitiendo a ambos actuar como denunciantes de conductas de corrupción.

Como cuarto ejemplo se encuentran tanto la propuesta de Reglamento en materia de inteligencia artificial como la igualmente propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia artificial, que se elabora tomando como base jurídica la facultad de aprobación de disposiciones que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE). Aunque la Directiva apela en su título expresamente a la "responsabilidad civil extracontractual", se refiere a cualquier demanda por daños y perjuicios en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, sin que se encuentren dentro del listado de exclusiones lo que afecta al ámbito de lo laboral, por lo que, implícitamente, viene a entender que también se incluye.

Igualmente, como quinto ejemplo, se encuentra la propuesta de Directiva sobre diligencia debida, dado que la misma toma como base jurídica las competencias relativas a la libertad de establecimiento, así como la legislación relativa al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE). Se trata, una vez más, de una intervención de carácter transversal sobre todos aquellos ámbitos que pudieran verse afectados por una actuación indebida por parte de las empresas que pudiera afectar a la libertad de establecimiento o al funcionamiento del mercado interior. Más aún, en el anexo de la propuesta se contiene una amplia referencia a la posible infracción de la diligencia debida en relación con una relación de Convenios internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales, entre los que menciona un amplio número de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) y su protocolo de 2014; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n.º 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (n.º 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111).

Cabría mencionar aquí también la propuesta del Parlamento sobre un nuevo instrumento comercial para prohibir los productos elaborados con trabajo forzoso[26].

Finalmente, hemos anticipado como posible cuarta vía de actuación, ahora fuera del ámbito de la aprobación de Directivas de armonización, el ejercicio de facultades de la Comisión, que, en negativo, su no puesta en marcha, por vía

[26] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0291_ES.html

indirecta, abre paso a posibles desarrollos adicionales en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. En esa línea de actuación se encuentran las ya mencionadas Directrices de la Comisión sobre la compatibilidad entre las reglas sobre libre concurrencia mercantil y la negociación colectiva para los trabajadores autónomos. El camino ya empezó a abrirse por medio de una sentencia del año 2014 del Tribunal de Luxemburgo, que consideró que podía resultar lícito que un convenio colectivo incluyera dentro de su ámbito de aplicación, a efectos de determinación de la remuneración, tanto a los trabajadores asalariados como a los autónomos que trabajaban todos ellos como músicos de una misma entidad[27]. Ahora se utiliza como instrumento jurídico una mera comunicación, pero de enorme relevancia por cuanto que es un reconocimiento de compatibilidad de una actividad de negociación colectiva dirigida a los trabajadores autónomos vulnerables. En este caso no hay ningún tipo de actuación por parte de la Unión Europea, sino simplemente una actitud negativa de no plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo por la celebración de acuerdos colectivos que regulen las condiciones profesionales de los trabajadores autónomos vulnerables.

Aparte de todo lo anterior, se encuentra el conjunto de documentos por el que se diseña un Plan o Estrategia de actuación, o bien de recomendaciones en muy diversos ámbitos, con el carácter esencialmente de recomendaciones u orientaciones a los Estados miembros en sus diseños de las políticas públicas, con el carácter típico de textos de *soft law*. Como se sabe, este tipo de textos de *soft law* no tienen un carácter estrictamente vinculante, pero no dejan de tener una influencia práctica decisiva sobre los Estados miembros, en la medida en que habitualmente se establecen reglas de procedimientos, que exigen dar cuenta a las instituciones comunitarias de las acciones acometidas en el marco de cada uno de los Planes, estrategias y recomendaciones. Por ello, se trata de textos que, igualmente, deben presentar algún tipo de fundamento competencial por parte de las instituciones comunitarias que justifiquen su elaboración, aprobación y control de resultados. No es habitual que este tipo de documentos hagan referencia expresa al marco competencial dentro del cual se elaboran y aprueban, pero, por su contenido, se puede deducir de manera implícita, aunque en algunos concretos casos sí que hacen apelación expresa a su fundamento.

Así, por lo que se refiere a los Planes, Estrategias y Recomendaciones enumerados en el apartado precedente, un número considerable de ellos se enmarca dentro de la política social europea, en particular, en relación con la posibilidad "adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro (art. 153.2 a TFUE): Agenda de

[27] STJUE 4 de diciembre de 2014, asunto C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411.

Capacidades Europeas, Plan de apoyo al empleo juvenil, Recomendación sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa (con referencia expresa al art. 153.1 j TFUE). Eso sí, de nuevo, en otras ocasiones, se trata de Planes y Estrategias que van más allá de la política social, con una perspectiva transversal de intervención en muy diversos ámbitos, que, de manera expresa o implícita, abarca igualmente el terreno de la política social: Políticas migratorias y de asilo. Finalmente, como tercera modalidad, se encuentran Planes de actuación que se conectan de manera conjunta tanto con el terreno de la política social como con el ámbito de otras políticas comunitarias, incluso, a veces, de manera expresa: Plan de acción antirracismo (este en concreto con mención expresa a la base jurídica), Plan de eliminación del Trabajo Prohibido y Forzoso, así como la Estrategia sobre derechos de las personas con discapacidad.

4. DESARROLLO APLICATIVO Y RETOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

4.1. Marco general de la transposición en el ordenamiento nacional

La influencia de nuestra pertenencia primero a las Comunidades Económicas, después a la Comunidad Europea y, finalmente, a la Unión Europea ha sido muy notable. Esa influencia se produce desde el inicio, con el proceso de adaptación de nuestra legislación interna para lograr nuestra integración en las Comunidades Económicas y, a partir del momento de la efectiva integración, al objeto especialmente de ir transponiendo las nuevas Directivas que se han venido aprobando con el paso del tiempo en materia laboral. El consenso político y la generalizada aceptación social de lo que supone la pertenencia al proyecto europeo ha permitido que la transposición de las Directivas en materia laboral se haya producido de manera pacífica y en clave de un elevado apoyo parlamentario en España, circunstancia que resulta especialmente significativa en un contexto de fuerte crispación política interna y de clara tensión en el funcionamiento del sistema político en otros ámbitos. A ello también ha coadyuvado el hecho de que en muchas ocasiones esas decisiones de transposición de las Directivas en nuestro país se hayan producido en el marco de la concertación social, muchas veces, con un alto grado de acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. El resultado de todo ello ha sido que las reformas laborales que se han acometido en España, al objeto de la transposición de las Directivas en materia laboral, no sólo han gozado de un elevado grado de legitimidad y respaldo político y social, sino que, por añadidura, derivado de todo lo anterior, se trata de reformas que garantizan su continuidad en el tiempo. Frente a otras reformas que no traen su causa de la necesidad de la transposición de las mencionadas Directivas en materia laboral, en muchas ocasiones con un alto grado de tensión política, acompañada del correspondiente rechazo, en unas ocasiones, por parte sindical

y, en otras ocasiones, por parte empresarial, el consenso generalizado es lo que ha primado en el caso de los impulsos de reforma legal que han provenido de la Unión Europea. Dejamos al margen otro tipo de medidas que también han tenido su origen en presiones por parte de las instituciones europeas con ocasión de la crisis financiera a partir de 2010, pero que no han derivado de manera directa de la adaptación de nuestra normativa a las Directivas en materia laboral, sino a opciones de política económica, financiera y monetaria de cariz diferente.

Centrados pues en estos momentos en la transposición de las Directivas de alcance laboral, particularmente las aprobadas durante el último período en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales, incluso de las propuestas todavía en ciernes, pero con expectativas de aprobarse en el inmediato futuro. El diagnóstico o valoración general que podemos hacer a estos efectos puede resumirse en la conclusión de que nuestra normativa vigente presenta un alto grado de cumplimiento de los deberes que nos corresponde a los efectos de la transposición de las Directivas, incluso propuestas de directivas, que hemos tomado en consideración en los apartados precedentes. Dicho de otro modo, Gobierno y Parlamento, aunque en algunas ocasiones con cierto retraso, han cumplido adecuadamente los deberes de reforma legislativa, a los efectos de la obligada transposición de estas Directivas. Ciertamente, no todo es pleno en esta materia, de modo que cabe también identificar todavía ciertas tareas concretas pendientes en el inmediato futuro.

El cumplimiento de la necesaria transposición de esas Directivas o propuestas de Directivas que venimos comentando se ha efectuado por un doble procedimiento. En primer lugar, por el más evidente, por la adopción de una reforma legal de adaptación de nuestra normativa a partir de la aprobación de la Directiva de referencia. En segundo lugar, porque el contenido de la Directiva o propuesta de la misma, tal como se ha aprobado, es respetado por nuestra legislación laboral vigente ya en el momento de la entrada en vigor de la Directiva, por lo que se entiende que no es necesario ningún tipo de transposición expresa de la normativa laboral vigente.

En lo concreto, simplificando el análisis, se han aprobado las siguientes normas con el objeto de proceder a la transposición de las Directivas aprobadas en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

En primer lugar, respecto de la Directiva sobre protección del denunciante de corrupción, se ha aprobado la Ley de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción[28], norma que, precisamente, tiene como objeto exclusivo la transposición de la anterior y que, en líneas generales, efectúa una adaptación correcta de la legislación española.

[28] Ley 2/2023, de 20 de febrero, BOE 21 de febrero de 2023. Un estudio descriptivo y valorativo general de esta norma en el estudio del profesor Gómez Gordillo en este número de la Revista.

En segundo lugar, respecto de la Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar de progenitores y cuidadores, se ha aprobado un Real Decreto-ley en el momento final de la legislatura, ya incluso cuando estaban convocadas las elecciones y formalmente disuelto el Parlamento, si bien el mencionado Real Decreto-ley fue convalidado, por lo que se encuentra plenamente vigente[29]. En los mismos términos, puede decirse que con esta norma se cumple debidamente con el deber de transposición de la Directiva, con independencia de que reste algún fleco en cuanto a su implementación futura, que comentaremos más adelante[30].

Respecto del segundo procedimiento de transposición, el implícito mencionado, en el sentido de que con precedencia la legislación cumple ya con carácter general los imperativos de la normativa de la Unión, cabría mencionar los siguientes supuestos.

En primer lugar, la Directiva sobre igualdad retributiva entre hombres y mujeres y de transparencia, se han producido con carácter previo las reformas en el ordenamiento interno sobre el particular, tanto de reforzamiento con rango legal, como de impulso a los Planes de igualdad[31].

En segundo lugar, con los matices y reparos que se realizarán más adelante, la legislación laboral española se adapta razonablemente bien a las previsiones de la Directiva sobre salarios mínimos adecuados, por medio de la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, así como a través del desarrollo reglamentario vía la aprobación periódica de cada Real Decreto de salario mínimo interprofesional[32]. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el marco regulatorio de la negociación colectiva y los instrumentos de fomento público de su desarrollo garantizan que tradicionalmente la tasa de cobertura de la negociación colectiva supere el 80%, lo que constituye uno de los objetivos más importantes para todos los Estados miembros. Al propio tiempo, nuestro ordenamiento se decanta tradicionalmente

[29] Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio de 2023 (BOE 29 de junio).

[30] Para una valoración de la transposición por medio del citado Real Decreto-ley nos remitimos al estudio de la profesora Mª Luisa de la Flor Fernández en el presente número de la Revista.

[31] Arts. 28.2 y 85 Estatuto de los Trabajadores; art. 46.2 Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, conforme a la redacción dada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo; Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre (BOE 14 de octubre), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres; Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, BOE 14 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Sobre el alcance de la transposición efectuada en esta materia, ver el estudio en este número de la Revista de la profesora Fuentes Rodríguez.

[32] Arts. 27, 82 ss Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero (BOE 16 de febrero), por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023. Sobre el alcance de la transposición efectuada en esta materia, ver el estudio en este número de la Revista del profesor Román Vaca.

por un modelo de fijación por el Gobierno del salario mínimo para todos los trabajadores asalariados, con criterios que, en líneas generales, son respetuosos con los criterios de la Directiva, sin perjuicio de lo que indicaremos más adelante.

En cuanto a las propuestas de Directivas de posible aprobación en el futuro inmediato, puede considerarse que el contenido de algunas de ellas también se contempla en la normativa laboral o general vigente.

En este terreno destaca, sobre todo, la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas, que no habiendo sido todavía aprobada, sin embargo, ha influido decisivamente cuando el legislador español reformó el Estatuto de los Trabajadores al objeto de introducir la presunción de laboralidad de los repartidores de mercancías a través de dispositivos digitales y el deber de información a los representantes de los trabajadores en relación con la implantación de sistemas de inteligencia artificial y algoritmos[33]. En todo caso, nos remitimos también a lo que diremos más adelante sobre los elementos adicionales que deberían ser modificados en la hipótesis de que se llegue a aprobar esta propuesta de Directiva en los términos que se están negociando en estos momentos.

En segundo lugar, en relación con la posible aprobación de la Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial, tenemos la regulación general civil sobre responsabilidad contractual y extracontractual, siempre aplicable al ámbito de lo laboral. Complementariamente a ello, la normativa sobre condenas indemnizatorias por los daños y perjuicios sufridos por conductas discriminatorias, en este caso a través de la utilización de la inteligencia artificial, puede constituir igualmente un instrumento de referencia para la transposición de la Directiva, en la medida en que la misma pone el acento de manera especial en los efectos discriminatorios y, en general, de lesiones a los derechos fundamentales, que puede tener precisamente la inteligencia artificial. No obstante, faltaría por transponer aquello que se refiere a las especialidades contempladas en la propuesta de aplicación de las demandas de responsabilidad al caso concreto de la inteligencia artificial, en particular, por lo que afecta a la exhibición de pruebas y la carga probatoria[34].

En tercer lugar, por lo que afecta a la posible aprobación de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas, ha de tenerse en cuenta que la misma se orienta, sobre todo, a la garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de las empresas, y que el ordenamiento español

[33] Art. 64.4 d y disposición adicional 23ª Estatuto de los Trabajadores, conforme a la introducida por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre (BOE 29 de septiembre). Sobre el alcance de la transposición efectuada en esta materia, ver el estudio en este número de la Revista del profesor Valverde Asensio.

[34] Sobre el particular ver el estudio en este número de la Revista de la profesora González de Patto.

contempla, con carácter general, un aparato normativo bastante completo de garantía y tutela de los derechos fundamentales frente a conductas discriminatorias, con especial traslación de reglas específicas para el ámbito laboral[35]. Adicionalmente, se da la circunstancia de que la totalidad de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, mencionados en el anexo de la propuesta como referente laboral, han sido ratificados por Estaña. En todo caso, el asunto que puede convertirse en más significativo es el relativo a las relaciones comerciales por parte de empresas españolas con empresas de otros países no respetuosas de los derechos fundamentales y libertades públicas. De ahí que los mayores requerimientos de cambios legislativos entre nosotros no derivarían tanto de la aprobación de esta Directiva sino de la propuesta del Parlamento sobre un nuevo instrumento comercial para prohibir los productos elaborados con trabajo forzoso, ya referida.

En cuarto lugar, en la hipótesis de que prosperase la iniciativa de aprobación de una Directiva sobre el derecho a la desconexión digital, nuestro ordenamiento establece un reconocimiento estricto de este derecho, tanto a través de la Ley de Protección de datos como del Estatuto de los Trabajadores, lo que incluye la exigencia de un sistema objetivo, fiable y accesible de medición de la duración del trabajo diario, con una amplia remisión a la negociación colectiva[36]. Bien es cierto que, con esa amplia remisión a la negociación colectiva, deja abiertos algunos interrogantes, que veremos si, en su caso, precisarían alguna corrección legal: relación de la desconexión digital con los trabajos que exigen períodos de localización fuera del centro de trabajo, deber empresarial de no mandar mensajes o efectuar llamadas más allá del derecho del trabajador a no contestarlas.

4.2. En particular, la Directiva sobre condiciones laborales transparentes

En el terreno de los incumplimientos efectivos se encuentra, sobre todo, la ausencia de transposición de la Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo plazo de transposición concluyó el 1 de agosto de 2022. A tal efecto, durante la legislatura precedente, el Gobierno llegó a elaborar un anteproyecto de Ley de transposición de esta Directiva[37]. El anteproyecto fue Dictaminado por el Consejo Económico y Social a finales de octubre de 2022, en términos críticos por no haber sido sometido a proceso alguno de concertación social[38]. A partir de ese instante, la iniciativa gubernamental no prosperó, de modo que no llegó a presentarse proyecto de ley alguno en el

[35] Sobre la transposición de esta Directiva, ver el trabajo en este número de la Revista de la profesora Sepúlveda Gómez.

[36] Sobre la transposición de esta Directiva, ver el trabajo en este número de la Revista de la profesora Velasco Portero.

[37] https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/b1cdbf75-f3cc-4528-a44b-2a4517537752

[38] https://www.ces.es/documents/10180/5275470/Dic142022.pdf

Congreso de los Diputados, con el resultado final de que, en estos momentos, no se ha materializado la transposición requerida. Más allá del contenido del anteproyecto de ley mencionado, que no merece la pena comentar en este trabajo[39], el contenido del mismo muestra ya de por sí que la legislación laboral vigente no cumple debidamente con los imperativos de la Directiva en diversas materias.

En la legislación española ya se contempla una regulación bastante amplia de los aspectos contemplados en la Directiva, especialmente por lo que se refiere al deber de información a los trabajadores sobre sus condiciones contractuales[40]. Nos obstante, ello no resulta suficiente, por lo que concurren necesidades de reforma legislativa en nuestro ordenamiento interno, como consecuencia de la falta de transposición de la Directiva, que se manifiestan cuando menos respecto de los siguientes aspectos.

Primero, la normativa española excluye del deber de información a los contratos de duración inferior a las cuatro semanas (art. 8.5 ET), excepción que no se admite en la Directiva.

Segundo, la legislación laboral española no contempla el deber de información al trabajador para cuando se produzca cualquier cambio de la relación laboral que afecte a la información esencial a proporcionar en el momento inicial de la relación laboral (art. 6 Directiva).

Tercero, la legislación española no establece, en términos absolutos, que la duración máxima del período de prueba no podrá ser superior a los seis meses (art. 8.1 de la Directiva), ni la proporcionalidad de la duración del período de prueba para los contratos temporales (art. 8.2 de la Directiva).

Cuarto, la regulación de las horas complementarias para los trabajadores a tiempo parcial es flexible en exceso en cuanto al momento en el que se pueden exigir por el empleador y, probablemente, requiera alguna precisión en orden a perfilar la previsibilidad de su realización.

Quinto, la legislación española permite la exclusividad del trabajador para un solo empleador cuando así se pacte y se compense económicamente (art. 21.1 ET), lo que no se compadece con la exigencia de la Directiva de que ello debe estar justificado por causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses (art. 9.2 de la Directiva).

[39] Un análisis del mencionado anteproyecto, valorativo del cumplimiento que se produciría con el mismo de la Directiva en cuestión, en el trabajo del profesor Elorza Guerrero en el presente número de la Revista.

[40] Art. 8.5 ET. V. RD 1.659/1998, de 24 de julio (*BOE* de 12 de agosto), por el que se desarrolla el artículo 8.5 en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, modificado por la disp. final 2.ª del RD 1.620/2011, de 14 de noviembre (*BOE* de 17 de noviembre) y por el RD 618/2020, de 30 de junio (BOE 2 de julio), por el que se establecen mejoras en las condiciones de trabajo en el sector pesquero.

Sexto, ha de entenderse como no admisibles por la Directiva las exclusiones del deber de información previstas para la relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias (art. 1.2 Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio).

4.3. En particular, la Directiva sobre salarios mínimos adecuados

Como ya hemos anticipado, existe en nuestro modelo de relaciones laborales, muy consolidado desde tiempo atrás, la fijación por vía gubernamental del salario mínimo interprofesional, con revisión cuando menos anual, que puede considerarse que, en líneas generales, se encuentra en sintonía con el contenido de la Directiva. Igualmente lo está el modelo de fomento de la negociación colectiva, especialmente con vistas al logro del 80% de tasa de cobertura.

No obstante, cuando menos hay dos aspectos que requerirían una actuación en orden a trasponer debidamente la Directiva.

El primero de ellos se refiere a los criterios que debe tomar en consideración a la hora de fijación de la revisión periódica del salario mínimo, que, en líneas generales, se encuentran en sintonía con lo previsto en la Directiva, pero que presentan también sus déficits. En efecto, la Directiva exige que cada Estado miembro defina los criterios de fijación de los salarios mínimos, que, en todo caso, deben incluir los siguientes elementos: a) el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida; b) la cuantía general de los salarios y su distribución; c) la tasa de crecimiento de los salarios; d) los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo (art. 5.2). Contrastados estos elementos con los criterios establecidos en la legislación española (art. 27.1 ET), cabe decir que ésta última se adecúa en parte a los postulados de la Directiva, siendo precisa alguna modificación legal de adaptación o interpretación finalista de la regulación vigente a efectos de llevar a cabo una correcta transposición al ordenamiento español[41]. El poder adquisitivo se conecta directamente con el índice de precios al consumo al que se refiere el Estatuto de los Trabajadores; la cuantía general de los salarios y su distribución se corresponde, en gran medida, con el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional prevista en el Estatuto de los Trabajadores, bastando una relectura de este elemento en relación con lo previsto en la Directiva, sin perjuicio de poder efectuar una transposición con transcripción exacta de lo que contempla la Directiva; la tasa de crecimiento de los salarios podría incluirse igualmente en el anterior, o bien, igualmente, proceder a una transposición más literal de la Directiva; la productividad nacional se encuentra igualmente mencionada en el Estatuto de los Trabajadores.

[41] En parecidos términos, Gimeno Díaz de Atauri, "La Directiva de salarios mínimos adecuados…", op. cit. pgs. 56 ss.

Por lo demás, la Directiva se refiere a estos elementos como una relación necesaria, pero no cerrada, dado que lo acompaña de la expresión "al menos". Es lo podría, en principio, habilitar a que el Estatuto de los Trabajadores mantenga como elemento adicional la referencia a "la coyuntura económica general". Eso sí, ello no deja de suscitar dudas. De un lado, ello sólo sería aceptable siempre y cuando tal elemento no desvirtúe la trascendencia de los anteriores y no se constituya en excusa para no efectuar una revisión salarial periódica, malogrando los objetivos que se pretende por la Directiva a la hora de establecer la necesidad de salarios mínimos adecuados. De otro lado, no puede dejar de tenerse muy presente que la Directiva exige que los elementos a ponderar para determinar la revisión del salario mínimo deben establecer criterios "claros" y resulta bastante evidente que una apelación genérica a la "coyuntura económica general" introduce un concepto jurídico marcadamente indeterminado, que no respeta esa exigencia de claridad, por lo que estimamos constituye el factor más criticable de la regulación en España respecto de la Directiva.

Por lo demás, debe destacarse también que la Directiva, de forma algo confusa, establece que los Estados miembros podrán decidir la ponderación relativa de dichos criterios (art. 5.1). Dicha previsión se puede leer desde luego en términos tales que la Directiva otorga libertad a los Estados miembros para decidir el peso que le atribuye a cada criterio. Pero, adicionalmente, puede interpretarse también en el sentido de que la Directiva está exigiendo que cada regulación de transposición atribuya una concreta ponderación a cada criterio, el que quiera, si bien estableciendo el peso que le otorga a cada uno de ellos. En estos términos no sería suficiente, como hace la regulación española, con efectuar una mera enumeración de elementos, sin especificar el peso que tiene cada uno de estos elementos. La Directiva viene a explicitar por esta vía que desea claridad y transparencia en la fijación de la cuantía del salario mínimo legal, de modo que, sin negar una capacidad de decisión política al Gobierno en esta materia, evite la pura discrecionalidad en su fijación, que es, en última instancia, lo que sucede en España en estos momentos[42]. De ahí que también quepa considerar que la regulación española resulta insuficiente.

El segundo elemento a tomar en consideración se cifra en el hecho de que la Directiva impone a los Estados miembros la creación de órganos consultivos para asesorar a las autoridades competentes sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal, debiendo hacer posible el funcionamiento operativo de dichos órganos (art. 5.6). A estos efectos, conviene tener presente que, a pesar de que en algunos Estados miembros existe una larga tradición de desarrollo de este tipo de diálogo social a los efectos de la fijación y actualización de los salarios mínimos, en algunos casos no existen este tipo de órganos consultivos, lo que abocaría a su introducción. Eso sí, no dejan de plantearse problemas en orden a discutir hasta

[42] En este sentido STS, sala tercera, 7 de octubre de 2020, re. 67/2019, ECLI:ES:TS:2020:3031.

qué punto la propuesta llega a constituir una injerencia injustificada en los modelos políticos y de relaciones laborales propios de los Estados miembros, por cuanto que, desde una perspectiva de lógica interpretación del principio de subsidiariedad, la clave se encontraría en exigir el desarrollo de canales de participación de los interlocutores sociales en esta materia, pero sin necesidad de imponerlo a través de una concreta vía, como sería la institucional formalizada de creación de órganos consultivos sobre la materia.

En todo caso, lo importante a resaltar desde la perspectiva del sistema español es que, en estos momentos, éste no contempla instancia que asuma esa condición de órgano consultivo para asesorar al Gobierno sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo. Es cierto que nuestra normativa contempla un obligado trámite de consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas con ocasión de cada revisión de la cuantía del salario mínimo (art. 27.1 ET). Sin embargo, esta previsión resulta insuficiente para atender al requerimiento de la Directiva, desde una doble perspectiva: por un lado, la Directiva exige la creación de un órgano institucionalizado de consulta y no una mera consulta puntual; de otro lado, las funciones que entiende le corresponde a dicho órgano van más allá del momento puntual en el que se proceda a una revisión de la cuantía del salario mínimo, pues, se entiende, que debe llevar a cabo un seguimiento de los efectos prácticos del régimen jurídico establecido en relación con el salario mínimo, incluido el logro de la tasa de cobertura negocial del 80% y las medidas que procedan en caso de que no se alcance. Por ello, esta es de las pocas materias que requiere una intervención legislativa en España para una correcta y plena transposición de la Directiva. Eso sí, lo que no está exigiendo la Directiva es que ese órgano de consulta lo sea en exclusiva para desplegar tal objetivo, de modo que nada impediría que se tratase de un órgano que asumiese otras competencias en el ámbito del desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, conectada con la negociación colectiva o con la política de rentas salariales. A la vista de ello, una de las posibilidades para nuestro modelo de relaciones laborales sería que la transposición en este punto de la Directiva se efectuase atribuyendo, en concreto, esa función de consulta al órgano tripartito que más se acerca a los cometidos referidos. Me refiero en concreto a la ampliación de las competencias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, órgano consultivo, como su propio nombre indica, de participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, que podría asumir las funciones que venimos comentando sin desvirtuar la naturaleza y el ámbito de actuación que le es propio. Algún autor ha propuesto alternativamente que sea el Consejo Económico y Social quien podría asumir esta función[43]; a nosotros esta alternativa no nos convence por cuanto que en este otro órgano no existe presencia del Gobierno como tal y, sobre todo, porque existe un heterogéneo grupo tercero de participación de

[43] Álvarez Alonso, "Salarios mínimos…", op. cit, pg. 151.

organizaciones ajenas a las relaciones laborales, no conectadas con lo que para la Directiva son los "interlocutores sociales" (sindicatos y organizaciones sindicales) como protagonistas de esta consultas.

4.4. En particular, la propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas

Por lo que se refiere a esta propuesta de Directiva ya indicamos previamente que en nuestro ordenamiento interno se produjo una reforma legal que avanzaba algunos de los elementos más relevantes de la misma, especialmente por lo que afecta a la presunción de laboralidad y a la participación de los representantes de los trabajadores en la gestión algorítmica por parte de las empresas que pueden afectar a las condiciones de trabajo. No obstante, en idénticos términos, la aprobación de esta propuesta exigiría, sin lugar a duda, otra reforma de profundización en lo ya avanzado. Esta transposición pendiente se produciría, sobre todo, respecto de los siguientes aspectos.

En primer lugar, lo más claro es que entre nosotros se ha introducido una presunción de laboralidad para aquellos supuestos en los que se compruebe que, para el caso concreto de los *riders*, a través de la plataforma digital, se ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo. Indiscutiblemente la norma española, desde la perspectiva subjetiva, es más restrictiva que la previsión de la propuesta de Directiva, en la medida en que se refiere exclusivamente a los *riders* y no genéricamente a todos los trabajos a través de plataforma, lo que requerirá una reforma legal para transponer la Directiva desde este punto de vista subjetivo.

En segundo lugar, más problemático es adivinar si, desde el punto de vista objetivo, la fórmula española es o no más favorable que la prevista en la Directiva. A mi juicio personal no lo es, por cuanto que sólo contempla dos de los indicios previstos en la Directiva (control y organización del trabajo), que son los claves desde la concepción española del carácter subordinado de un trabajo, pero elimina los otros indicios previstos en la Directiva, por lo que, a mi juicio personal, también ello requeriría una reforma legal a los efectos de su correcta transposición, caso de que se aprueba la Directiva en los términos en que se encuentra en la actual propuesta.

En tercer lugar, se encuentra el amplio deber de información a los trabajadores que se contempla en la Directiva, que abarca tanto el ejercicio de las facultades de control o supervisión como el ejercicio de las facultades de decisión que afectan a los poderes organizativos y directivos respecto del trabajo a realizar. En relación con este deber de información, probablemente la legislación española no contemple con idéntica amplitud este deber de información respecto del trabajo subordinado, pero, con toda seguridad, no contempla nada respecto de los trabajadores autónomos para los que la Directiva también lo contempla. Desde esta

perspectiva también sería obligado efectuar algún cambio legislativo a los efectos de transponer la Directiva, caso de que la misma se apruebe.

Finalmente, las medidas a introducir en materia de transparencia sobre la evolución del trabajo en plataformas, especialmente dirigidas a que pueda emerger la contratación de falsos autónomos en el trabajo en plataformas, también requería la correspondiente modificación en nuestro ordenamiento interno.

4.5. En particular, la Directiva sobre conciliación laboral y familiar

En esta materia el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, ha procedido a efectuar una transposición completa de la Directiva. En estos términos, el ordenamiento español ha cumplido prácticamente todas las pautas establecidas en dicha Directiva. No obstante, alguna duda se suscita en torno al llamado permiso parental introducido con este Real Decreto-ley e incorporado al Estatuto de los Trabajadores (arts. 45.1 o y 48 bis ET), que se presume está transponiendo lo previsto en la Directiva cuando contempla una medida a la que también denomina expresamente permiso parental (arts. 5 y 8 de la Directiva). Conforme a la nueva regulación en nuestro ordenamiento interno los trabajadores tienen derecho a un permiso parental, para el cuidado de hijo o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Este permiso se contempla como un nuevo supuesto de suspensión de la relación laboral, con una duración no superior a ocho semanas. Comparado con lo previsto en la Directiva, es necesario realizar dos aclaraciones.

Primera, la Directiva contempla que el permiso parental debe ser de cuatro meses, cuando el precepto del Estatuto al que nos referimos aquí lo fija sólo en dos meses (ocho semanas). A tal efecto debe tenerse en cuenta que la Directiva permite que se puedan tener en cuenta a estos efectos cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia (art. 20.6 de la Directiva). Esto último permite interpretar que los otros dos meses se encuentran reconocidos en nuestro ordenamiento a través, bien del permiso por nacimiento (arts. 45.1d y 48.4 ET), o bien de la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET).

Segunda, la Directiva contempla que quienes disfruten del permiso parental durante dos meses tienen derecho a recibir "una remuneración o una prestación económica" (art. 8). En estos momentos la legislación española no prevé ninguna remuneración durante el permiso parental propiamente dicho, dado que, como hemos indicado, se trata de un supuesto de suspensión contractual. Tampoco se contempla para esta concreta suspensión una prestación económica alternativa, que sería, en su caso una prestación de Seguridad Social o pública. En todo caso, ello no constituye un incumplimiento del deber de transposición, por dos motivos básicos; uno, que, de nuevo, puede entenderse que esos dos meses con derecho a una contraprestación económica se cubren con la suspensión por nacimiento que sí contempla expresamente una prestación de Seguridad Social durante su

disfrute; dos, que la propia Directiva prevé que la concreta transposición de esta prestación económica puede realizarse hasta agosto de 2024 (art. 20.2), por lo que el legislador español podría considerar que tiene hasta esa fecha para incorporar el derecho a una prestación pública sustitutiva del salario durante el tiempo de suspensión contractual.

1
Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajos

LA DIRECTIVA SOBRE CONCILIACIÓN Y SU TRASPOSICIÓN EN ESPAÑA

Mª Luisa de La Flor Fernández
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO **Palabras claves:** Conciliación, corresponsabilidad, discriminación por razón de sexo, permisos parentales

El artículo estudia la reciente transposición de la Directiva 2019/1158 de 20 de junio a través del RD-Ley 5/2023 de 28 de junio. A lo largo del presente trabajo se analiza de forma crítica los ajustes y modificaciones que en cumplimiento de la norma comunitaria se introducen en nuestra normativa interna en las que se acentúan la importancia de las políticas de conciliación y corresponsabilidad como uno de los ejes fundamentales para lograr la igualdad entre mujeres y hombres. Así, de un lado, se pone de relieve la intransferibilidad de los nuevos permisos y el fomento de las fórmulas de trabajo flexible como medidas que permiten el mantenimiento de los vínculos laborales de las personas trabajadoras, y promueven la corresponsabilidad. De otro, se enlaza el trato desfavorable por el ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad con la prohibición de discriminación por razón de sexo.

ABSTRACT ***Keywords:*** *Conciliation, co-responsibility, discrimination based on sex, parental permission*

This article studies the recent transposition of Directive 2019/1158 of June 20 through RD-Ley 5/2023 of June 28. Throughout the present work, the adjustments and modifications that, in compliance with the community norm, are introduced in our internal regulations, are analyzed critically, in which the importance of conciliation and co-responsibility policies are accentuated as one of the fundamental axes for the equality between women and men. Thus, on the one hand, it seeks to highlight the non-transferability of the new permits and the promotion of flexible work formulas as measures that allow the maintenance of labor ties of workers, and promote co-responsibility. On the other hand, unfavorable treatment due to the exercise of the rights of conciliation and co-responsibility is linked to the forbiddance of discrimination based on sex.

 Recepción original: 30.07.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Un nuevo paradigma: de la conciliación a la corresponsabilidad
2. La directiva 2019/1158 y su accidentado camino hacia la transposición a nuestro derecho interno
3. La equiparación entre el matrimonio y las parejas de hecho y el concepto extenso de familia como presupuesto de las medidas de conciliación y corresponsabilidad
4. Las fórmulas de trabajo flexible: la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo
5. El permiso para cuidadores
6. El permiso por fuerza mayor
7. Los ajustes en el permiso por nacimiento y cuidado de hijos
8. El permiso parental
   8.1. El permiso parental retribuido: transposición incompleta
   8.2. El permiso parental no retribuido
   8.3. La facultad empresarial de aplazamiento
9. La protección de los derechos laborales de los trabajadores y la protección frente al despido

1. UN NUEVO PARADIGMA: DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD

La Directiva (UE) 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, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, aborda las políticas de conciliación y corresponsabilidad como de uno de los ejes fundamentales para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, siendo este su objetivo prioritario. Se trata de una norma que pretende superar la perspectiva de las políticas de conciliación de primera generación, cuya finalidad consistía en facilitar un conjunto de medidas para la compatibilización de las tareas profesionales y laborales que, utilizadas persistentemente por las mujeres, han tenido como resultado un incremento de las diferencias de género en materia laboral y familiar[1], retroalimentando la discriminación laboral de la mujer. Así, en los considerandos de la Directiva se enfatiza la corresponsabilidad como elemento corrector, fomentando que los progenitores distribuyan de forma igualitaria las responsabilidades tanto en el ámbito familiar, compartiendo las tareas domésticas y de cuidado, como en el profesional, incentivando a los hombres a hacer uso de los derechos de conciliación (considerando nº 6).

[1] Cabeza Pereiro, J.,"La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional" Revista de Derecho Social nº 92, 2020 pág.47.

Constituyen manifestaciones de este cambio de perspectiva el fortalecimiento de los principios estructurales de los derechos de conciliación como son los de individualización, e intransferibilidad[2]. Así, se crea un permiso vinculado al nacimiento del hijo de titularidad masculina o del otro progenitor que cuestiona el tradicional reparto de roles, alejándose de posiciones tradicionales de protección de la seguridad y salud de la madre; de otro lado, se amplía el período reservado a la in-transferibilidad del permiso parental y se contemplan incentivos económicos para promover el disfrute paterno.

Pero, sobre todo, el contenido de la nueva Directiva de conciliación va más allá del establecimiento de permisos, potenciando los derechos de presencia a través de fórmulas de trabajo flexibles, "a fin de poder ajustar sus modelos de trabajo para ocuparse de sus responsabilidades en el cuidado de familiares, acogiéndose, cuando sea posible, a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios flexibles o reducción del horario laboral" (considerando nº 34). Se promueve, por tanto, una mayor "soberanía" de los trabajadores sobre su tiempo de trabajo y vida familiar a través de modelos de trabajo flexible tanto una vez finalizado los permisos, como durante su disfrute como fórmula que permite avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral y familiar con lo que se modifica la perspectiva mantenida hasta el momento, abriéndose paso fórmulas que transitan desde las políticas de conciliación hacia las de corresponsabilidad[3].

Junto a ello, la norma comunitaria aborda los retos que plantean los cambios demográficos con un envejecimiento de la población, instando por primera vez a los Estados miembros a que tengan en cuenta el aumento de las necesidades de cuidado de familiares al elaborar sus políticas de conciliación (considerando nº 27). De este modo la norma comunitaria otorga relevancia, desde el propio título, al cuidado de mayores, enfermos y dependientes, introduciendo un permiso para cuidadores para los que también se prevé puedan disfrutar del derecho de adaptación de la jornada[4]. No obstante, ha de advertirse que pese al avance que representa este nuevo permiso, su reconocimiento no viene acompañado por la obligación de retribución, lo que, unido a la breve duración del mismo, muestra que se trata de una primera aproximación en la que se refleja de forma palmaria la tibieza del legislador comunitario en la protección de mayores, y enfermos en relación con la dispensada al nacimiento y crianza de los hijos.

[2] Lousada Arochena JF., *El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social",* 2013 p.441 http://hdl.handle.net/2183/11720. Págs. 457 y ss.

[3] Casas Baamonde, M.E. "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres" Derecho de las Relaciones Laborales nº 3 2019 pág 236.

[4] López Álvarez M.J. "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español" Femeris: Revista multidisciplinar de Estudios de Género, Vol 7 nª2 2022 pág.68.

Al hilo de lo anterior, ha de señalarse que uno de los aspectos claves de los derechos de conciliación viene constituido por los servicios de atención a la familia, cuya importancia reconoce la propia Directiva en la medida que estos inciden directamente en las posibilidades reales que tienen las personas trabajadoras de conciliar la vida laboral y familiar, sobre todo ante la creciente demanda de cuidados derivada del progresivo envejecimiento de la población. Sin embargo, la Directiva solo alude a ellos de forma tangencial en el considerando nº12, remitiendo la cuestión a los Estados miembros que son los que deberán, a la hora de diseñar sus políticas de conciliación, "tener en cuenta que el hecho de que los hombres y las mujeres se acojan por igual a los permisos relacionados con la familia depende también de otras medidas adecuadas, como la oferta de servicios de guardería y de cuidados de larga duración accesibles y asequibles, que son fundamentales para permitir a los progenitores y a otras personas que sean responsables del cuidado de familiares, entrar y a permanecer en el mercado laboral o reincorporarse a él", sin que posteriormente se traslade su contenido al articulado, por lo que no tiene incidencia práctica alguna.

Con todo, pese al significativo avance que supone este cambio de perspectiva centrada en "lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios" (considerando nº 6) la Directiva de conciliación adolece de una falta compromiso decidido con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, pues aunque los considerandos generan grandes expectativas, no llegan a cristalizar en su articulado, que evita considerar que el trato desfavorable por ejercicio de los derechos de conciliación constituya una discriminación por razón de sexo[5].

Finalmente, con el fin de no duplicar los sistemas de protección de aquellos Estados miembros que han ido construyendo un conjunto de medidas en torno a la conciliación de la vida familiar, que en conjunto pueden considerarse cumplen con el derecho europeo, resulta relevante hacer referencia a la cláusula pasarela establecida en el art 20.6 de la Directiva. La citada cláusula permite que los Estados miembros puedan tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionado con la familia, señaladamente el permiso de maternidad, el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, que esté previsto en la legislación nacional o en los convenios colectivos, siempre que se superen los estándares mínimos previstos en la Directiva 2019/1158 y la Directiva 92/85, y no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de aplicación de las Directivas.

[5] Ballester Pastor M.A "De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español" Derecho de las Relaciones Laborales nº 11, 2019 pág. 1112-1123; Cabeza Pereiro, J."La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional" op., cit., pág. 77.

2. LA DIRECTIVA 2019/1158 Y SU ACCIDENTADO CAMINO HACIA LA TRANSPOSICIÓN A NUESTRO DERECHO INTERNO

Tras un largo proceso legislativo de elaboración de la fallida Ley de Familias y a pocos días de que se inicie la campaña electoral, el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante RD-Ley 5/2023) traspone a nuestra normativa la Directiva (UE) 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 del Consejo.

El RD-Ley 5/2023 se autocalifica como norma "ómnibus" aludiendo con tal denominación la inclusión de un conjunto muy numeroso y heterogéneo de medidas sin conexión alguna, del que es expresivo su extenso título, entre las que destacamos la transposición varias Directivas comunitarias. Igualmente, el RD-Ley 5/2023 puede calificarse de norma "escoba", por cuanto tiene como objetivo aprobar todas las normas que habían quedado en el tintero tras la convocatoria de elecciones y que centrándonos en la normativa comunitaria exige de una norma con rango de ley que las incorpore al ordenamiento interno.

En la propia exposición de motivos se justifica el patente retraso en la transposición de la normativa comunitaria en hechos tales como "la repetición de las elecciones generales en 2019 con la consiguiente disolución de las Cortes Generales, la existencia de un Gobierno en funciones durante un tiempo prolongado, así como el estallido de la pandemia del COVID-19 en el año 2020". Y ciertamente ha de subrayarse que se han producido varios intentos para su transposición. Inicialmente la transposición de la citada Directiva formó parte del Anteproyecto de Ley por el que se modificaba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por el que se trasponía la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[6], si bien posteriormente se desgajó, incorporándose por razones evidentes de sistematicidad en el anteproyecto de Ley de Familias que fue aprobado como proyecto de Ley por el Consejo de Ministros el 28 de marzo de 2023. Tras la convocatoria electoral y la disolución de las Cortes se frena su proceso legislativo decayendo el proyecto de Ley de Familias que se encontraba en el Congreso de los Diputados en el trámite de

[6] Cuya transposición queda pendiente al no haber sido incluida en el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, aspecto que ha sido criticado por los sindicatos.

enmiendas, para que finalmente, el Consejo de Ministros aprobase el 28 de junio el RD-Ley 5/2023 en el que se llevaba a cabo la mentada transposición.

La transcendencia de la transposición se pone de relieve desde el inicio en la extensa exposición de motivos de la norma en la que se destaca que la incorporación de la normativa comunitaria en nuestro ordenamiento en plazo es un objetivo que "resulta del todo prioritario habida cuenta del escenario diseñado por el Tratado de Lisboa de 2007". En la misma se recuerda que la introducción por la Comisión de un nuevo criterio de aplicación del artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en 2017 tiene como consecuencia que de su incumplimiento puedan derivar, además de la imposición de importantes sanciones económicas, multa coercitiva a tanto alzado contra el Estado incumplidor que se solicitará al Tribunal de Justicia, entrando, incluso, en el detalle de explicar los criterios para para el cálculo del importe de las mismas actualizados recientemente. En particular respecto de la Directiva de conciliación se advierte que el plazo de transposición venció el pasado 1 de agosto de 2022 y que se ha recibido carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además de dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023. Así las cosas, la exposición de motivos apoyándose en la STC 1/2012, de 13 de enero y el informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008 justifica la utilización del RD-Ley como cauce de incorporación al ordenamiento interno del derecho de la Unión Europea, dada las consecuencias de los retrasos, y la existencia de procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España.

De los cinco libros en los que se estructura el RD-Ley 5/2023, es el libro II el que procede a la transposición de la Directiva de conciliación, dividiéndose en tres títulos: el título I (artículo 127) incluye las modificaciones en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET); En paralelo, el título II (artículo 128) incorpora parcialmente el contenido de la Directiva al Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante RD-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP) ; el título III (artículo 129) derivado de las modificaciones realizadas a los artículos 53.4 y 55.5 del ET contiene la modificación de los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

3. LA EQUIPARACIÓN ENTRE EL MATRIMONIO Y LAS PAREJAS DE HECHO Y EL CONCEPTO EXTENSO DE FAMILIA COMO PRESUPUESTO DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIAD

Resulta evidente que la noción de familia es relevante para ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad porque es la unidad destinataria de los cuidados que asumen las personas trabajadoras. En este sentido, el artículo 3.1 e) de la Directiva de conciliación incluye a los miembros de las parejas de hecho como sujetos protegidos y titulares de los derechos de conciliación al considerar familiar al "hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional". En nuestro ordenamiento, la equiparación entre matrimonio y pareja de hecho, pese a ser una realidad muy extendida y ya no tan novedosa en nuestra sociedad, no ha terminado de completarse. Conviene recordar en este punto que el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo una interpretación evolutiva y plural del concepto de familia afirmando que "nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 32 y 39 CE), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39 CE, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (artículos 1.1. y 9.2. CE) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen", cuestionándose "si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja"[7].

Como es conocido, en nuestro ordenamiento no existe norma estatal que defina las parejas de hecho, siendo las Comunidades Autónomas las que han abordado su regulación superando este vacío normativo. No obstante, la inexistencia de norma estatal no ha impedido que esta realidad social haya sido regulada en el ámbito social, específicamente respecto de determinadas prestaciones de Seguridad Social en las que se opta por un concepto restringido de pareja de hecho exigiéndose

[7] STC 222/1992 11 de diciembre CI 1797/1990 sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 58.1. de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Más recientemente, la STC 198/2012 de 6 de noviembre, RI 6864-2005 al hilo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo consideró constitucional el derecho a la adopción de hijos por las parejas casadas heterosexuales u homosexuales.

acumulativamente el cumplimiento de los requisitos de convivencia y formalización con una antelación mínima[8].

Tampoco el RD-Ley 5/2023 ofrece un concepto de las parejas de hecho, sino que se limita a reconocerlas como sujeto causante y titulares de los derechos de conciliación en los mismos términos que el matrimonio en los artículos 34.8, 37.3 b), 37.3 bis, 37.6 y 46.3. ET, salvo en el artículo 37.3 a) en el que extiende el permiso de quince días por matrimonio a las parejas de hecho refiriéndose explícitamente a las "registradas", lo que pudiera interpretarse que solo respecto de este permiso de quince días se requiere el elemento formal frente al resto de los derechos reconocidos. Conviene advertir en este punto, que la malograda Ley de Familias que trasponía la Directiva de conciliación, definía por primera vez y con carácter general en su articulado la pareja de hecho como la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, exigiéndose su acreditación mediante certificación de la inscripción en los registros específicos o en documento público. Desde nuestro punto de vista, es esta definición a la que se remite la norma laboral, si bien hubiera sido oportuno que el RD-Ley 5/2023 hubiera definido expresamente que ha de entenderse por pareja de hecho. En cualquier caso, parece oportuno decantarse por esta noción basada en el compromiso formal ya que permite verificar la existencia de una pareja de hecho equiparando a ambos modelos familiares, incluso desde el punto de vista formal, ya que en la unión matrimonial el vínculo surge tras su formalización, además de ofrecer seguridad jurídica al empleador.

En correspondencia con la equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho los artículos 37.3 b), 37.6 y 46.3 del ET extienden la protección incluyendo a los parientes hasta segundo grado de la pareja de hecho. No se aluden específicamente a los mismos en los artículos 34.8 y 37.9 ET lo cual es coherente ya que, como posteriormente se analizará, tanto el derecho a la adaptación de jornada como el nuevo permiso por causa de fuerza mayor se abre a los cuidadores convivientes con o sin vínculos de parentesco. Más dificultades encontramos en la justificación de la exclusión de los familiares de la pareja de hecho en el permiso por fallecimiento, que se circunscribe al "cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad" y, por tanto, quedan excluidos, ya que la pareja de hecho no constituye parentesco ni obviamente por consanguinidad ni por afinidad, como sí ocurre en este último caso con el matrimonio.

En paralelo, el artículo 128 del RD-Ley 5/2023 incorpora en el EBEP a la pareja de hecho en el apartado a) del artículo 48 relativo a los permisos "por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización

[8] En este sentido el artículo 221. 2. LGSS y art. 6.1 Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

que precise reposo domiciliario" o "cuando se trate de fallecimiento". Sin embargo, no se traslada este reconocimiento al apartado h) del citado artículo relativo a la reducción de jornada ni tampoco al artículo 89.4 que regula la excedencia por cuidado de familiares.

Huelga reconocer que la inclusión de los miembros de las parejas como sujetos protegidos y titulares de los derechos de conciliación era necesaria, sin embargo hubiera sido deseable que el legislador aprovechando la oportunidad que brindaba la transposición de la Directiva, hubiera culminado su reconocimiento al menos, en el ámbito laboral, considerando familiar a la pareja de hecho tanto a los efectos del artículo 1.3 e) ET en relación con el ámbito de aplicación del ET, como respecto del derecho al traslado del otro miembro de la pareja de hecho del trabajador de la misma empresa a la misma localidad cuando haya cambiado de residencia su pareja de hecho (art. 40.3 ET).

Al hilo del reconocimiento de la pareja de hecho, en lo relativo a los derechos de conciliación, resulta necesario abordar el concepto de familia que, como es conocido, en el ordenamiento laboral se identifica con un concepto de familia extenso, compuesta por descendientes y ascendientes por consanguinidad y afinidad hasta segundo grado. Esta noción de familia ha sido muy criticada por la doctrina *iuslaboralista* existiendo un amplio consenso en limitar el número de sujetos que generan estos derechos, circunscribiéndolos al parentesco por consanguinidad. Las críticas se dirigen fundamentalmente respecto del derecho de reducción de jornada y de la excedencia por cuidado de familiar porque se trata de derechos que se conectan con períodos de ausencia parcial o total de larga duración que disminuyen o anulan los ingresos y las expectativas profesionales de las personas que los ejercen, mayoritariamente mujeres que siguen asumiendo el cuidado de la familia, a los que se añaden los familiares de las parejas de hecho[9]. De hecho, según los datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el primer trimestre del año en curso ha aumentado el número de personas que solicitan la excedencia para el cuidado de un menor o familiar en las que se muestra la brecha de género existente, ya que el 84,6% de las excedencias correspondieron a las mujeres[10].

[9] M.E. Casas Baamonde "Conciliación de la vida familiar y laboral: constitución, legislador y juez" Derecho de las Relaciones Laborales nº 10 2018, pág. 1073, Cabeza Pereiro, J "La Directiva (UE) 2019/1158 y su transposición al derecho interno" en *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro* (Dir. E, Rodríguez Rodríguez y N.M Martínez Yañez), edit. Bosch 2021pág. 72; M.A. Ballester Pastor "De los permisos parentales…" op. cit., pág.1126. Molero Marañón ML "los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI" Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, número extraordinario Mujer en el futuro del trabajo 2017 pág 162.

[10] https://inclusion.seg-social.es › *documents* ›

Fueron estas las razones que llevaron al anteproyecto de Ley de Familias, haciéndose eco de la doctrina, a excluir el parentesco por afinidad, salvo en los supuestos en que "no existieran familiares por consanguinidad hasta el segundo grado del sujeto causante", en cuyo caso sí era posible el ejercicio de estos derechos respecto de los parientes por afinidad. Sin embargo, lo cierto es que quizás por parecer que limitaba derechos, tales previsiones desaparecieron del proyecto Ley de Familias y obviamente tampoco han sido contempladas en el RD-Ley 5/2023.

4. LAS FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE: LA ADAPTACIÓN DE LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

La ordenación del tiempo de trabajo es, sin lugar a dudas, uno de los aspectos claves de los derechos de conciliación y corresponsabilidad, cuyo objetivo es garantizar una distribución equitativa de tiempos de trabajo y responsabilidades familiares, reforzando la presencia ya sea a tiempo completo o con horario reducido, de la persona trabajadora en la empresa, señaladamente de las mujeres que siguen ocupándose de las tareas de atención y cuidado a la familia.

La regulación de las fórmulas de trabajo flexible se contempla en el artículo 9 de la Directiva de conciliación en el que se reconoce el derecho a solicitar modelos de trabajo flexibles a las personas trabajadoras con hijos de hasta ocho años y a los cuidadores de personas convivientes sin vínculos familiares. A estos efectos el art. 3.1 f) de la Directiva de conciliación define las fórmulas de trabajo flexible como "la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a "a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral", por lo que pueden calificarse dentro de la categoría de fórmulas de trabajo flexible tanto la distribución y adaptación como la reducción de la jornada[11].

Tanto la Directiva de conciliación como la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023, otorgan "una relevancia especial a la adaptación de las condiciones de trabajo" y abogan inequívocamente por el establecimiento de modelos de trabajo flexible, como cauce que permite a las personas trabajadoras ocuparse de sus responsabilidades familiares de forma cotidiana sin abandonar el mercado de trabajo. En tal sentido, se afirma que son los puestos de trabajo los que "deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, y establecer unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable"[12].

[11] Un comentario extenso sobre la Directiva en Ballester Pastor, M.A. "De los permisos parentales …" op. cit, págs..1127-1129.

[12] Exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 de 28 de junio.

Sobre estas premisas, el artículo 127 introduce determinados ajustes en el art. 34.8 ET, pues, como es sabido, el RD-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 llevó a cabo una completa remodelación de las instituciones que contempla[13]. Dentro de esta destacamos: la ampliación de las posibilidades de actuación de las personas trabajadoras que pueden afectar no sólo la distribución, y a la duración del tiempo de trabajo sino también a "la forma de prestación"; en segundo lugar, la citada reforma ordenó un procedimiento detallado precisando que, la adaptación de jornada solicitada para la atención de responsabilidades familiares, deberá ser razonable y proporcional en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa, debiéndose tener en consideración tanto sus propias necesidades como las de la organización empresarial. Por lo demás, el artículo 34.8 ET se sigue remitiendo a la negociación colectiva en la que se pactarán los términos del ejercicio de este derecho que deberán acomodarse "a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas de uno y otro sexo".

Por tanto, las modificaciones al artículo 34.8 ET no implican una alteración del régimen jurídico de la adaptación de jornada y, en línea con lo dispuesto en el art. 9 de la Directiva de conciliación, no se configura el derecho a la adaptación de la jornada como un derecho absoluto de aplicabilidad inmediata. En consecuencia, el artículo. 34. 8 ET garantiza un derecho de solicitud de la adaptación a iniciativa de las personas trabajadoras, que habrá de ser estudiado y atendido por la empresa, abriéndose para ello un proceso de negociación individual que puede terminar en la denegación por parte de la empresa pese a existir la necesidad de conciliación[14]. Así pues, las modificaciones realizadas al artículo 34.8 ET solo introducen mejoras técnicas y determinados ajustes con el fin de trasponer el art. 9 de la Directiva de Conciliación a nuestro ordenamiento.

Dentro de estas últimas, se amplía el número de sujetos cuya atención permite solicitar la adaptación, incluyéndose a personas dependientes sin vínculos familiares cuando convivan en el mismo domicilio. De este modo se da cumplimiento a la Directiva de conciliación que, ya desde su propio título se dirige no solo a los progenitores, sino a los cuidadores, estableciendo un nuevo permiso expresamente para estos, que estudiaremos *infra*. De acuerdo con el art. 3.1 d) de la Directiva de conciliación se define el término cuidador como el "trabajador que dispensa

[13] Un estudio amplio sobre el tema en Gorelli Hernández J. "La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una esperanza contenida" Revista de Derecho de las Relaciones Laborales nº 2 2019 pp. 113 y ss. Barrios Baudor, G.L "Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral" Revista Aranzadi Doctrinal nº 9 2019.

[14] Casas Baamonde, M.E. "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres" op., cit., pág., 239.

cuidados o presta ayuda a un familiar o persona que viva en el hogar del trabajador", por lo que no necesariamente deben estar unidas por vínculos familiares, con la condición de que convivan en el mismo domicilio. Además, el artículo 34.8 ET, aunque no era necesario, pues la titularidad del derecho se concede a las personas trabajadoras con necesidades de conciliación familiar, enumera los familiares a los que se circunscribe la adaptación del tiempo y la forma de trabajo, incluyendo a los "hijos e hijas mayores de 12 años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora". Igualmente, se especifica que para que se genere el derecho a favor de las personas trabajadoras, que los familiares y convivientes no puedan valerse por sí mismo "por razones de edad, accidente o enfermedad", debiendo el titular del derecho "justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición".

Respecto del procedimiento para lograr la adaptación de jornada, en coherencia con la relevancia que se otorga a las fórmulas de trabajo flexible, se introducen algunas modificaciones que tienen como objetivo garantizar y dar mayor efectividad a este derecho de conciliación. Así, en primer lugar, con el fin de aclarar el papel que desempeña la negociación colectiva se introduce una pequeña variación en el párrafo cuarto. Básicamente se mantiene la misma redacción, requiriéndose para la aplicabilidad inmediata de este derecho de conciliación, la existencia de un convenio o pacto colectivo que así lo prevea, advirtiéndose que el derecho a solicitar la adaptación es un derecho individual de las personas trabajadoras, no condicionado a los términos recogidos en la negociación colectiva. Con este fin, en el párrafo cuarto, refiriéndose a la negociación colectiva, se sustituye el verbo "se pactarán" los términos de su ejercicio, que tiene una connotación más categórica, por "se podrán establecer" con lo que, aun cuando no era necesario, pues resulta inequívoco que la vía convencional se contempla como la vía principal[15], se aclara que esté o no regulado el derecho a la adaptación en la norma convencional, la persona titular tiene derecho a solicitarlo y por tanto, no impide el acuerdo individual entre empresa y la persona trabajadora el hecho de que la negociación colectiva recoja mecanismos de adaptación[16].

Otra de las modificaciones es la relativa al período de duración del proceso de negociación individual entre el empresario y la persona trabajadora que pasa de treinta días, lo que, sin duda, era excesivo teniendo en consideración los intereses conciliatorios, que en la mayoría de los casos tienen carácter perentorio, a quince días. A tal fin, y aun cuando no es exigible por la Directiva de conciliación, que en su art. 9 alude solo a un "período razonable", se reduce este período, indicando que "tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad, y en todo caso, durante un período reduce

[15] Barrios Baudor , G.L. "Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral" op., cit., pág.17.

[16] Gorelli Hernández, J. "La nueva regulación de la adaptación de la jornada…" op. cit.: de la pág. 117.

a 15 días". Además, se impone al empresario la obligación de justificar su negativa en dicho plazo, de forma que, si no se produce "la oposición motivada expresa en este plazo", se presume su concesión, con lo que se obliga al empresario a estudiar y atender la solicitud efectuada de la persona trabajadora, reforzándose su posición.

En cuanto a las alternativas que tiene la empresa, una vez finalizado el proceso de negociación, el actual artículo 34.8 ET mantiene las mismas, si bien se revisa su redacción para identificar de forma más clara cuándo procede cada una de las alternativas. Así, se indica que "la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición" y "en caso contrario", es decir, cuando no se llegue a un acuerdo entre la empresa y el trabajador, aquella necesariamente "planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio". Como consecuencia de la vinculación entre la denegación y la propuesta alternativa empresarial, se introduce un ajuste de carácter material consistente en extender la obligación de justificar las razones objetivas sobre las que se sustenta la decisión empresarial, a los supuestos en los que la empresa reconduzca la petición planteando una propuesta alternativa, prevista antes de la modificación operada por el RD-Ley 5/2023, solo en caso de denegación. Con ello, se obliga al empresario, tanto respecto de la denegación como en el caso de hacer una propuesta alternativa, a precisar las necesidades productivas y organizativas, lo que va a facilitar la labor de ponderación judicial de los intereses en juego en ambos supuestos en caso de impugnación por parte de la persona trabajadora[17].

Otra de las modificaciones materiales derivadas de la Directiva de conciliación es la relativa al reingreso del trabajador a sus anteriores condiciones. El apartado 3 del art. 9 de la Directiva de Conciliación contempla una vez finalizado el tiempo de disfrute de la adaptación, un doble procedimiento según si la adaptación ha llegado al término del período acordado o si se trata de un regreso anticipado. En el primero de los supuestos, la persona trabajadora tiene un derecho a una restauración automática, esto es, "a volver a su modelo de trabajo original", mientras que si se trata de un retorno anticipado tendrá derecho a solicitarlo, siempre que justifique el cambio en las circunstancias, en cuyo caso "los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes", teniendo en cuenta "tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores". Frente a ello, antes de la reforma, el artículo 34.8ET reconocía a la persona trabajadora solo el derecho "a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior" tanto si había concluido el periodo acordado como si se tratara de una vuelta anticipada, pudiendo este aspecto disuadir a las personas trabajadoras a solicitar la adaptación[18]. Este desajuste ha sido corregido en doble aspecto, de un lado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 9.3 de la Directiva de conciliación,

[17] Ibidem pág. 119.

[18] I. Beltrán Heredia "El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET" Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales* https://ignasibeltran.com/tiempo-de-trabajo-y-descanso-jornada/#2

el reformado artículo 34.8 ET incorpora un derecho subjetivo "a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud", y, de otro, mejora las condiciones del regreso anticipado de la norma cuando se pretenda la vuelta antes de lo previsto, en cuyo caso "de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello".

Los ajustes realizados por el mentado RD-Ley al artículo 34.8 no incluyen modificaciones respecto de la resolución de las discrepancias surgidas entre la empresa y la persona trabajadora, que serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento de tutela establecido en el artículo 139 LRJS. No se ha previsto, por tanto, una remodelación de la norma procesal ni tampoco de la sancionadora, lo que hubiera dotado a estos derechos de mayores garantías de su cumplimiento[19].

Finalmente, respecto de las adaptaciones de jornada ya iniciadas, la disposición transitoria segunda del RD-Ley 5/2023 establece que se mantendrá la vigencia de aquellas adaptaciones de jornada que estuvieran aplicándose, aclarando que será de aplicación lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 34.8 ET, "en particular, lo relativo al regreso a la situación anterior" que como se ha indicado ha sido corregido para ajustarse a lo dispuesto en la Directiva de conciliación.

5. EL PERMISO PARA CUIDADORES

La Directiva de conciliación incorpora en su artículo 6 un novedoso permiso de cinco días al año para cuidadores que su artículo 3.1c) configura como un permiso de "ausencia del trabajo" al que pueden acogerse "los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo grave". Son escasas las previsiones contenidas en el artículo 6 de la Directiva, que se limita a fijar su duración facultando a los Estados a "fijar los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso para cuidadores y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales" sin que se contemplen derechos mínimos que definan de forma clara sus contornos[20].

Con este fin, el RD-L 5/2023 modifica el artículo 37.3 b) ET estableciendo igualmente en términos un tanto lacónicos un permiso remunerado que el trabajador

[19] Ballester Pastor, M.A."El RD-L 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol" Femeris: Revista multidisciplinar de Estudios de Género, Vol. 4, nº 2, 2019, pág.16.

[20] Lo que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina López Álvarez, M.J. "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español" op., cit.,

debe preavisar y justificar "de "cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja a de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella" dejando pendiente diversos aspectos de su régimen jurídico.

Queda definido de forma clara la duración y su vinculación a determinadas necesidades de carácter puntual de familiares y convivientes de la persona trabajadora, así como el carácter retribuido del mismo superando en este punto la cobertura de la norma comunitaria. Igualmente, los sujetos causantes se identifican en el ámbito laboral, como hemos apuntado, con una noción extensa de familia, a los que se añade el conviviente sin vínculos familiares, favoreciendo que su cuidado puntual pero sostenido en el tiempo pueda distribuirse y compartirse entre el máximo número de personas que conviven en el mismo domicilio.

Por lo que hace a la duración del permiso, la Directiva de conciliación establece que será como mínimo de cinco días al año, quedando a criterio del Estado el modo de cómputo que podrá fijarse "por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso" (art. 6.2) fórmula que parece permitir que cada persona trabajadora pueda solicitar más de un permiso cuando preste atención a más de un familiar o conviviente, o se produzcan diversos episodios que necesiten de atención en una misma persona. Sin embargo, el artículo 37.3. b) ET, presumiblemente debido su carácter retribuido, pone el foco de atención no en el sujeto causante sino en el titular del derecho, de modo que cada persona trabajadora podrá disfrutar de un solo permiso de cinco días al año con independencia de los familiares o convivientes que se encuentren en la situación protegida.

Más cuestiones de adaptabilidad suscita la causa que genera el permiso, ya que el artículo 3.1 de la Directiva con una terminología más flexible se refiere de forma genérica a la necesidad de "asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave", lo que se contrapone con la enumeración exhaustiva del artículo 37.3 b) ET, que no incluye explícitamente las necesidades de atención de las personas dependientes por enfermedad crónica o por edad que afrontan con mayor intensidad las personas trabajadoras diariamente, dado el envejecimiento de la población[21].

pág., 67 que señal que la conciliación y cuidado de hijos sigue siendo preferente para el legislador comunitario y así se pone de manifiesto en la muy diferente duración de los permisos parentales y de cuidadores o en el carácter retribuido de unos y otros.

[21] Molero Marañón, M.L. "los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI" op., cit., pág. 165; Y. Maneiro Vázquez *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158* Bomarzo 2023 pág. 122.

En cuanto al requisito de la convivencia en el mismo domicilio se exige respecto de los no familiares o familiares que excedan del segundo grado, por lo que a *contrario sensu* las personas trabajadoras podrán solicitarlo respecto de los familiares enumerados, aunque no convivan en el mismo domicilio. Tampoco se establece período mínimo de convivencia, ni su necesidad de mantenimiento a lo largo del tiempo, por lo que habrá de entenderse que se trata de una convivencia actual, exigible en el momento que se solita el permiso[22].

6. EL PERMISO POR FUERZA MAYOR

El artículo 7 de la Directiva de conciliación define el permiso por causa de fuerza mayor como un derecho de ausencia del trabajo "por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador" dejando una amplia libertad a los Estados miembros para establecer su configuración, sugiriendo tan solo que estos podrán limitar el derecho al permiso "a un tiempo determinado por año, por caso o por año y caso".

Con el fin de dar respuesta a los requerimientos comunitarios se incluye un nuevo apartado 9 al artículo 37 ET, permitiendo a las personas trabajadoras ausentarse del trabajo para atender una urgencia familiar sobrevenida e imprevisible que requiera su presencia inmediata, siendo precisamente estos dos elementos los que lo distingue del permiso para cuidadores[23]. No se lleva a cabo ninguna modificación paralela del EBEP con lo que parece que en principio los empleados públicos no disfrutarán de este permiso, salvo que pudiera relacionarse con el permiso contemplado en la letra j) del artículo 48 en el que se alude a deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral o incluso con el permiso contemplado en la letra k) del citado artículo de seis días de duración por asuntos particulares, aunque este no está vinculado con la conciliación de la vida familiar y laboral.

El permiso por fuerza mayor regulado en el citado artículo mejora la cobertura de la normativa comunitaria en lo relativo a los sujetos causantes porque se vincula a motivos familiares urgentes relacionados tanto con familiares como con personas convivientes, estos últimos ausentes en la regulación comunitaria. En relación a los familiares, a diferencia del permiso para cuidadores en el que se determina expresamente el grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, el permiso por fuerza mayor se refiere de forma genérica a los familiares, por lo que consideramos que cualquier familiar puede generar el permiso, sin que

[22] Maneiro Vázquez, Y. *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158* Bomarzo 2023 pág. 123.

[23] M.A Ballester Pastor "De los permisos parentales a la conciliación…" op., cit., pág 1125.

deba necesariamente identificarse con los parientes contemplados para cuidadores ni tampoco con el concepto más restringido de familiar del artículo 3.1 e) de la Directiva de conciliación.

En cuanto a la retribución, frente al silencio de la Directiva, el segundo párrafo del artículo 37.9 ET establece el derecho de las personas trabajadoras a que "sean retribuidas las horas de ausencia" con un límite de cuatro días "conforme a lo establecido en convenio colectivo, o en su defecto, en acuerdo entre empresa y la representación legal de las personas trabajadoras", en cuyo caso deberán acreditar el motivo de ausencia. Por lo que en este importante aspecto habrá de estarse a lo que disponga la negociación colectiva a la que se le atribuye un papel relevante en la regulación del ejercicio del derecho.

No se determina la duración del permiso ni en la Directiva de conciliación ni en el artículo 37.9 ET, lo que resulta congruente con el supuesto de hecho protegido en el que se requiere la presencia inmediata de la persona trabajadora por un caso de fuerza mayor urgente, y en consecuencia la persona trabajadora podrá ausentarse por el tiempo imprescindible tantas veces como su presencia sea requerida sin que se establezca un límite temporal. Ahora bien, esta afirmación ha de matizarse cuando la norma convencional disponga el derecho a la retribución de las horas de ausencia en cuyo caso se establece un umbral máximo "equivalente a cuatro días al año". Nada impide que de agotarse este período la persona trabajadora pueda ausentarse por fuerza mayor, si bien sin derecho a remuneración.

7. LOS AJUSTES EN EL PERMISO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJOS

La Directiva de conciliación introduce por primera vez en el ámbito comunitario un permiso de paternidad que los trabajadores o progenitor equivalente disfrutarán con ocasión del nacimiento de su hijo o hija. Pese a esta significativa novedad, ha de recordarse que con anterioridad el Parlamento Europeo propuso la modificación de la Directiva 92/85/CEE del Consejo con el fin de reconocer un permiso de paternidad y un permiso por adopción. La incorporación de este nuevo permiso de diez días de carácter individual e intransferible en el artículo 4 de la Directiva tiene como finalidad asegurar la implicación de los padres en las tareas de cuidado y crianza de los hijos e hijas desde el momento de su nacimiento, fomentando "un reparto más equitativo entre mujeres hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos" (considerando nº 19).

Pese al innegable avance que supone el establecimiento del permiso de paternidad, lo cierto es que la escasa duración del permiso prevista por la Directiva en comparación con las catorce semanas fijadas para el permiso de maternidad, dificulta, cuando no hace inviable, que esta medida coadyuve a superar los

estereotipos de género asociados a la maternidad y a los costes que de la misma derivan en el ámbito profesional.

Mucho más ambiciosa se muestra nuestra normativa interna que ofrece una mayor cobertura tanto respecto de la situación protegida como de la acción protectora. En efecto, el artículo 48.4 y 5 ET delimita la situación protegida de forma amplia y junto al nacimiento del hijo o hija protege la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar mientras que la norma comunitaria en línea con la licencia por maternidad se circunscribe a la paternidad biológica. Respecto al carácter retribuido, en el artículo 179 LGSS prevé una prestación que garantiza la percepción del cien por ciento de la base reguladora. De otro lado, tras las modificaciones introducidas por el RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo, se produce una reconfiguración de los antiguos permisos por maternidad y paternidad, unificándose en el actual permiso por nacimiento y cuidado de hijos. Con el objetivo de conseguir un reparto equitativo de las responsabilidades se refuerza el papel del padre, se incrementa la duración del antiguo permiso por paternidad hasta su total equiparación con el permiso de maternidad de dieciséis semanas de duración y de carácter intransferible. Igualmente se introducen modificaciones en su configuración y modo de disfrute más flexible que puede ejercitarse hasta que el hijo o hija cumpla los doce meses[24], con posibilidad de fraccionamiento por semanas completas transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio, lo que implica un avance en desmontar los estereotipos de género que rodean la maternidad[25].

Pese a la adecuación de nuestra normativa a la Directiva de conciliación, se introduce en el párrafo 6 del artículo 48 ET una ligera variación dirigida a la protección las familias monoparentales, que no ha sido incorporada al artículo 49 del EBEP. Tras la reforma del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, el citado párrafo previa una ampliación adicional de dos semanas del permiso por nacimiento y cuidado del menor en los supuestos de discapacidad del hijo o hija y en los casos de nacimiento, adopción, guarda o acogimiento múltiple, correspondiendo una semana para cada progenitor en coherencia con el objetivo de reconocer derechos

[24] Ballester Pastor, M.A "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de traty de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol" op. cit., pág. , 28 que pone de manifiesto los problemas de adecuación con la Directiva 92/85/CEE del consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejoría de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia en la que se establece el disfrute ininterrumpido de un permiso por maternidad de como mínimo catorce semanas, si bien podría entenderse que el fraccionamiento no vulnera la Directiva porque el mismo se configura como una mera posibilidad sin que la trabajadora pierda su derecho al disfrute continuado. Lousada Arochena, J.F "Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo: una primera aproximación" Revista de Derecho Social y Empresa, nº 11 2019 pág. 6.

[25] Más ampliamente en Benito Benítez, M.A "La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad" Trabajo y Derecho nº 74, 2021.

individuales a los progenitores. Pues bien, la actual regulación contempla la situación especial de las familias monoparentales y permite la acumulación de las dos semanas indicando, que "en caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras", trasladando con ello, el criterio de gestión 16/2019 del INSS que, teniendo en consideración el interés superior del menor, permite la acumulación del período adicional a favor del único progenitor existente.

En lo tocante a la demanda de las familias monoparentales en torno a la acumulación total o parcial del permiso del otro progenitor, no se contiene previsión alguna. No obstante, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente resolviendo un recurso de casación en el que zanja la cuestión [26]. La sentencia se sustenta sobre los siguientes argumentos: 1) la acumulación supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales, intervención que excede de la función que el Estado encomienda a los jueces y tribunales "de aplicación e interpretación del derecho, pero no la de creación del derecho"; 2) la normativa interna no resulta contraria a la CE, ni se sitúa al margen de la normativa internacional y resulta compatible con las exigencias derivadas de la Directiva 2019/1158, "sin perjuicio de que de *lege ferenda* pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa, lo que, obviamente, también sería predicable para otros colectivos sociales"; 3) no contraviene las previsiones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en lo relativo a la protección del interés superior del menor, pues está presente en la regulación, junto al principio de igualdad entre mujeres y hombre y de corresponsabilidad. 4) aplicando una perspectiva de género, considera el Tribunal que la configuración de permisos individuales e intransferibles para cada progenitor tiene como finalidad evitar "que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento", concluyendo que no hay discriminación, sino que nos hallamos ante "un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador".

Queda pendiente la revisión del subsidio especial por nacimiento regulado en los artículos 181 y 182 de la LGSS destinado exclusivamente a las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos para el acceso al subsidio por nacimiento y cuidado de hijos, salvo el período de cotización. Este subsidio no contributivo se justifica dado el carácter obligatorio que para la madre tenía el período de las seis semanas posteriores al parto. Al introducir, el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo un permiso obligatorio de seis semanas para el otro progenitor, desaparece su fundamento poniendo al otro progenitor en una situación en la que no puede renunciar al descanso obligatorio sin que pueda ser beneficiario

[26] STS de 2 de marzo JUR/2023/116005/ nº de recurso 3972/2020.

de la prestación, lo que produce una discriminación directa y contraviene el carácter retribuido en los supuestos que los trabajadores ejerzan su derecho a disfrutar del permiso (artículo 8.1 de la Directiva)[27].

8. EL PERMISO PARENTAL

Se trata de un permiso de ausencia que en el ámbito comunitario no resulta una medida inédita pues ya las anteriores Directivas 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental y la Directiva 2010/18 /UE del Consejo, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, lo regulaban. La primera lo configuraba como derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo, durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que debían definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Por su parte, la segunda, ampliaba el permiso de tres a cuatro meses por cada hijo y con el objetivo de un uso más equitativo del mismo, disponía que al menos uno de los cuatro meses no pudiera transferirse al otro progenitor, pero, aunque reconocía la importancia que tienen los ingresos en la utilización real del permiso parental, dejaba este asunto a los Estados miembros y a los interlocutores sociales.

La Directiva de conciliación insiste en estos dos elementos como medidas para conseguir el objetivo de una distribución de las responsabilidades de cuidado igualitaria entre mujeres y hombres. Concretamente en su artículo 5 regula el permiso parental como un derecho individual atribuido a los progenitores y adoptantes de un hijo o hija con una duración de cuatro meses, de los cuales dos meses son intransferibles. Y es que la norma comunitaria, consciente del reducido uso que hacen los padres de este permiso transfiriendo parte del mismo a las madres, ahonda en el carácter intransferible del permiso como mecanismo para fomentar el disfrute paterno, aumentando de uno a dos meses el período intransferible de manera que el período de permiso intransferible no disfrutado se pierde, mientras que el resto del permiso mantiene su carácter transferible[28]. En segundo lugar, se aborda el derecho a retribución o prestación de la Seguridad Social, que, sin duda, constituye un tema de sumo interés por cuanto puede condicionar el ejercicio del derecho, sobre todo el que los padres, que en su mayoría son la fuente principal de ingresos de la familia, se acojan al mismo. A tal efecto, el artículo 8.1 establece que serán los Estados miembros o los interlocutores sociales los que definirán

[27] Cabeza Pereiro, J "La Directiva UE 2019/1158 y su transposición al derecho interno" op., cit., pág. 78.

[28] M.A. Ballester Pastor "La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017" Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales nº 38, 2017, pág. 13.

dicha remuneración o prestación económica, pero sólo respecto del período no transferible. Aunque no se concreta el umbral mínimo del mismo, el párrafo 3 del art. 8 puntualiza que la fijación de la cuantía debe realizarse "de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental" lo que parece indicar que la compensación económica debe aproximarse al salario.

Pues bien, con el objetivo de trasponer lo dispuesto en los en los artículos 5 y 8 de la Directiva de conciliación se inserta el permiso parental en una nueva letra o) en el artículo 45.1 y se añade nuevo artículo, el 48 bis) del ET, intitulado permiso parental. Y complementariamente, con la finalidad dar cumplimiento a las exigencias del artículo 5.5. de la Directiva de conciliación en torno a la necesidad de motivación del aplazamiento en los supuestos de disfrute simultáneo cuando el período solicitado por ambos progenitores altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa, se modifica el permiso por lactancia, la reducción de jornada y la excedencia por motivos familiares (artículos 37.4 y 6 y 46.3 ET) que hasta el momento han dado soporte al permiso parental.

8.1. El permiso parental retribuido: transposición incompleta

El artículo 48 bis ET incorpora *ex novo* en nuestro ordenamiento el permiso parental específico que podrán disfrutar "las personas trabajadoras para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en el que el menor cumpla ocho años". Este nuevo derecho de conciliación que tendrá una duración de ocho semanas, se configura como un derecho de ausencia de titularidad individual, por lo que cada progenitor tendrá derecho a disfrutarlo por un mismo sujeto causante, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, con lo que se evita que sea uno de los progenitores, generalmente la mujer, la que acumule el permiso.

Por lo que hace respecto del momento de inicio, la persona trabajadora formulará su solicitud teniendo en cuenta la situación de la empresa y las necesidades organizativas de la misma. El permiso parental puede ejercitarse en un arco temporal que va desde su nacimiento o adopción o en el caso de acogimiento que este sea superior a un año, hasta que el hijo o la hija cumpla ocho años.

En lo relativo a la concreción temporal del permiso, los titulares del derecho gozan de la facultad de especificar "la fecha de inicio y fin del disfrute" o en caso de que se opte por el ejercicio fraccionado "los períodos de disfrute", fijándose el plazo de preaviso en diez días o el establecido en los convenios colectivos. No se delimita la fracción mínima, aunque dado que tanto el permiso por nacimiento y cuidado del hijo o hija como el actual artículo 49 g) EBEP se decantan por el módulo semanal, pudiera ser ésta la fracción mínima de disfrute, aprovechando toda la experiencia acumulada en el ámbito de la gestión de la prestación de nacimiento y cuidado del hijo o hija. En línea con la centralidad que adquieren las fórmulas de trabajo flexible, las personas trabajadoras tienen amplias facultades

de organización permitiéndose su disfrute de modo continuo o discontinuo, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial lo que incentiva, sobre todo, el disfrute paterno más conectado con el ejercicio flexible, remitiéndose su desarrollo a lo que se establezca reglamentariamente.

En cuanto a los requisitos para su perfeccionamiento, pese a la habilitación realizada por la norma comunitaria a los Estados miembros para establecer requisitos que condicionen el acceso al permiso, la norma interna no establece la necesidad de acreditar un período de antigüedad o carencia mínima, al menos, no lo hace directamente en el artículo 48 bis ET, que se limita a recoger el supuesto de hecho protegido y el régimen de disfrute.

Otro de los aspectos que revisten sumo interés atañe a la retribución o prestación de Seguridad Social por cuanto puede condicionar el ejercicio del derecho. Sin embargo, pese a la importancia de este asunto, queda pendiente, lo que implica que no se ha llevado a cabo la transposición completa, sin que de momento implique incumplimiento, por cuanto, como se ha señalado, el artículo 20.2 de la Directiva de conciliación prevé para la remuneración o prestación del permiso parental un plazo más amplio, que se extiende dos años, más hasta el 2 de agosto de 2024. Esta situación ha sido prevista por el propio RD-Ley 5/2023 que su la disposición final octava dedicada a la incorporación del Derecho Comunitario dispone que "el libro segundo traspone parcialmente la Directiva (UE) 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 del Consejo; salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental".

En definitiva, se aborda la regulación de este permiso dejando el asunto más espinoso a una futura norma que lo desarrolle. Entre las alternativas que tiene el legislador es previsible que haga uso de la cláusula pasarela y construya el permiso parental, si quiera parcialmente, a partir de los existentes en nuestro ordenamiento. Esta fórmula ya se apunta en la exposición de motivos del RD-L 5/2023 en que la se indica que las modificaciones realizadas "responden a un doble propósito: de un lado se evita penalizar o duplicar los sistemas de protección frente a las situaciones descritas –crianza de los hijos e hijas, cuidado de mayores y dependientes– y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles", con lo que parece probable que en el desarrollo reglamentario haga uso de la citada cláusula.

En tal caso habrían de realizarse determinadas mejoras que no resulten absorbibles en aplicación de la cláusula pasarela. Obviamente, ni la excedencia por cuidado de hijos, ni la reducción de jornada por guarda legal, que hasta el momento han sostenido el permiso parental, son medidas que se adapten a los requerimientos de la Directiva de conciliación, porque en nuestro ordenamiento no se establece

retribución o prestación del sistema de Seguridad Social, más allá de los beneficios en el ámbito de la cotización aplicables a estas medidas.

En cuanto al permiso por nacimiento y cuidado de hijos e hijas, aun cuando en el caso de disfrute paterno la transferencia al permiso parental no presenta problemas de adecuación en cuanto a su duración y a su retribución[29], lo cierto es que ni este ni éste ni el materno (que presenta más dificultades de encaje por su duración)[30] serían trasladables al permiso parental, ya que su ejercicio quedaría limitado al primer año de vida del menor. En efecto, el permiso por nacimiento y cuidado del hijo o hija requiere inmediación temporal, estableciéndose incluso un período obligatorio de seis semanas posteriores al nacimiento, adopción o acogimiento que habrá de disfrutarse de manera ininterrumpida y a tiempo completo. En cuanto a las diez semanas restantes de descanso voluntario en las que cabe su ejercicio a tiempo parcial, habrán de disfrutarse dentro del arco temporal que va desde la finalización del descanso obligatorio y hasta que el menor cumpla doce meses, lo que supondría un estrechamiento temporal del ejercicio del permiso parental retribuido que necesariamente habría de disfrutarse antes de que el menor cumpla un año, mientras que la norma comunitaria extiende su ejercicio hasta los ocho años de edad. Tales restricciones hacen que no sea suficiente la sola utilización de la cláusula pasarela para dar cumplimiento a los requerimientos de la norma comunitaria.

8.2. El permiso parental no retribuido

La parte no retribuida del permiso parental se identifica en nuestro ordenamiento con el permiso por cuidado del lactante, pero sobre todo con la reducción de jornada por guarda legal y con la excedencia por cuidado de hijos e hijas reguladas en los artículos 37.4 y 6 y 46.3 del ET. De hecho, la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 explica que la modificación de estas disposiciones deriva de la obligación empresarial establecida en el artículo 5.5 de la Directiva

[29] Ya que su duración de 16 semanas es muy superior a los diez días previstos por la Directiva con lo que con el exceso (catorce semanas) se cumpliría sobradamente con las 8 semanas previstas para el permiso parental retribuido garantizándose el cien por ciento de los salarios percibidos. Cabeza Pereiro, J. "La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno" op, cit., pág.,79; M.J. López Álvarez "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español" op., cit., pág., 64 yss.; De la Corte Rodríguez, M., "La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española" Revista del Ministerio de Trabajo y economía social nº 146/2020 págs. 90-91.

[30] Fundamentalmente porque la duración mínima del permiso de maternidad establecido en la Directiva 92/85 es de catorce semanas, por lo que, al margen de la exigencia comunitaria de que su disfrute sea ininterrumpido, solo pueden ser útil dos semanas para cumplir con los dos meses exigidos por la normativa comunitaria. Ni siquiera, como ha puesto la doctrina de relieve, uniendo estas dos semanas del permiso que exceden del mínimo comunitario, con la acumulación del periodo de la hora diaria del permiso por el cuidado del lactante alcanza los dos meses retribuidos exigidos por el artículo 8.3 de la Directiva.

de motivar el aplazamiento de los permisos parentales, por lo que el resto del contenido de estos preceptos permanecen inalterado, salvo la inclusión de la pareja de hecho y el familiar consanguíneo de esta como sujetos protegidos.

Ambas instituciones se configuran como derechos de titularidad individual sin posibilidad de transferencia al otro progenitor por lo que en este aspecto en nuestro ordenamiento la totalidad del permiso parental tendría carácter intransmisible, superándose los estándares mínimos de la Directiva. Otros aspectos, sin embargo, no parecen acomodarse a las exigencias europeas si consideramos a cada una de estas instituciones de forma aislada. Así, respecto del momento de disfrute, el permiso parental se extiende hasta que el menor cumpla ocho años mientras, mientras que la excedencia el período de suspensión de la relación laboral tiene una duración máxima *no superior a tres años* a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa, para los casos de adopción o acogimiento por lo que en caso de nacimiento de ninguna manera puede extenderse más allá de los tres años de edad del menor. En cuanto al modo de disfrute, aunque en la excedencia cabe el disfrute de forma fraccionada, permitiendo al trabajador distribuir el permiso en varios periodos, no prevé su ejercicio a tiempo parcial que evitaría la desprofesionalización de las mujeres que son las que mayoritariamente se acogen. Lo contrario ocurre respecto de la reducción de jornada que permite las formas de disfrute flexible del permiso parental pero no satisface la configuración del permiso como un derecho de ausencia.

Hubiera sido deseable que el legislador, aprovechando la ocasión que brindaba la transposición, hubiera introducido modificaciones más sustantivas que corrigieran las deficiencias que tienden a perpetuar los roles de género. Más efectividad hubieran adquirido los derechos de conciliación y corresponsabilidad si se hubiera acometido una revisión de la excedencia desvinculando su ejercicio de la edad del menor, permitiendo su disfrute parcial, o se hubiera incluido en la regulación de la reducción de jornada por guarda legal junto al módulo diario, el semanal, mensual o anual[31], abriéndose la posibilidad de acumulación de la reducción en jornadas completas con lo que se permite el disfrute del permiso parental de manera continuada o interrumpida a tiempo completo. O, en fin, como se ha apuntado por la doctrina, construir sobre la reducción de jornada por guarda legal el permiso parental en su totalidad por ser una medida "dúctil" que permite su disfrute flexible, anudándola a una prestación económica, aspectos ambos que puede incentivar a que cada progenitor, pero sobre todo a que los padres hagan uso al permiso parental[32], lo que sería congruente con el nuevo párrafo que cierra tanto el artículo 37.6 como el 46.3 ET en el que se ordena que "en el ejercicio de

[31] M.A. Ballester Pastor "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres…" op., cit., pág. 34.

[32] J. Cabeza Pereiro "La Directiva…" op. cit. pág. 91.

este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género".

8.3. La facultad empresarial de aplazamiento del permiso

Planteada la solicitud de disfrute del permiso parental por la persona trabajadora se abre la posibilidad al empresario de aplazamiento que en nuestra normativa se contempla de manera diferenciada en el 48 bis del ET para la parte retribuida del mismo y en los artículos 37.4 y 6 y 46.3 ET para la parte no retribuida Se trata de un procedimiento similar y aunque se observa alguna diferencia significativa entre uno y otro lo analizaremos de forma conjunta, poniendo de relieve las divergencias existentes[33].

En primer lugar, el artículo 5.5 de la Directiva de conciliación no define las circunstancias en las que puede al empleador aplazar la concesión de un permiso parental, sino que son los Estados miembros los que deberán definirlas tras llevar a cabo consultas de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. En este aspecto la regulación de la parte retribuida y no retribuida difieren. Así, respecto de la primera, el artículo 48 bis ET establece que una vez formulada la solicitud por la persona trabajadora, el empleador podrá plantear el aplazamiento en los supuestos en los que dos o más personas generasen este derecho por el mismo sujeto causante o "en otros supuestos definidos por los convenios colectivos" con lo que se le atribuye un papel clave a la negociación colectiva en la determinación de las circunstancias que autorizan al empresario a efectuar el aplazamiento del permiso. Más limitada se muestra la regulación de la parte no retribuida del permiso parental (artículos 37.4 y 6 y 46.3 ET) en la que la capacidad del empleador se restringe a los supuestos de disfrute simultáneo sin que se contemplen otras circunstancias, con lo que se refuerza la posición de las personas trabajadoras. Obviamente, en cualquier caso, nada impide que las personas trabajadoras puedan acogerse al permiso en momentos distintos ya que la facultad empresarial para proceder al aplazamiento solo alcanza al disfrute simultáneo o respecto de la parte retribuida, además a los supuestos contemplados en los convenios colectivos.

En los casos en los que el aplazamiento esté justificado, el empresario solo podrá demorar la concesión del permiso durante un "tiempo razonable" sin que se especifique el tiempo durante el cual se permite al empleador posponer el disfrute del permiso parental ya se trate del permiso retribuido o no, con lo que en los supuestos en los que se dilate el disfrute, puede desvirtuarse la finalidad de la medida, sobre todo porque es de suponer que la concreción del permiso se haya

[33] En este aspecto ha de señalarse que el EBEP no contempla el aplazamiento en su artículo 48 h) relativo a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares excepto los supuestos de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave artículo 49 e).

realizado teniendo presente las obligaciones de cuidado de los hijos e hijas, que en muchas ocasiones resultan perentorias e inaplazables[34].

En segundo lugar, en cuanto a las causas que dan lugar al aplazamiento se aprecian diferencias. En el caso del permiso retribuido (art. 48 bis ET) el empresario solo puede basar su decisión argumentado que el período solicitado por el trabajador altera "seriamente el correcto funcionamiento de la empresa", justificándolo por escrito. Sin embargo, la parte no retribuida del permiso se vincula a "razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa" debiendo igualmente justificar las razones de su denegación por escrito, lo que es claramente menos exigente que lo dispuesto en el artículo 48 bis) ET que únicamente permite el aplazamiento de la concesión del permiso, cuando el empleador pueda argumentar que el período solicitado altere "seriamente" el funcionamiento de la empresa.

En tercer lugar, por lo que respecta al plan alternativo que previamente debe plantear el empresario antes de proceder al aplazamiento, el artículo 5.7 de la Directiva de conciliación dispone que "los empleadores, en la medida de lo posible, ofrezca formas flexibles de disfrutar el permiso parental"[35]. Así, si el trabajador lo ha solicitado a tiempo completo el empresario deberá ofrecer antes de proceder a su aplazamiento otra fórmula de disfrute más flexible. El artículo 48 bis) ET siguiendo lo establecido en la norma comunitaria restringe la capacidad empresarial de aplazamiento, ya que éste solo es posible si previamente se ofrece una "alternativa de disfrute más flexible", configurándose como un mecanismo subsidiario o residual que solo es admisible si la alternativa de disfrute flexible no satisface las necesidades de conciliación de la persona trabajadora[36]. Frente a la regulación realizada respecto del permiso retribuido, no se contempla la alternativa previa al aplazamiento de disfrute flexible respecto del permiso no retribuido, que solo lo alude a la obligación de presentar un plan alternativo que podrá consistir tanto el disfrute del permiso a tiempo completo como a través de fórmulas flexibles. No obstante, quizás la referencia expresa respecto del permiso no retribuido a que el plan alternativo "asegure el disfrute de ambas personas y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación" conlleve un proceso de negociación previo con el trabajador con el fin de buscar una alternativa que conjugue de forma adecuada los intereses empresariales con los derechos de conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras. Así, consideramos que, dado el carácter bidireccional del plan, el empleador no podrá reformular la solicitud de la persona trabajadora de forma que haga inviable la solicitud de disfrute o no satisfaga las necesidades de las personas trabajadoras. Ha de advertirse, que no se alude en el artículo 48

[34] N. Reche Tello "La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida? Revista de Derecho Social nº 89, 2020, pág. 82.

[35] Obligación que no se recoge respecto de la administración como empleadora en el artículo 89.4 EBEP, por lo que resulta insuficiente la transposición de la Directiva.

[36] M.A. Ballester Pastor "De los permisos parentales a la conciliación…" op., cit., pág. 1122.

bis ET a que en la decisión de aplazamiento del empresario a que deban tenerse en cuenta las necesidades de conciliación de las personas trabajadoras, con lo que en los supuestos en los que el plan alternativo de disfrute más flexible no satisfaga las necesidades de los trabajadores seguido de un aplazamiento justificado, puede tener como resultado un vaciamiento del derecho, sin que pueda afirmarse que el empresario haya incumplido sus obligaciones[37].

En cualquier caso, la única posibilidad que tiene el empresario de denegación se puede producir solo respecto del período o de la modalidad de disfrute del permiso, pero no respecto del ejercicio del derecho mismo[38]. De este modo, ambos titulares podrán acogerse al permiso parental en formato distinto o, en el caso de que el plan alternativo no satisfaga sus necesidades de conciliación, en otra fecha distinta a la solicitada y/o en los casos de aplazamiento justificado.

9. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES Y LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Con el objetivo de asegurar la protección de los derechos laborales de las personas trabajadoras que disfruten de los derechos de conciliación o corresponsabilidad, el artículo 127 diez del RD-Ley 5/2023 realiza tres modificaciones al ET: al artículo 4.3. c) ET con el fin de incardinar el ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad dentro de la prohibición de discriminación por razón de género; en segundo lugar, a la disposición adicional decimonovena del ET en la que se regula el cálculo de las indemnizaciones en determinados supuestos asociados a los derechos de conciliación; y finalmente, a los artículos 53.4 y 55.5 ET a los efectos de incluir dentro de la calificación de nulidad las extinciones relacionadas con las nuevas medidas de conciliación.

En primer lugar, con el objetivo de transponer el artículo 11 de la Directiva de conciliación se modifica la c) artículo 4.2 ET en el que se regula un conjunto de derechos profesionales de las personas trabajadoras con una clara dimensión constitucional. En la nueva redacción se contempla el derecho de las personas trabajadores "a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado… por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral". De esta forma, se conecta el trato desfavorable por el ejercicio de estos derechos con el más genérico principio de prohibición de discriminación por razón de sexo. Y es que, lo cierto es que en este asunto la jurisprudencia no ha manteniendo un criterio uniforme y no siempre ha

[37] Ibidem pág. 1123.

[38] J. Cabeza Pereiro "La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional" op., cit., pág. 61.

identificado el tratamiento peyorativo por haber solicitado o ejercido estos derechos con la discriminación por razón de sexo, sino que, como es conocido, realizando un análisis desde el derecho fundamental a la no discriminación se ha anudado a la discriminación por razón de las circunstancias personales o familiares (art. 14 CE) relacionadas con su responsabilidad parental (art. 39CE), concepción que ha sido plasmada en la STC 26/2011, de 4 de marzo (Rec. 9145-2009). Es por ello que este reconocimiento es muy relevante ya que neutraliza esta línea jurisprudencial y supone el espaldarazo definitivo a la formulación que conecta el trato desfavorable por el ejercicio de los derechos de conciliación a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Incluso, la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 con el objetivo de disipar cualquier duda, expone que esta vinculación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se ha establecido que, "sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo".

Desde esta perspectiva, la discriminación basada en el ejercicio de estos derechos será una discriminación indirecta por razón de sexo tanto si quienes los ejercitan son las mujeres, en cuyo caso actuarán "según sus roles de géneros", como si son los hombres actuando, en estos casos "contra sus roles de género"[39]. En este punto la norma interna supone un evidente avance respecto de la comunitaria que, con menor ambición, no llega a comprometerse de forma decidida con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. En efecto, como se ha señalado, el artículo 11 de la Directiva de conciliación adopta una posición más neutra que consiste en "prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable" por haber solicitado o disfrutado de los derechos de conciliación y corresponsabilidad, pero no lo conecta con la prohibición de discriminación por razón de sexo, y ello pese a que el artículo se intitula "discriminación" lo que pudiera hacernos creer en una mayor implicación y a las múltiples alusiones que en este sentido se realizan en sus considerandos[40].

En segundo lugar, en cuanto a las medidas que tienen como finalidad proteger el ejercicio de los derechos de conciliación, se amplía el alcance material de la disposición adicional decimonovena ET prevista para los supuestos de reducción de jornada por motivos familiares (artículo 37.4, 5, 6 y 8 ET) y para los casos de ejercicio a tiempo parcial del permiso de nacimiento y cuidados de cada hijo (art. 48.4 y 5 ET), extendiéndola a los supuestos de disfrute flexible del nuevo permiso parental (art.48 bis ET). De este modo, las indemnizaciones a las que pudiera tener derecho las personas trabajadoras que disfruten a tiempo parcial de

[39] Lousada Arochena J.F.*El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social",* 2013 p.441 http://hdl.handle.net/2183/11720

[40] J. Cabeza Pereiro "La Directiva de conciliación…" pag. 73.

los citados derechos de conciliación, deberán calcularse teniendo en cuenta la que le hubiera correspondido sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

Sin embargo, no se ha previsto la extensión de esta garantía a los supuestos en los se solicite una adaptación de jornada que bien consista en una reducción que no se ajuste a los parámetros dispuestos en el art. 37.6 ET o bien haya sido solicitada por el cuidador de un conviviente no familiar, ambos casos posibles ya que se amplía los titulares del derecho y el alcance material del artículo 34.8 ET[41]. Pese a la omisión legislativa, estos supuestos quedan cubiertos por la mencionada disposición, ya que se sería de aplicación la doctrina del TSJUE que, sobre la base del artículo 157 TFUE, considera que cuando se extingue un contrato por voluntad del empresario, la indemnización debe determinarse íntegramente sobre la base de la retribución correspondiente a las prestaciones laborales efectuadas a tiempo completo[42]. Eso sí, solo respecto de la parte de reducción de jornada que se encuentre dentro de los límites establecidos en el artículo 37.6 ET.

Tampoco el legislador ha dispuesto la extensión del mecanismo de cotización ficticia previsto para la reducción de jornada (art. 237.3 y 4 y art. 270.6 LGSS) a los supuestos en los que esta se solicite en el marco de lo previsto en el artículo 34.8 ET a los que que no resulta de aplicación la doctrina del TSJUE por no tratarse de retribución sino de prestaciones del sistema de Seguridad Social. Resulta decepcionante que estos beneficios no hayan alcanzado los supuestos descritos, sobre todo, si se tiene en cuenta que es la única alternativa posible para las personas trabajadoras de reducir su jornada cuando la persona necesitada de cuidados es un conviviente sin vínculos familiares. Parece claro, que en estos supuestos la persona titular podrá solicitar y disfrutar del derecho, pero no será merecedora de tutela por parte de los poderes públicos y se verá abocada a recibir una protección de baja intensidad, todo ello en un contexto de promoción de las fórmulas de trabajo flexibles como instrumento que permite el mantenimiento de los vínculos laborales y fomenta la distribución de las responsabilidades de cuidado.

En tercer lugar, respecto de la protección frente al despido las modificaciones efectuadas se limitan incluir entre las causas de nulidad las relacionadas con el disfrute de todos los derechos de conciliación. Así, se modifica los artículos 53.4 y 55.5 ET recogiendo como causa de nulidad el despido de las personas trabajadora

[41] En cuyo caso sería razonable exigir una reducción salarial proporcional, salvo pacto de las partes I. Beltrán Heredia "El derecho de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET" Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales* https://ignasibeltran.com/tiempo-de-trabajo-y-descanso-jornada/#2

[42] SSTJUE de 22 a de octubre de 2009, Caso Meerts (C 116-98) y de 8 de mayo 2019 y Caso RE y Praxair (C 486/18) tanto en los supuestos de indemnización por despido como en el cálculo del subsidio por permiso de recolocación que abona el empleador.

que estén disfrutando, o hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 ET, reparando el olvido del RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo, tan criticado por la doctrina que generó una injustificable infraprotección de esta figura en comparación con otras situaciones similares[43]. Igualmente, se extiende la calificación de nulidad al nuevo permiso parental (art. 48 bis ET) y de cuidadores (37.3.b) ET). Finalmente, el artículo 129 del RD-Ley 5/2023 da una nueva redacción al artículo 102.2 LRJS sustituyendo la enumeración que se realizaba en el mismo por la remisión a los supuestos señalados en el artículo 55.5 ET y al artículo 122.2 LRJS a los efectos de incorporar la nulidad de la decisión extintiva de los supuestos recogidos en el artículo 53.4 ET.

[43] Ballester Pastor M.A., "De los permisos parentales a la conciliación…" op., cit., pág.1132.

LA DIRECTIVA SOBRE CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES Y PREVISIBLES Y SU TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA

Fernando Elorza Guerrero*
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras clave:** transparencia de la relación de trabajo, condiciones de trabajo previsibles, precariedad, estabilidad

La Directiva (UE) 2019/1152 es una de las normas comunitarias dictadas en aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, y atendiendo a sus principios 5 ("empleo seguro y adaptable") y 7 ("información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido"). En este sentido, el presente artículo aborda un análisis crítico de dicha Directiva, así como del Anteproyecto de Ley de transposición de esta norma en el caso de España. En todo caso, la propuesta de transposición tiene un carácter provisional, pues es razonable pensar que, a lo largo de su tramitación, la misma se someterá a consideración, en el seno del diálogo social, por los interlocutores sociales, dada la incidencia que en el futuro puede tener sobre el desarrollo de nuestras relaciones de trabajo.

ABSTRACT ***Key words:*** *transparency of the employment relationship, predictable working conditions, job insecurity, stability*

Directive (EU) 2019/1152 is one of the community regulations issued in application of the European Pillar of Social Rights, and in accordance with its principles 5 ("safe and adaptable employment") and 7 ("information on working conditions and protection in case of dismissal"). In this sense, this article deals with a critical analysis of said Directive, as well as the Draft Law transposing this rule in the case of Spain. In any case, the transposition proposal is provisional, since it is reasonable to think that, throughout its processing, it will be submitted for consideration, within the social dialogue, by the social partners, given the impact that it may have on the development of our employment relationships in the future.

* Estudio realizado en el marco del proyecto I+D UPO-1380994 FEDER-Junta de Andalucía: "Bases jurídicas para la mejora de la estabilidad en el empleo de los trabajadores mayores de 45 años".

 Recepción original: 30.07.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción
2. Claves de la directiva (ue) 2019/1152 del parlamento y del consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la unión europea
   2.1. El reforzamiento de la transparencia contractual
      2.1.1. La ampliación del ámbito subjetivo de la Directiva
      2.1.2. El incremento de los contenidos informativos a trasladar al trabajador y la reducción de plazos para ello
   2.2. La lucha contra la precariedad laboral
   2.3. El incremento de las garantías jurídicas de los trabajadores ante el ejercicio de los derechos reconocidos por la Directiva
3. La transposición de la directiva en españa: el anteproyecto de ley de 2022 por el que se modifica el estatuto de los trabajadores
   3.1. Principales claves del Anteproyecto de Ley
   3.2. Balance de la transposición propuesta
4. Reflexión final

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[1], constituye uno de los desarrollos normativos tangibles del conocido como Pilar Europeo de los Derechos Sociales (en adelante PEDS), y que constituye el objeto monográfico de este número de la Revista Temas Laborales. Dicha iniciativa, el PEDS, fue el resultado de la idea expresada en su día por el presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker, en un conocido discurso sobre el estado de la Unión, ante el Parlamento Europeo, el 9 de septiembre de 2015, en el que expresó su voluntad de "redoblar los esfuerzos encaminados a conseguir un mercado laboral justo y verdaderamente paneuropeo", y para ello propuso el diseño de lo que ya identificó como el PEDS, en cuanto iniciativa política que pudiera servir de guía para una convergencia renovada en la zona Euro, que atendiera a las cambiantes realidades de las sociedades europeas y del mundo del trabajo.

En última instancia, el PEDS –proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017[2]–, como ya en alguna ocasión se ha expresado, constituye un intento de las instituciones comunitarias, y particularmente de la Comisión Europea, "por recuperar el discurso de lo social en aras de adoptar una serie de iniciativas que

[1] Publicada en el DO L 186, de 11 de julio de 2019.

[2] Y que puede consultarse en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32017C1213%2801%29

traten de reconciliar la racionalidad económica y la racionalidad política"[3], vista la preeminencia que la construcción del modelo económico comunitario había adquirido en los años precedentes, y la evolución socioeconómica mundial. De hecho, la Directiva (UE) 2019/1152 expresa ya desde un principio, en sus primeros Considerando, que la misma es expresión, sobre todo, de dos de los principios jurídicos que integran el PEDS, a saber:

a) El principio núm. 5, referido al "empleo seguro y adaptable", y que no es más que una forma eufemística de volver sobre uno de los temas que más gustan a las instituciones comunitarias en relación con el mercado de trabajo, como es la cuestión de la flexiseguridad[4]. Así, en el ámbito de la seguridad jurídica podemos ubicar aspectos como, "el derecho a un trato justo y equitativo en materias de condiciones de trabajo"; el "acceso a la protección social y a la formación"; el fomento de "la transición hacia formas de empleo por principio indefinido"; la evitación de "relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos"; o que "los períodos de prueba deben tener una duración razonable". Por su parte, integrarían los terrenos propios de la flexibilidad, la garantía de la "flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico"; la obligación de promover ("deberán", refiere la Directiva comunitaria) "formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad", así como el fomento del "espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia", al tiempo que se facilita la movilidad profesional.
b) El principio núm. 7, relativo a la "información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido", y que tiene su origen más inmediato en el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales. Como contenido propio de este principio, la UE ha identificado, a su vez, los siguientes derechos: i) el derecho de los trabajadores a ser informados por escrito al comienzo del empleo "sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, incluso en periodo de prueba"; ii) derecho a ser informados de los motivos del despido, antes de proceder al mismo, al tiempo que se les concede un plazo razonable de preaviso; iii) el "derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial"; iv) o el "derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada".

Ahora bien, cuando uno reflexiona sobre lo que para el acervo comunitario, desde la perspectiva social, ha supuesto la Directiva (UE) 91/533/CEE, antecedente

[3] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo "normativo" del pilar europeo de los derechos sociales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 211, 2018, p. 6.

[4] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes…", op. cit., p. 10.

de la Directiva que en este momento nos ocupa, es difícil no recordar las palabras pronunciadas en su día por el Presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, quien precisamente acostumbraba a poner como ejemplo de la poca efectividad del Programa de Acción Social a esta norma comunitaria, de tal manera que muy poco después de su aprobación la doctrina solía en algunos casos identificar la misma como una suerte de Directiva "cenicienta"[5]. Dicha apreciación tenía que ver no tanto con los términos en los que la misma se expresaba[6], aunque también en este terreno algunas consideraciones podrían realizarse, como con los déficits que la misma evidenciaba, y que fueron puestos de manifiesto en su momento, en gran medida, por el informe final realizado por la Comisión Europea en 2016 sobre la aplicación de dicha Directiva[7].

No obstante, no podemos olvidar que la Directiva 91/533/CEE era hija de un tiempo concreto, caracterizado por la inexistencia de una política social comunitaria, más allá de la cuestiones que tenían que ver con la seguridad y salud laboral, y cuya mayor pretensión fue la de tutela de los derechos de los trabajadores mediante el establecimiento de una lógica jurídica que obligara a los empresarios en todos los Estados a facilitar determinada información cierta sobre las condiciones de trabajo de aquellos, en definitiva la promoción de la transparencia en las condiciones de trabajo. Una aspiración que, sin embargo, no fue precisamente feliz en su concreción, como también se ha señalado[8].

De hecho, podría pensarse que la Directiva (UE) 2019/1152 constituye una suerte de enmienda a la situación generada con la transposición de la Directiva de 1991, por otra parte, como he señalado, altamente insatisfactoria. La cuestión es

[5] Clark, J., y Hall, M., "The Cinderella Directive?. Employee Rights to Information about Conditions Applicable to their Contracto r Employment Relationship", *Industrial Law Journal*, núm. 2, 1992, pp. 106-118, en una cita que ya es un clásico en esta materia.

[6] Para el recuerdo queda la STJUE, de 4 de diciembre de 1997 (Asunto Kampelmann, C-253/96), cuando respecto de esta Directiva señaló que su articulado contenía disposiciones "incondicionales y lo suficientemente precisas como para que los particulares puedan invocarlas directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, bien cuando el Estado se haya abstenido de adaptar el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo previsto, bien cuando haya efectuado una adaptación incorrecta".

[7] REFIT. *Study to support evaluation of the Written Statement Directive (91/533/EC). Final Report,* Bruselas, Comisión Europea, 2016. De interés también resulta, en este sentido, el informe realizado, un año después, por un grupo de expertos: PPMI, *Studdy to support imapct assessment on the review of the written statement directive Directive 91/533/EC-lot 2.* Final report, 2017.

[8] Sobre esta Directiva, múltiples han sido los estudios. En todo caso, y para su análisis y consideración, puede de ser de utilidad la consulta de, entre otros: Martín Valverde, A., "La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 12, 1992, pp. 181 y ss; Rodríguez-Piñero Royo, M., "Derecho Comunitario e información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 24, 1992, pp. 3 y ss. Para una consideración en profundidad de la mencionada Directiva, y su transposición al ordenamiento español, me remito a García Murcia, J. y Martínez Moreno, C., *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

que se debe advertir desde un primer momento que, en el caso de la Directiva de 2019, hay que tener claro que la misma tiene un "alma dual"[9], expresión que remite en última instancia a la idea de que esta norma comunitaria aspira a algo más que a salvar las deficiencias observadas en la norma de 1991. En efecto, conviene retener que la presente norma comunitaria es algo más que una reforma del régimen vigente sobre transparencia de las condiciones laborales de los trabajadores. Y ello porque pretende, además, ser un instrumento efectivo de lucha contra la precariedad laboral, en cuanto elemento que identifica de manera significativa al mercado de trabajo europeo en la actualidad[10]. No en vano, el Considerando 51 de la misma explicita que "habida cuenta de los cambios sustanciales introducidos por la presente Directiva respecto de la finalidad, el ámbito y el contenido de la Directiva 91/533/CE, no es adecuado modificar dicha Directiva. Por consiguiente, debe derogarse…". Se podría decir por tanto que, sobre el papel, se trata de una propuesta más ambiciosa, pues aspira no sólo a mejorar el régimen de transparencia contractual instaurado en 1991, sino también a influir sobre el devenir del mercado de trabajo comunitario –algo esto último que por otra parte era difícil de plantear en 1991 cuando, como he señalado antes, la política social comunitaria era más una entelequia que una realidad–. Otra cosa es que se consiga este doble ambicioso objetivo, y ahí ya anticipamos que se plantean algunas dudas.

Pues bien, la norma comunitaria establece, en su art. 21, que la transposición de la misma –toda vez que se estableció su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el DOCE, ocurrida el 11 de julio de 2019– debería tener lugar a más tardar el 1 de agosto de 2022, fecha en la que, en buena lógica jurídica, se estableció la derogación de la Directiva que constituye su antecedente, la 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral[11]. Esta fecha, sin embargo, no ha sido observada en el caso de España, de tal manera que, mediado 2023, todavía no se ha promulgado la correspondiente norma que trasponga a nuestro ordenamiento jurídico dicha Directiva –es razonable pensar

[9] Mercader Uguina, J.R., "Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…", op. cit., p. 12.

[10] De hecho, la Directiva establece en su art. 1.1 que la finalidad de la misma es "mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral". En este sentido, en algún caso se ha señalado (Canalda Criado, S., "La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF*, núm. 440, 2019, p. 176, identifica "la "seguridad" como eje escondido de la directiva" -, con acierto, que el Capítulo III de la Directiva de 2019, al que me referiré más adelante, responde a esta idea de la previsibilidad, pero que, en todo caso, el conjunto de requisitos mínimos de las condiciones de trabajo que la norma formula, trasciende este planteamiento, pues finalmente viene a reconocer unos derechos – otra cosa es los términos en que se hace – que aspiran a aportar una mayor seguridad jurídica al empleo, lo cual indudablemente es un factor favorecedor de su mayor estabilidad.

[11] Publicada en el DO L 288 de 18 de octubre de 1991.

que el proceso electoral convocado para el 23 de julio de este año demore aún más la aprobación de la correspondiente norma nacional–, aunque sí contamos, al momento de redacción de este estudio con el correspondiente Anteproyecto.

En este sentido, el presente análisis pretende ser una reflexión crítica sobre el contenido y planteamiento que alberga la Directiva (UE) 2019/1152, pero también sobre la idea que, a día de hoy, existe en relación con la transposición de la misma a nuestro ordenamiento interno, y la apuesta que en concreto el Reino de España hace relación con determinados principios del PEDS –en concreto, y como he señalado, los principios núm. 5 ("empleo seguro y adaptable"), y 7 ("información sobre las condiciones de trabajo y la protección del desempleo")–. Para ello, realizaré en primer lugar una consideración detenida del sentido y contenido de la referida Directiva comunitaria; en tanto, posteriormente abordaré la propuesta de transposición realizada por el Gobierno de España, y que se recoge en el denominado Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea –y que también alberga, aunque no será objeto de tratamiento, por razón de la materia, la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y sus cuidadores–.

2. CLAVES DE LA DIRECTIVA 2019/1152 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, RELATIVA A UNAS CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES Y PREVISIBLES EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. El reforzamiento de la transparencia contractual

El reforzamiento de los cánones conocidos de transparencia contractual los asume la Directiva comunitaria procediendo, por un lado, a la ampliación de su ámbito subjetivo[12] –aunque esto último con matices, como veremos–, y, por otro, al incremento de los contenidos informativos y la reducción de los plazos en los que se debe trasladar dicha información.

[12] En opinión compartida, entre otros, por Mercader Uguina, J.R., "Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…", op. cit., p. 13; Morau, G.-F., "Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 154, 2022, p. 192.

2.1.1. La ampliación del ámbito subjetivo de la Directiva

Sobre el primer aspecto reseñado, conviene señalar que el art. 1.2 dispone que la Directiva establece "los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". El asunto es que, como la propia doctrina ha señalado, la construcción jurídica del concepto de trabajador no es fácil, en primer lugar porque la jurisprudencia comunitaria en relación con la noción de trabajador resulta discutible[13], pero es que además, tratándose de una Directiva de mínimos resulta un tanto chocante que desde la propia norma comunitaria se abra la puerta a que, en función del Estado, la misma pueda ser o no de aplicación atendiendo a la noción de trabajador que maneje la legislación, los convenios colectivos y la práctica de cada país.

En un principio, la propuesta de Directiva comunitaria contemplaba una definición de trabajador, inspirada en la jurisprudencia comunitaria en la materia[14], y que identificaba como tal a "una persona física que durante un período de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración" (art. 2.1 a)). Esta formulación jurídica pretendía posibilitar, como en alguna ocasión se ha observado, la aplicación de la Directiva a colectivos respeto de los que se discutía desde 1991 la de la norma comunitaria antecedente (Directiva 91/533/CEE), como es el caso de los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los conocidos como trabajadores intermitentes, o los trabajadores de plataformas digitales[15]. La cuestión es que en el texto final de la Directiva esta definición desapareció, en una operación claramente interesada, y con ello se vuelve deliberadamente a una indefinición del ámbito de aplicación de la Directiva que, sin duda, debilita su eficacia, al tiempo que también compromete el cumplimiento de los objetivos y fines de la misma.

Es cierto que el Considerando 8 de la Directiva comunitaria afirma que "la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de estos criterios debe tenerse en

[13] Me remito en este caso a los interesantes y exhaustivos trabajos de Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2020; y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 232, 2020, pp. 35-82.

[14] Partiendo para ello del conocido como test Lawrie Blum, formulado en su día en la sentencia del TJUE de 3 de julio de 1986 (TJCE 1986, 108), Asunto Lawrie-Blum.

[15] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes…", op. cit., p. 15.

cuenta en la aplicación de la presente Directiva"[16]. Y que en el mismo se explicita la siguiente máxima: "Siempre que se cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva"[17]. Pero todo ello no quita para que también seamos conscientes de que la desaparición de la definición de trabajador, que incorporaba inicialmente la propuesta de Directiva, no puede considerarse una actuación sin trascendencia o inocente.

Como en algún caso se ha señalado[18], estos vaivenes en la redacción del texto de la Directiva lo que pone de manifiesto son las tensiones entre el interés comunitario, representado por la Comisión, que fue quien realizó la propuesta de Directiva, y el interés de los distintos Estados trasladado en Consejo, y que se ha resuelto en favor de estos últimos, que de esta manera se aseguran, en gran medida, la última decisión sobre los colectivos a los que se aplicará esta Directiva. En definitiva, de alguna manera podría afirmarse que más de lo mismo, aunque ahora al menos la norma comunitaria recuerda a los Estados que, a la hora de perfilar los colectivos afectados por la Directiva comunitaria, la jurisprudencia comunitaria sobre lo que es y no un trabajador no puede ser obviada.

La misma suerte corrió, por cierto, la definición de empleador. En relación con este concepto, y en concreto, la propuesta de Directiva establecía que por "empleador" se habría de entender "una o varias personas físicas o jurídicas,

[16] De hecho, entre nosotros hay quienes consideran que el art 1.2 de la Directiva lo que pretende en este sentido es reconducir cualquier mínima duda sobre la posible laboralidad de un vínculo contractual a los criterios establecidos por el TJUE (Rodríguez-Piñero Royo, M., "La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019, p. 1097).

[17] De la misma manera que también afirma que: "Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios". En todo caso sobre la cuestión del trabajo autónomo en este mismo Considerando la Directiva realiza una reflexión de la que, por cierto, en el texto articulado no hay rastro alguno, señalando lo siguiente: "El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva". Rematando esta reflexión con una afirmación que ciertamente admite poca discusión: "La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación".

[18] Miranda Boto, J.M., "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces?. La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español", *Temas Laborales*, núm. 149, 2019, p. 77.

que son, directa o indirectamente, parte de una relación laboral" (art. 2.1 b)). Esta formulación legal abría la puerta, como en algún caso se ha señalado, a que las obligaciones informativas previstas por la norma fueran asumidas por más de un ente empresarial, lo cual podría tener su lógica cuando estamos, por ejemplo, ante trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal (ETT)[19]. No obstante, la referida propuesta comunitaria abrió también la identificación del sujeto responsable de la información a otras formulaciones, al establecer en el art. 1.5 que: "Los Estados miembros podrán determinar qué personas deben considerarse responsables de la ejecución de las obligaciones que establece la presente Directiva para los empleadores, siempre que todas estas obligaciones se cumplan". La cuestión es que, a día de hoy, la Directiva (UE) 2019/1152, además de mantener esta última disposición jurídica, incorporó el siguiente añadido: "Los Estados miembros también podrán decidir que algunas de estas obligaciones o todas ellas se asignen a una persona física o jurídica que no sea parte de la relación laboral", advirtiendo no obstante, en este caso en relación con las ETT, que la doble excepción contenida en el art. 1.5 de la Directiva se entenderá "sin perjuicio de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo", que es la Directiva relativa a las ETT. Con ello se opera una suerte de externalización de las obligaciones informativas que[20], si en algún caso pueden tener su sentido –véase la obligación de informar sobre las instituciones de seguridad social que reciben cotizaciones derivadas de la relación laboral (art. 4.2 o)), donde en el caso español podría ser razonable que esta obligación la asumiera la Tesorería General de la Seguridad Social–, sin duda torna más compleja la correcta asunción de las mismas, al dar pie a que sean asumidas por más de un sujeto.

De todas formas, y volviendo de nuevo sobre la cuestión de los trabajadores, que es la noción sobre la que fundamentalmente pivota el ámbito de aplicación de esta Directiva, por ser ellos sus principales destinatarios, resulta también llamativo el que, continuando con una práctica legislativa inaugurada con la Directiva 91/533/CEE, la norma comunitaria permita a los Estados –de nuevo por tanto en juego la eficacia y el cumplimiento de los objetivos y fines de la misma– decidir si las obligaciones derivadas de esta Directiva resultan o no aplicables a ciertos colectivos. Eso sí, en comparación con la Directiva 91/533/CEE algo se ha ganado, pues si en ésta los Estados podían excluir a los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral de duración total no superior al mes, y/o cuya duración del trabajo semanal no superara las 8 horas, ahora los trabajadores que pueden ser excluidos son los que tengan una relación laboral en la que "el tiempo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres

[19] Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes…", op. cit., p. 15.

[20] Miranda Boto, J.M., "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces?...", op. cit., p. 78.

horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas"[21], precisándose además que, a efectos de la referida media de tres horas se deberá computar el tiempo trabajado "para todos los empleadores que formen parte de la misma empresa, el mismo grupo o la misma entidad, o pertenezcan a ellos". No obstante, resulta cuanto menos sorprendente el que sea posible excluir del ámbito de una Directiva que pretende la protección de los intereses y derechos de los trabajadores a colectivos tan vulnerables como el referido, los que tienen menor dedicación temporal[22], entre los que se encuentran, conviene también recordarlo, los trabajadores a tiempo parcial con contratos de pocas horas[23] –en este punto sí se puede afirmar que la redacción final de la Directiva ha desconocido activamente la vulnerabilidad que esta exclusión supone para el cumplimiento de sus objetivos, y que fue resaltado en su momento por el informe final elaborado en su día en relación con la transposición de la Directiva 91/533/CE–.

No es el caso, sin embargo, de los "zero hours contract" (contratos a cero horas)[24], los contratos min-max –donde al menos sí se establece un número mínimo de horas como contenido de la prestación de trabajo–, y en general los contratos de trabajo a demanda en sus distintas manifestaciones, a los cuales, y en medio de la polémica sobre su viabilidad jurídica, la Directiva sí ha estimado oportuno extender su régimen protector –a tales efectos la norma comunitaria (Art. 1.4) refiere que la excepción anterior, la del apartado 3, "no se aplicará a una relación laboral en la que no se haya predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizada antes de que empiece el empleo"–. No en vano, el Considerando 12 de la Directiva señala, de forma contundente, que "los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidos los que tienen contratos de trabajo de cero horas y algunos contratos a demanda, se encuentran en situación especialmente vulnerable".

[21] Obsérvese que el tiempo de trabajo a considerar es, no sólo el predeterminado, sino también el real. Dentro de esta categoría, por tanto, deberán ubicarse las horas extraordinarias o el trabajo que adicionalmente pudiera asumirse más allá del inicialmente previsto o garantizado (en este sentido, Morau, G.-F., "Condiciones laborales transparentes y previsibles…, op. cit., p. 193).

[22] En el mismo sentido, Miranda Boto, J.M., "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces?...", op. cit., p. 77.

[23] Se mantiene, por tanto, el tratamiento de este colectivo establecido en la Directiva 91/533/CEE, y que fue especialmente criticado dado que un gran número de trabajadoras son contratadas con contratos a tiempo parcial. Una exclusión que tradicionalmente ha suscitado la crítica de la doctrina que, en algún caso, ya llegó a apuntar el que la Directiva, con la misma, posiblemente estaba dando lugar a "un supuesto más de discriminación indirecta contra la mujer, al negar en la práctica a un colectivo importante de éstas los beneficios que les supone contar con toda esta información" que la misma reconoce como derecho (Rodríguez-Piñero Royo, M., "Derecho Comunitario e información…", op. cit., p. 21).

[24] Puede ser de interés en relación con estas formas de trabajo la consulta de Rodríguez Rodríguez, E., "La "soberanía sobre el tiempo". Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a la conciliación corresponsable", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 40, 2022, p. 37 y ss.

Pero el capítulo de las exclusiones no finaliza ahí, pues el art. 1 alberga otras. Este es el caso de la contenida en su apartado 6, que inaugura por cierto una nueva categoría, las exclusiones que tienen que ver con determinados aspectos del régimen establecido en la Directiva comunitaria, lo que implica una reducción, para los colectivos afectados, de las garantías ofrecidas por dicha norma comunitaria. Así, y en primer lugar, en dicho apartado se establece que los Estados miembros podrán decidir, "por razones objetivas", que las disposiciones del Capítulo III de la norma comunitaria que no sean aplicables "a los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, fiscales e investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad". Dicha exclusión afectaría, por tanto, a las cuestiones siguientes: duración máxima de los periodos de prueba (art. 8); empleo paralelo (art. 9); previsibilidad mínima del trabajo (art. 10); medidas complementarias para los contratos a demanda (art. 11); transición a otra forma de empleo (art. 12); formación obligatoria (art. 13); convenios colectivos (art. 14)–. No obstante, y con independencia de lo que se señalará más adelante –al valorar la transposición propuesta por el Gobierno español–, se trata de una opción jurídica que, además de su cuestionamiento en ciertos ámbitos jurídicos y políticos, resulta discutible desde la perspectiva de la naturaleza de alguna de las materias a las que afecta, caso, por ejemplo, de la formación obligatoria (art. 13), pues tanto el personal funcionarial, como estatutario, deberían tener derecho a la misma.

En segundo lugar, la Directiva también establece, aunque en este caso de forma directa, no dejando por tanto la decisión al criterio de los Estados, que las obligaciones establecidas en el art 4, apartado 2, letras m) y o) (obligación de proporcionar información), y los arts. 7 ("Información adicional para los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país"),9 ("Empleo paralelo"),10 ("Previsibilidad mínima del trabajo") y 12 ("Transición a otra forma de empleo"), no serán aplicables a la gente de mar, ni a los pescadores (art. 1.8). La exclusión, que podría ser asumida, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones sobre las que versa, y la actividad profesional a la que se refiere, ha sido criticada[25], y con razón, por su carácter contrario a la pretensión de las instituciones comunitarias de extender las garantías laborales a estos trabajadores, como evidencia la promulgación, tiempo atrás, de Directivas como la 2015/1794, relativa a la gente del mar[26].

Dejo para el final, por lo que se refiere a las exclusiones, una que, por su deficiente redacción, resulta de difícil aprehensión, como es la referida "a las personas físicas pertenecientes a un hogar que actúen como empleadoras en los

[25] Miranda Boto, J.M., "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces?..", op. cit., pp. 79-80.

[26] Directiva (UE) 2015/1794, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE, del Consejo en lo que se refiere a la gente de mar.

casos en que el trabajo se realice para el hogar en cuestión", respecto a los que la Directiva reconoce a los Estados la capacidad de decidir no aplicar las obligaciones establecidas en los arts. 12 ("Transición a otra forma de empleo"), y 13 ("Formación obligatoria"), así como en el art. 15 apartado 1 a) (presunciones legales). Sobre la misma, y salvando su redacción, habría que señalar que el colectivo al que se refiere la norma comunitaria es el del personal al servicio del hogar familiar. En relación con este colectivo, sí hay que lamentar que, pese al transcurso del tiempo, las instituciones comunitarias insistan en hacer de peor derecho a estos trabajadores en relación con otros profesionales, máxime cuando la vulnerabilidad del colectivo es una de sus notas definitorias, por no hablar de la colisión que puede plantearse con los principios contenidos en el Convenio núm. 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011) –difícil de salvar para los Estados que lo han suscrito, entre ellos España–, y sobre el que advirtió, por cierto, el Comité Económico y Social Europeo.

2.1.2. El incremento de los contenidos informativos a trasladar al trabajador y la reducción de plazos para ello

Por lo que respecta al incremento de los contenidos informativos, segundo elemento sobre el que la Directiva construye la elevación del canon de transparencia de los contratos de trabajo, me voy a centrar fundamentalmente en subrayar los elementos diferenciales respecto de lo que ya había, básicamente porque precisamente este es un enfoque destacado por la Directiva (UE) 2019/1152, que, en su Considerando 15 manifiesta la necesidad, en relación con las obligaciones informativas establecidas en la Directiva 91/533/CEE, de "adaptar esta lista, que los Estados miembros pueden ampliar, a fin de tener en cuenta la evolución del mercado de trabajo, especialmente el crecimiento de las formas de empleo atípicas". Estos contenidos informativos se concentran en el Capítulo II, titulado "Información sobre la relación laboral" (arts. 4 a 7), y su consulta ofrece el panorama de que, partiendo de la normativa existente, contenida en la Directiva 91/533/CEE, y que a grandes rasgos se respeta, se incrementa el número de cuestiones sobre las que se proyecta la obligación informativa, al tiempo que se pule su tratamiento jurídico, con el ánimo de mejorar la eficacia de este deber jurídico[27], sobre todo teniendo en cuenta los retos que enfrenta la evolución del mercado de trabajo en los últimos años y, particularmente, el crecimiento notable de las formas de empleo atípicas[28].

[27] Esta visión es compartida, entre otros, por Rodríguez-Piñero Royo, M., "La Directiva 2019/1152…", op. cit., p. 1099.

Un ejemplo de la mejora de la eficacia de la obligación informativa la encontramos en el tratamiento de la información relativa a la modificación de la relación laboral (art. 6). Si con la Directiva de 1991 el plazo de notificación por escrito de las modificaciones de las condiciones de trabajo era de un mes, ahora se establece que deberá realizarse "lo antes posible y, a más tardar, el día en que el cambio surta efecto".

[28] Así se reconoce en el Considerando 15 de la Directiva de 2009.

Así, el art. 4 de la Directiva establece que los Estados miembros velarán por que se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral, como:

a) En el caso de los contratos de duración determinada, junto con la duración prevista de la relación laboral, la fecha de finalización de la misma[29].
b) El procedimiento para la terminación de la relación laboral, incluidos los requisitos formales y la duración de los plazos de preaviso –y si este dato último no puede facilitarse en el momento de entrega de la información, al menos las modalidades de determinación de tales plazos–.
c) La información sobre la remuneración. Ahora más precisa que antes, pues, además de la retribución de base inicial, se exige poner en conocimiento "cualesquiera otros componentes" de la retribución, indicados de forma separada, incluyendo la periodicidad y método de pago de la remuneración[30].
d) Por lo que respecta a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la identidad de las empresas usuarias, si se conoce, o tan pronto como se conozca.
e) La duración y condiciones del periodo de prueba –se ha destacado en este sentido el alto interés comunitario por armonizar esta figura jurídica en toda la Unión; el mismo interés que anima la obligación de informar sobre la formación profesional a que tenga derecho el trabajador[31]–.
f) El derecho a formación proporcionada por el empleador. No obstante, en este caso, el problema es el inciso que le antecede, "de haberlo", cautela que salva la posible existencia de un derecho absoluto en esta materia.
g) El "patrón de trabajo"[32], cuando el mismo "es total o mayoritariamente imprevisible". En relación con esta materia, y aunque el Considerando 19 de la Directiva refiere que su consideración se incluye para ser coherente con la Directiva 2003/88/CE –lo cual obliga a informar sobre cuestiones como las pausas, períodos de descanso diario y semanal, y la duración de las vacaciones remuneradas, a efectos de proteger la seguridad y salud de los trabajadores–, lo cierto es que esta información es uno de los aspectos

[29] Y que con buen criterio Rodríguez-Piñero Royo, M., "La Directiva 2019/1152…", op. cit., p. 1099, atribuye a la influencia de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que ya planteó una configuración jurídica de los contratos de duración determinada basada en otros elementos que no son la duración prevista de los mismos.

[30] Miranda Boto, J.M., "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces?..", op. cit., pp. 84 – 85.

[31] Rodríguez-Piñero Royo, M., "La Directiva 2019/1152…", op. cit., p. 1099.

[32] Y que el art. 2 c) de la Directiva define como: "la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador".

que más notablemente han contribuido a otorgar a esta Directiva un carácter distinto respecto a la de 1991[33].

Esto último es así particularmente en el caso de los patrones de trabajo imprevisibles, que suelen ser una importante fuente de trabajo precario, pues en estos casos la información facilitada lo que busca es condicionar la potestad del empresario de imponer la realización de este tipo de trabajos[34], tal y como se evidencia cuando el art. 10 de la Directiva aborda la cuestión de la previsibilidad mínima del trabajo[35]. Por ello, el art. 4.2 m) de la Directiva refiere que, en estos casos, el empleador informará al trabajador sobre: i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas, y al remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; iii) el período mínimo de preaviso a que tiene el trabajador antes del comienzo de la tarea, y, en su caso, el plazo para la cancelación.

h) La identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones derivadas de la relación laboral –cuando sea responsabilidad del empleador–, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador.

i) En cuanto a los trabajadores que deban trabajar en un Estado miembro o un tercer país (trabajadores expatriados), antes de su partida, el país o países en los que debe llevarse a cabo el trabajo y la duración prevista de éste (art. 7.1). De la misma manera que, cuando de trabajadores desplazados, cubiertos por la Directiva 96/71/CE, se trate, la remuneración a la que este tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable en el Estado miembro de acogida, el complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención, de haberlos, así como el enlace al sitio web oficial único a escala nacional

[33] Para Zilli, A., *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e techniche di tutela*, Pacini Editore, Pisa, 2022, p. 138, por ejemplo, uno de los factores que caracterizan a la Directiva (UE) 2019/1152 es la ampliación del objeto sobre el que versa la obligación informativa, siendo especialmente significativas las que recaen tanto sobre el lugar y tiempo de trabajo, como sobre los aspectos previdenciales y asegurativos de la relación de trabajo.

[34] Miranda Boto, J.M., "Algo de ruido. ¿Cuántas nueces?..", op. cit., p. 86.

[35] La norma comunitaria en este caso establece que los Estados miembros, aunque nos encontremos ante un patrón de este tipo, garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan dos condiciones: a) que el trabajo tiene lugar en unas horas y días de referencia predeterminados; b) que el empleador informe al trabajador de la tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales. En todo caso, la Directiva establece además que si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos, el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables.

desarrollado por el Estado de acogida –previsto por la Directiva 2014/67/UE de aplicación a estos trabajadores–[36].

En todo caso, en relación con esta obligación informativa, creo también significativo señalar la adaptación a la tecnología que plantea la Directiva, y que sin duda es clave a la hora de alcanzar el objetivo de una mayor transparencia de las relaciones de trabajo. No es ya sólo que la Directiva obligue al empleador a proporcionar por escrito la información correspondiente en papel, o siempre que sea accesible para el trabajador, en formato electrónico (art. 3), sino que también la norma comunitaria obliga a los Estados miembros a ubicar en un sitio web oficial a escala nacional, las plantillas y modelos que las empresas han de usar para informar a los trabajadores (art. 5.2), al tiempo que, recurriendo incluso a portales en línea existentes la norma comunitaria obliga a aquellos a garantizar que esté disponible la información sobre las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias, así como los convenios colectivos de aplicación universal que regulen el marco jurídico aplicable que deben comunicar los empleadores (art. 5.3). Este salto al ámbito de lo digital entiendo que es especialmente significativo pues con ello se facilita la constante evolución del flujo información, y la actualización permanente de la misma[37].

Por último, he señalado al principio que el incremento de los cánones de transparencia contractual se pretendía también obtener mediante la reducción de los plazos en los que se debe trasladar la información contractual a la que obliga la Directiva. En relación con esta cuestión, lo primero que hay que señalar es que la pretensión de la Comisión en este tema era reducir mucho más de lo efectuado los plazos para cumplir con las obligaciones informativas derivadas de la Directiva, expectativa que fue rebajada por el Consejo. En todo caso, y a los efectos que aquí interesan conviene retener que la información más significativa –aquella a la que se refieren las letras a), b), c), d), e), g), k), l) y m) del art. 4.2– se debe facilitar al trabajador durante el periodo comprendido entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural –antes se daba un mes para ello–, en tanto el resto de la información a que se refiere el art. 4.2 lo deberá ser en el plazo de un mes desde el primer día de trabajo –antes podía demorarse hasta dos meses–.

[36] No obstante, y en línea con lo establecido en su momento por la Directiva de 1991, el art 7.4 establece que, a menos que los Estados dispongan otra cosa, la información sobre aspectos como el país o países donde debe llevarse a cabo el trabajo, y la duración prevista de este, así como la divisa para el pago de la retribución, no será exigible cuando la duración de cada periodo de trabajo fuera del Estado miembro en el que el trabajador ejerce habitualmente su actividad fuera de cuatro semanas consecutivas o menos, lo cual genera una brecha informativa respecto de trabajadores que pueden encontrarse en situación en ocasiones bastante precaria por razón de lo limitado de los encargos.

[37] En sentido parecido, Zilli, A., *La trasparenza nel lavoro subordinato…*, op. cit., p. 138.

2.2. La lucha contra la precariedad laboral

Como he señalado antes la lucha contra la precariedad laboral es un objetivo que identifica a esta Directiva. Y esta aspiración aparece incluso reflejada en la propuesta de Directiva realizada en su momento por la Comisión europea, cuando se advertía que la misma, frente a otras dictadas tiempo atrás para abordar un determinado tipo de empleo, caso de la Directiva 97/81/CE, sobre el trabajo a tiempo parcial, la 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada, o la 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de ETT, aspiraba a garantizar "un nivel de protección universal básico en las formas contractuales existentes y futuras"[38]. De fondo, el reconocimiento por la propia Comisión, aunque de forma un tanto indirecta, de que tales Directivas con frecuencia evidenciaban dificultades para su aplicación a determinadas manifestaciones de empleo, sobre todo las que hemos identificado como empleo atípico –caso del trabajo a llamada, que es, por cierto, objeto de un tratamiento específico en los arts. 10 y 11[39]–. Para ello, y como abiertamente plantea el Capítulo III de la Directiva, la norma comunitaria procede a establecer un conjunto de "requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo", así reza su título, que en última instancia funcionan como una suerte derechos mínimos, cuando no garantías jurídicas, que intentan proveer de mayor seguridad jurídica al empleo como antídoto frente a la precariedad del trabajo.

Dos son en este sentido las categorías que, a mi juicio, se manejan en el Capítulo III de la Directiva[40]. Por un lado, y en primer lugar, la Directiva alberga una serie de garantías transversales que intentan combatir la precariedad del empleo que padecen ciertos trabajadores[41]. Estas son, básicamente, las siguientes:

a) La limitación de la duración de los periodos de prueba. Desde el momento en que el PEDS expresó como aspecto a abordar en el futuro el que los periodos de prueba tuvieran una duración razonable, estaba claro que esta cuestión, más pronto que tarde sería abordada, y ello se hace con el espíritu que recoge el Considerando 27 de la nueva Directiva, que manifiesta que:

[38] Comisión Europea: *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, COM (2017) 797 final, p. 5.

[39] Mercader Uguina, J.R., "Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…", op. cit., p. 15.

[40] Como ha señalado oportunamente Rodríguez-Piñero Royo, M., "La Directiva 2019/1152…", op. cit., p. 1102, es en este Capítulo donde la Directiva de 2019 se separa netamente su antecesora, estableciendo una suerte de mandatos, sobre condiciones de trabajo – aunque en España ciertamente se tiende a considerar que pueden ser más bien condiciones contractuales, o de empleo -, que buscan mejorar la calidad de la ocupación.

[41] Siguiendo la clasificación establecida en su momento por Mercader Uguina, J.R., "Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…", op. cit., pp. 15 y ss, y que ha diferenciado las garantías transversales frente a la precariedad, por un lado, y las que tenían por objeto la lucha contra las manifestaciones del trabajo a llamada, por otro, aunque con algunas diferencias en su apreciación.

"Ni la entrada en el mercado laboral, ni la transición a una nueva posición deben estar sujetos a una inseguridad prolongada". De tal manera que es en este contexto cuando la norma comunitaria formula, en su art. 8.1, que los Estados han de velar porque la duración del período de prueba no exceda de seis meses, no obstante lo cual también establece que estos mismos Estados deben vigilar la duración de tales periodos sea proporcional a la duración prevista del contrato de trabajo y a la naturaleza mismo del trabajo –aseverándose, en buena lógica, que, en el caso de renovación de un contrato de trabajo para la realización de la misma función y tareas, la relación laboral no estará sujeta a un nuevo período de prueba–. En todo caso, para la polémica queda la previsión del art. 8.3 de la Directiva que otorga a los Estados miembros la opción de, con carácter excepcional, fijar periodos de prueba de mayor duración a los referidos en aquellos casos en que ello lo justifique la naturaleza del empleo o sea en interés del trabajador[42], pues esta excepción puede debilitar en la práctica la pretensión inicial de limitar de forma clara la extensión de los periodos de prueba, institución por otra parte dada con frecuencia a abusos.

b) El pluriempleo, o "empleo paralelo", como refiere la Directiva (art. 9), y que ésta sanciona como una realidad que, en principio, no puede ser negada a los trabajadores. Más concretamente, la norma comunitaria refiere que los Estados deben garantizar que un empleador no prohíba a un trabajador aceptar otros empleos con otros empleadores fuera del calendario de trabajo establecido, ni someterlo a un trato desfavorable por ese motivo. No obstante, y en razón de circunstancias concretas, la Directiva comunitaria abre en este caso la posibilidad de que los Estados puedan fijar las condiciones para la aplicación de restricciones a la opción del empleo paralelo "por incompatibilidad por parte de los empleadores basadas en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses". De nuevo en este caso, y comprendiendo que pueden existir situaciones en que la limitación del pluriempleo pueda estar justificada, lo cierto es que la norma abre la puerta a un posterior escenario que complique al trabajador tomar ciertas decisiones en este ámbito.

c) La transición a otra forma de empleo como posibilidad reconocida jurídicamente, es otro de los aspectos que la Directiva pretende garantizar.

[42] Como recordó Mercader Uguina, J.R., "Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…", op. cit., p. 17, en su día un Juzgado español sometió a consideración del TJUE si el periodo de prueba de un año previsto en el caso del contrato de trabajo de apoyo a emprendedores no podía vulnerar la legislación comunitaria, cuestión en la que el Alto Tribunal comunitario no entró por estimar que se trataba de una norma ajena al Derecho comunitario. Parece sin embargo que, visto que la Directiva aborda esta institución, es cuestión de tiempo que el TJUE se tenga que pronunciar, por ejemplo, sobre los límites de la referida excepción.

Sin embargo, también en este caso el planteamiento se formula con algunos matices significativos. Para empezar, sólo los trabajadores con una antigüedad de seis meses con el mismo empleador, y siempre que hayan completado su periodo de prueba, pueden solicitar a éste el acceso a un empleo con una mayor "previsibilidad y seguridad", solicitud que deberá ser contestar por escrito, en principio en el plazo de un mes[43]. No obstante, en este caso la norma comunitaria reconoce a los Estados la capacidad de limitar la frecuencia de estas solicitudes en las que la empresa se vea obligada a dar una respuesta a las mismas –lo cual no deja de ser llamativo, pues no termina de comprenderse cómo se puede asumir la limitación de la transición a otras formas de empleo por razones de comodidad de la empresa–.

d) La formación obligatoria (art. 12). En este caso, no es intención de la Directiva realizar un reconocimiento de la formación como un derecho de todo trabajador, sino poner cierto orden en la forma en que es formación se presta, cuando la legislación nacional o comunitaria, o los convenios colectivos, contemplan el que el empleador forme al trabajador para el ejercicio de cierto trabajo. Ciertamente, en este caso la Directiva se expresa en términos no precisamente muy contundentes, cuando refiere que los Estados miembros "velarán por que dicha formación se proporcione gratuitamente al trabajador". Eso sí, también deberán velar porque se compute como tiempo de trabajo, si bien ello no significa que, en todo caso la misma deba prestarse en jornada laboral ordinaria, pues la Directiva se encarga de precisar que dicha formación habrá de tener lugar, "a ser posible (…) durante el horario de trabajo".

Adicionalmente, y como se ha apuntado antes, la segunda categoría la integrarían los requisitos mínimos que son de obligada consideración en el caso de las distintas manifestaciones del trabajo a llamada, respecto de los cuales la Directiva subraya su "situación especialmente vulnerable" (Considerando 12). Este es el caso de la garantía que han de prestar los Estados miembros de la Unión al derecho que asiste a los trabajadores en esta situación de poder aceptar empleos con otros empleadores, y que se concreta en que aquellos garanticen que no se prohibirá a dichos trabajadores la aceptación de tales empleos, de la misma manera que también se debe garantizar que no se les someta a un trato desfavorable por este motivo (art. 9)[44]. O de las medidas complementarias que los Estados han de

[43] Aunque el apartado 2 de la norma comunitaria contempla el que los Estados miembros puedan ampliar este plazo, hasta un máximo de tres meses, en el caso de personas físicas que actúen como empleadoras, microempresas, y pequeñas y medianas empresas, e incluso permitir una respuesta oral, si la situación del trabajador no cambió respecto de una solicitud anterior –lo cual también resulta discutible desde el punto de la seguridad jurídica–.

[44] No obstante, la propia Directiva contempla el establecimiento de restricciones por los Estados miembros, en el caso de esta garantía, relacionadas con la fijación de restricciones a la misma por incompatibilidad por parte de los empleadores, ante la concurrencia de causas objetivas, como

adoptar, si autorizan este tipo de contratos, y que, a elección de los mismos, pueden consistir en: a) limitaciones en el uso y duración de estos contratos a demanda; b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un periodo determinado; c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas.

Pero es sin duda el art. 10 de la norma comunitaria la que establece un régimen más incisivo en relación con la contención y control de este tipo de trabajos, a la hora de dotarlos de una previsibilidad mínima. Así, establece el indicado precepto que en el caso de que el patrón de trabajo de un trabajador sea total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros han de garantizar que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) que el trabajo tenga lugar en unas horas y días de referencia predeterminados, en la forma prevista por el art. 4.2 m) ii) de la norma comunitaria –y que he abordado antes–; b) que el empleador informe al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, en los términos establecidos, nuevamente, en el referido art. 4.2 m) ii). En todo caso, la Directiva permite a los Estados establecer fórmulas propias a la hora de concretar la transposición del art. 10 –"Los Estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales–, de la misma manera que abre la puerta a que el empresario pueda cancelar la tarea asignada, acordada previamente con el trabajador, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, resolviendo la cuestión mediante el pago de una indemnización, como forma peculiar de salvar la imprevisibilidad en que incurrirá la relación de trabajo en ese momento[45].

2.3. El incremento de las garantías jurídicas de los trabajadores ante el ejercicio de los derechos reconocidos por la Directiva

Un aspecto abordado complementariamente en el Capítulo V de la Directiva (UE) 2019/1152 –titulado "Disposiciones horizontales"– es el que tiene que ver con un conjunto de garantías, aplicables a los trabajadores situados en su ámbito de aplicación, que finalmente intentan preservar su posición jurídica frente a lo que

es el caso de la salud y seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses. En una formulación jurídica que, como con acierto se ha señalado, plantea una suerte de listado no cerrado, y por tanto abierto a la consideración de otras causas (Rodríguez-Piñero Royo, M., "La Directiva 2019/1152…", op. cit., p. 1103).

[45] Y que se intenta compensar reconociendo al trabajador el derecho a rechazar una tarea asignada si no se cumplen uno o los dos requisitos antes indicados, sin que ello tenga consecuencias desfavorables para el trabajador.

pueden ser posibles abusos empresariales como consecuencia del disfrute de los derechos reconocidos en la norma comunitaria, o su aplicación. Este es el caso de la disposición albergada en el art. 15, que establece que, si un trabajador no recibe a tiempo la totalidad o parte de los documentos relativos a los aspectos esenciales de la relación laboral (art. 5.1), o la modificación de la misma (art. 6), los Estados miembros deben garantizar, la aplicación alternativa, o conjunta, de los siguientes previsiones[46]: a) el trabajador se beneficiará de las presunciones favorables definidas por el Estado miembro, como consecuencia de estos incumplimientos, si bien las mismas no podrán tener un carácter absoluto –"los empleadores tendrán la posibilidad de refutar", refiere expresamente la norma comunitaria–; b) el trabajador podrá presentar una reclamación ante una autoridad u organismo competente y recibir una reparación adecuada de manera oportuna y efectiva. O del art. 17, por el que los Estados miembros estarán obligados a introducir las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, y sus representantes, contra "cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualesquiera consecuencias desfavorables resultantes de una reclamación contra el empleador o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva". También del art. 18, donde, en consonancia con el artículo anterior, se establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido o su equivalente, así como cualquier acto preparatorio para el despido de trabajadores, por haber ejercido los derechos reconocidos en dicha norma comunitaria.

En todo caso, y en relación con las medidas que se adopten en el sentido del art. 18, la Directiva marca algunas pautas de necesaria observancia por los Estados, como que los trabajadores que consideren que han sido despedidos, o que han sido objeto de medidas con efecto equivalente, por ejercer los derechos de la Directiva, puedan solicitar al empleador que proporcione las causas debidamente fundamentadas del despido o de las referidas medidas que se aplicaron; o la formulación de una suerte de inversión de la carga probatoria, que recaerá sobre el empresario, cuando el trabajador pruebe unos hechos que permitan presuponer que ha tenido lugar el despido o la adopción de las mencionadas medidas equivalentes –y por lo tanto el empresario deberá demostrar que no ha habido despido o perjuicio equivalente–[47].

Complementariamente, y con independencia del régimen sancionador que establezcan los Estados, en razón de las infracciones que pudieran producirse en

[46] Téngase en cuenta, sin embargo, que el art. 5.2 contempla el que los Estados podrán disponer que la aplicación de las presunciones y mecanismos previstos en el apartado 1 se condicione a la notificación previa al empleador, y al incumplimiento por parte del mismo de la obligación de proporcionar la información que falte a su debido tiempo.

[47] Ahora bien, pese a lo señalado, y a que el art. 18.3 advierta que los Estados miembros podrán imponer un régimen probatorio más favorable a los trabajadores, finalmente relativiza la cuestión de la inversión de la carga de la prueba, cuando señala que aquéllos no estarán obligados

relación con las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de esta Directiva (art.19) –o las disposiciones en vigor de otra naturaleza relativas a los derechos reconocidos la norma comunitaria–, la Directiva muestra especial interés en subrayar que, además de ser obligación de los Estados el garantizar a los trabajadores en este caso el acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial, éstos deberán velar porque los trabajadores tengan derecho a una reparación, cuando se produzca un incumplimiento de los derechos derivados de esta Directiva (art. 16).

3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA: EL ANTEPROYECTO DE LEY DE 2022 POR EL QUE SE MODIFICA EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

3.1. Principales claves del Anteproyecto de Ley

Qué decir del Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva. Lo primero que creo que se debe señalar es que, pese a que España va con retraso en la transposición de la misma, finalmente se ha traducido en norma jurídica, a la fecha en que se ultima este análisis, sólo la segunda parte de dicho anteproyecto, que versa sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158[48]. Una circunstancia que posiblemente tenga que ver con razones de oportunidad política –inminencia de unas elecciones generales, y el interés en poner el acento en el reconocimiento de nuevos derechos de conciliación de la vida familiar y profesional–, aunque tampoco puede desconocerse que la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 constituye una actuación legislativa más compleja, pero en la que también ha podido influir el malestar de los agentes sociales con esta propuesta gubernativa que ha soslayado el que, precisamente por razón de la importancia de las materias abordadas, la reforma debería haber sido debatida y negociada en el ámbito de diálogo social[49].

a aplicar la misma "a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente" –igual que se establece que, salvo disposición en contrario de los Estados miembros, dicha inversión, lo cual resulta absolutamente razonable en este caso, no se aplicará a los procesos penales–.

[48] Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023).

[49] De hecho, el CES en su Dictamen 14/2022, precisamente sobre este Anteproyecto, lo primero que hace es lamentar la presentación del mismo sin que la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 se haya abordado en el marco de diálogo social entre el Gobierno y los interlocutores

En todo caso, y a los efectos que aquí interesa, debe señalarse que, desde una perspectiva material, el Anteproyecto de Ley plantea básicamente una reforma tanto del ET, como del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8.5 ET, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. En el caso del ET las novedades que se plantea son básicamente las siguientes:

a) El reconocimiento, como derecho laboral de los trabajadores (art. 4.2 ET), mediante la adición de una nueva letra h), del "derecho a conocer por escrito los aspectos esenciales de su relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles". La norma, en este sentido, pone especialmente el acento en la previsibilidad de las condiciones, de tal forma que señala que las mismas tendrán dicha condición, "cuando se puedan conocer con carácter efectivo y por escrito, respecto de la totalidad del periodo de prestación de servicios". En todo caso, y como la noción de previsibilidad la Directiva la vincula con el concepto de "patrón de trabajo", no sorprende que el propio Anteproyecto establezca que: "En materia de tiempo de trabajo deberán conocerse, al menos, el número de horas de trabajo, la duración y distribución de la jornada, los periodos de prestación efectiva de servicios y, en su caso, los periodos de actividad" –al tiempo que se precisa que, si estos elementos no pueden ser concretados en todos sus términos, "se habrá de conocer los criterios en virtud de los cuales se objetivan en cada caso"; en definitiva si no pueden ser determinados se deberán indicar los criterios para su determinación–.
b) En línea sobre todo con la previsión del art. 6 de la Directiva, la modificación del art. 8.5, de forma que, en adelante, la obligación de informar por escrito sobre los elementos esenciales de la relación de trabajo se produzca no sólo al inicio de la misma, como ocurría hasta ahora, sino también cuando se produzca cualquier modificación de dichos elementos. No obstante, ésta es una novedad relativa, desde el momento en que nuestra legislación (art. 4.1 del Real Decreto 1659/1998) ya recogía la obligación de informar sobre las referidas modificaciones, de tal manera que lo novedoso es que se trae al texto del ET, un planteamiento que también albergaba ya, en su momento, la Directiva 91/533/CEE –cosa distinta es el plazo para ello, que si debía ser adaptado a la normativa comunitaria–.

Adicionalmente, el Anteproyecto propone la incorporación de un nuevo artículo, el 8 bis, en el que se establece la obligación legal de toda empresa de

sociales, atendiendo a la transcendencia de las materias abordadas, y al hecho de que la UE dio un plazo de tres años para la ejecutar la transposición. Tal vez esta circunstancia también esté en el origen del Dictamen emitido, llamativamente corto en su extensión –aunque también la brevedad del mismo posiblemente está relacionada con escaso tiempo dado al CES para pronunciarse, 15 días, cuestión ésta, por cierto, puesta de manifiesto en el propio Dictamen–.

informar a los trabajadores sobre la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia. Sobre el alcance de esta nueva obligación, la norma legal se remite al posterior desarrollo reglamentario que, dada la complejidad de las materias concernidas, sin duda resulta clave en la concreción de este deber legal[50] –y que se concreta mediante la inclusión en el Anteproyecto de ley de un nuevo art. 2 bis en el Real Decreto 1659/1998, al que luego me referiré–.

b) El régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial, respecto del que se modifican los apartados 4 y 5 del art. 12. En el primer caso para especificar que el registro de la jornada de estos trabajadores debe incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada laboral, al tiempo que subrayar que, no sólo es voluntaria –requiere por tanto la conformidad del trabajador– la conversión planteada por la empresa de un trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial, y viceversa, sino que también debe serlo el incremento o disminución de las horas de trabajo en el contrato a tiempo parcial. En el caso del apartado 5, letras c) y d), el régimen de previsibilidad mínima del trabajo, recogido en el art. 10 de la Directiva, se traduce en: i) la obligación de consignar en el pacto de horas complementarias una indicación de los días y horas de referencia en los que se pueden solicitar los servicios del trabajador a tiempo parcial, de forma que, por fin, se establece la obligación de fijar un parámetro de referencia, en cuanto a las horas y días en que se debería ejecutar el trabajo a tiempo parcial, que no existía hasta la fecha; ii) el reconocimiento del derecho del trabajador a conservar, en todo caso, la retribución correspondiente, cuando se produzca la cancelación total o parcial por la empresa de la realización de las referidas horas complementarias sin observar el preaviso mínimo de tres días, en cuanto al conocimiento anticipado del día y hora de realización de las horas complementarias pactadas –así resuelve el derecho a una indemnización reconocido por la Directiva en estos casos–[51].

c) La modificación del régimen del periodo de prueba, apartado 1 del art. 14 ET. La novedad fundamental en este caso reside en el tratamiento del mismo, por lo que respecta a los contratos de trabajo temporales, de forma que, en adelante, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes si el contrato es concertado por un periodo igual o superior a seis meses, en tanto para contratos de duración inferior a dicho periodo se deberá reducir en la misma

[50] No obstante, y a diferencia de las condiciones esenciales de la relación laboral, respecto de las que se establece la obligación de informar por escrito, en este caso la norma refiere que "la información deberá trasladarse de forma transparente, en un formato estructurado y de uso común". El problema es que, a la vista del tenor normativo del art. 2 bis del Real Decreto 1659/1998 nada se dice sobre el formato en que se puede, o debe, facilitar esta información.

[51] Reforma que, además, se ha aprovechado para eliminar la posibilidad de, por convenio colectivo, pueda establecerse un preaviso de menos de tres días –téngase en cuenta que esta modificación no viene exigida por la Directiva–.

proporción. En todo caso, el Anteproyecto de Ley establece que los contratos de duración inferior a 7 días no podrán contemplar el establecimiento de un periodo de prueba[52].

d) El pluriempleo. A efectos de trasponer el art. 9 de la Directiva se modifica el art. 21 ET, apartado 1, reconociéndose el derecho del trabajador a prestar servicios al mismo tiempo para otra empresa distinta de aquélla con la que tiene contrato de trabajo en vigor, con la excepción de la concurrencia de una causa objetiva y justificada vinculada con la adecuada prestación de servicios en la empresa, o la existencia de un pacto de plena dedicación, o la apreciación de una situación de concurrencia desleal. Al mismo tiempo, se específica que el trabajador no podrá sufrir, en ningún caso, un trato desfavorable por razón de su pluriempleo.

e) La transición a otras formas de empleo, atendiendo a lo establecido por el art. 12 de la Directiva (UE) 2019/1152. Para ello, se plantea la introducción de un nuevo art. 21 bis, donde atendiendo a lo establecido por la norma comunitaria, se reconoce el derecho de los trabajadores, con al menos seis meses de antigüedad en la empresa, a solicitar en la misma puestos de trabajo vacantes, bien a tiempo completo, que tengan una mayor jornada, sean de carácter indefinido, o "reúnan condiciones de mayor previsibilidad o estabilidad en el empleo" –conceptos estos últimos que, al no estar concretados en sus términos– tampoco en la Directiva –sin duda darán más de un problema, por cierto–.[53] En relación con este derecho, el nuevo precepto estatutario establece, a su vez, que la empresa estará obligada a dar al trabajador, por escrito, y de manera motivada, una respuesta en el plazo de quince días[54], o en el que se establezca por convenio colectivo –pero que no podrá superar el mes–[55].

[52] Desaparece con ello la diferenciación entre trabajadores titulados y no titulados, en línea con el planteamiento general de la Directiva comunitaria, si bien en este caso la propuesta española se ha abstenido de acogerse a la excepción prevista en el art. 8.3 de la norma comunitaria, que admite el que los Estados miembros puedan contemplar, con carácter excepcional, unos periodos de prueba de mayor duración en los casos en que ello esté justificado por la naturaleza del empleo o sea del interés del trabajador.

[53] En el Anteproyecto, por cierto, se advierte que este derecho se reconoce sin perjuicio del derecho de los trabajadores, ya reconocido, a solicitar la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en a tiempo parcial y viceversa (art. 12.4 e) ET), o a acceder a puestos permanentes, en los términos establecidos en el art. 15.7 ET. La cuestión es que, de alguna manera, el art. 21 bis ET resultaría redundante, aunque no se quiera, tal y como está redactado, respecto de los derechos reconocidos en los otros preceptos del ET.

[54] Acortando con ello el plazo general establecido por la Directiva, y que en este caso es de un mes.

[55] De la transposición del art. 12 de la Directiva (UE) 2019/1152 llaman la atención ciertos aspectos ausentes de la propuesta legislativa española. Alguno tiene un carácter menor – como la referencia a la superación del periodo de prueba, en caso de exigirse –no parece razonable que se tenga que atender una solicitud de transición a un empleo más previsible y seguro si aquel

Por lo que respecta al Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, las modificaciones vienen aconsejadas por la necesidad de ajustar dicha norma reglamentaria, dictada en desarrollo del art. 8 ET, a los nuevos planteamientos de la Directiva (UE) 2019/1152 en materia de transparencia, entiéndase información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. En concreto, las modificaciones inciden sobre los siguientes aspectos:

f) El establecimiento de la obligación de las empresas de informar sobre los elementos esenciales de la relación laboral, tanto al inicio de la misma, como cuando se produzca cualquier modificación, en cumplimiento de lo establecido por la Directiva comunitaria. A tales efectos, el Anteproyecto manifiesta su preferencia porque la información se facilite por escrito, si bien en un momento determinado, introduce en el art. 5 del Reglamento una referencia a que "toda información debe trasladarse de forma transparente, en un formato estructurado y de uso común", que abre la puerta a que la información no necesariamente sea en papel[56]. Igualmente, y en correspondencia con lo establecido por la Directiva, el Anteproyecto reforma el art. 6 del Reglamento para establecer que la información general deberá ser facilitada por la empresa, si no se ha proporcionado previamente, entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural –aunque alguna información menos relevante, y la que tiene que ver con los sistemas automatizados de tomas de decisiones, de seguimiento o de vigilancia, podrá proporcionarse en un plazo de un mes desde el primer día de trabajo[57]–.

no se ha superado–, pero otros si tienen mayor significación. Este es el caso, por ejemplo, de la previsión comunitaria que habilita a los Estados miembros a limitar la frecuencia de las solicitudes que pueda realizar, en este sentido, el trabajador; España no lo hace, y por tanto se puede estimar que las solicitudes no van a estar limitadas por consideraciones temporales. O el establecimiento de un régimen específico para el caso de que el empleador sea una persona física, o se trate de una microempresa o una pequeña y mediana empresa –en el caso español la gran mayoría, por cierto–: España descarta esta posibilidad, y no contempla en estos caso, como hace la norma comunitaria, que los empresarios en estos casos puedan contestar hasta en un máximo de tres meses, o permitir una respuesta oral cuando la situación del trabajador no hubiera cambiado respecto de una solicitud anterior realizada.

[56] En todo caso, el Anteproyecto de ley incorpora al Reglamento una Disposición Adicional Segunda, en la que se establece que el Servicio Público de Empleo Estatal deberá poner a disposición de empresas y trabajadores un modelo de documento informativo que recoja los contenidos sobre los que aquellas deben informar, de manera que el mismo será accesible a través de su sitio web oficial y por otros medios adecuados.

[57] Adicionalmente, se establecen otros plazos para supuestos específicos: i) en el caso del trabajador preste servicios en el extranjero, antes de su partida al extranjero; ii) si la información se refiere a la modificación de las condiciones de trabajo, lo antes posible, y a más tardar en el día en que el cambio surta efecto; iii) y, si la relación laboral se extinguiera antes del transcurso de los plazos indicados, la información se debe facilitar antes de la fecha de extinción del contrato de trabajo.

g) La incorporación como contenidos mínimos informativos –obligados, por tanto– de los siguientes aspectos[58]:

   a) La fecha de finalización de la relación laboral temporal –ya estaba previsto en su caso informar sobre la duración previsible de la misma–.

   b) La indicación separada de la cuantía del salario base y los complementos salariales, así como el método de pago.

   c) La distribución de la jornada ordinaria de trabajo, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su retribución, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turnos de trabajo.

   d) Las instituciones de Seguridad Social que reciben las cotizaciones sociales derivas de la relación laboral, cuando la empresa sea responsable de la obligación de cotizar, así como cualquier mejora de la acción protectora de la Seguridad Social ofrecida por la misma.

   e) El procedimiento y requisitos formales del preaviso en el supuesto de extinción del contrato de trabajo.

   f) La duración y condiciones del periodo de prueba, cuando se hubiera pactado.

   g) El derecho a la formación proporcionada por el empleador –una referencia por cierto tal vez demasiado críptica–.

   h) Cuando la "pauta de trabajo" –hubiera sido mejor utilizar la terminología propia de la Directiva, "patrón de trabajo"– no admita una determinación concreta del tiempo de prestación de servicios: i) el tiempo de trabajo garantizado y la retribución del trabajo realizado fuera del mismo, así como, cuando proceda, el principio de que el calendario de trabajo es variable; ii) las horas y días de referencia en los que la empresa puede exigir la prestación de servicios; iii) el periodo mínimo de preaviso antes del comienzo de la tarea, así como, en su caso, el plazo para la cancelación de la misma, establecidos legal o convencionalmente.

   i) En el caso de los trabajadores fijos-discontinuos, cuando proceda, indicación de que los periodos de actividad están indeterminados.

   j) La identidad de la empresa usuaria, en el caso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal.

[58] No obstante, y tal y como actualmente recoge el art. 2.3, el planteamiento del Anteproyecto es que, respecto de la mayoría de los contenidos informativos de nueva incorporación –la excepción serían contenidos como la cuantía del salario y los complementos salariales, el derecho a formación, la pauta de trabajo indeterminada, y la identidad de la empresa usuaria–, la obligación de información pueda salvarse mediante la remisión a las disposiciones legales o reglamentarias, o a los convenios colectivos de aplicación que regulen dichos extremos, siempre que dicha referencia sea precisa y concreta para permitir al trabajador la información correspondiente.

k) La obligación de información, con carácter adicional, en los casos de utilización de los sistemas automatizados de tomas de decisiones, de seguimiento o de vigilancia –para lo que se propone la incorporación de un nuevo art. 2 bis, en desarrollo reglamentario del nuevo art.– de: i) Los aspectos de la relación laboral sobre los que inciden; ii) Los objetivos que se persiguen con su utilización; iii) Funcionamiento y lógica que siguen; iv) Categorías de datos y los parámetros utilizados para programarlos o educarlos, incluidos los mecanismos de valoración de la prestación de servicios; v) Medidas de control previstas respecto de las decisiones automatizadas, los procedimientos de corrección y el responsable de la gestión de la calidad; vi) Nivel de precisión, resistencia y ciberseguridad, y las métricas utilizadas para medir esos parámetros, así como los impactos potencialmente discriminatorios de las propias métricas.

   En relación con estos contenidos parece claro que, con independencia de la regulación reglamentaria, que pese a la complejidad de la cuestión no es precisamente prolija, la experiencia práctica –las mejores prácticas–, y la posterior negociación colectiva algo tendrán que decir al respecto, sino se quiere que éste sea un punto de constante fricción, cuando no de conflicto.

l) La facilitación de información adicional al trabajador cuando el mismo preste servicios en el extranjero[59] –siempre que la duración del trabajo en el extranjero rebase los cuatro años–, para lo cual se reforma el art. 3 del Reglamento, en concreto aspectos como el país o países en que se trabajará, y la duración del trabajo; la moneda de pago del salario, las retribuciones en dinero o en especie, así como las ventajas vinculadas a la circunstancia de la prestación de servicios en el extranjero; las condiciones de repatriación del trabajador, y si está prevista.

3.2. Balance de la transposición propuesta

¿Qué opinión merece la propuesta de transposición que alberga el Anteproyecto de Ley?[60].

[59] Si el trabajador se desplaza al territorio de los Estados miembros o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el marco de una prestación de servicios transnacional, el Anteproyecto contempla que se deberá informar al trabajador sobre las retribuciones a las que tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida, toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención, así como el enlace al sitio web oficial único a escala nacional en materia de desplazamiento desarrollado por el Estado o Estados de acogida.

[60] Desde que se conoció el tenor de la Directiva (UE) 2019/1152 la doctrina española ha venido reflexionando sobre los ajustes que requeriría la legislación vigente para ajustar la misma al criterio comunitario, lo cual también habla de las expectativas generadas por aquella. Véase

Para formarse una opinión en este caso, creo importante que evaluemos algunos de los aspectos más significativos de la misma. Así, y en primer lugar, podríamos fijarnos en el tratamiento que la norma española hace del ámbito subjetivo de aplicación de la nueva normativa[61]. Y ello porque, como se ha señalado ya, tanto el art. 1.3 de la Directiva (UE) 2019/1152, como el art. 1.6 de la misma, contemplan, en el primer caso el que los Estados miembros puedan excluir del ámbito de aplicación de las obligaciones que se derivan de la norma comunitaria a los trabajadores con una relación laboral con una media, igual o inferior a tres horas semanales, en un periodo de referencia de cuatro semanas consecutivas, en tanto en el segundo caso posibilita a aquellos, mediando razones objetivas, y como ya se ha mencionado antes, excluir de las disposiciones contenidas en el Capítulo III de la Directiva a los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, fiscales, investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad.

Sobre la posibilidad contemplada por el referido art. 1.3 de la Directiva, no puedo por menos que realizar un comentario sobre la peculiar forma en que el Anteproyecto delimita los contratos afectados por los derechos y obligaciones que se deducen de la Directiva (UE) 2019/1152, y en concreto la desaparición en el ET de la referencia a que los contratos respecto de los que los empresarios registrarán obligaciones informativas son aquellos de duración superior a cuatro semanas. Desde el momento en que esta mención desaparezca del tenor del art. 8.5 ET, es claro que el empresario deberá informar en todo caso a los trabajadores, con independencia de la duración del contrato, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que los mismos no figuren en el contrato formalizado por escrito. Y en este sentido habrá que considerar también que este derecho asistirá incluso a los trabajadores con contratos de media inferior a tres horas semanales –en el Anteproyecto de Ley se opta por no ejercer la excepción en la transposición de estos trabajadores que contempla la Directiva (UE) 2019/1152, lo cual me merece una opinión positiva–. La cuestión es, sin embargo, que considero que hubiera sido más idóneo explicitar

a estos efectos, por ejemplo, las consideraciones realizadas por: Sala Franco, T., "La directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en ordenamiento laboral español", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022, p. 37 y ss; Mercader Uguina, J.R., "Los "tiempos" de la Directiva (UE) 2019/1152…", op. cit., p. 19 y ss; Canalda Criado, S., "La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes…", op. cit., p. 180 y ss.

[61] No es el caso, sin embargo, de la exclusión de la gente de mar y de los pescadores, en los términos establecidos en el art. 1.8 de la Directiva (UE) 2019/1152, respecto de la que el Anteproyecto no se pronuncia en sentido alguno.

que el derecho a la información asiste a todos los trabajadores con independencia de la duración de su contrato[62].

En cuanto a la exclusión que el art. 1.6, hay que tener en cuenta que, *de facto*, el proyecto de transposición opera una exclusión de las personas en régimen funcionarial y estatutario, desde el momento en que el Anteproyecto reforma el ET y el Real Decreto 1659/1998, normas que no son de aplicación a dichos colectivos. Otra cuestión es que se trata de una excepción no argumentada, y que además, de cara a una posterior tramitación legislativa, debería tener en cuenta, al menos a efectos de su reconsideración, la solicitud realizada por el CES –en definitiva los interlocutores sociales–, en su Dictamen 14/2022 sobre el Anteproyecto de Ley[63], en el sentido de que al personal funcionarial y estatutario se les reconozca el derecho a ser informados "sobre los elementos esenciales de su relación profesional en términos equiparables a los establecidos por el Anteproyecto" en relación con los trabajadores.

Por lo que se refiere a los penados sujetos a relación laboral especial en las instituciones penitenciarias –también los menores internos–, me permito recordar que en ciertos ámbitos se habían generado algunas expectativas en torno a inclusión de estos colectivos en el ámbito de aplicación de la normativa de transposición[64]. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley reafirma su exclusión del ámbito de aplicación del Real Decreto 1659/1998[65].

Tampoco se ha planteado, por otra parte, modificación alguna de disposiciones normativas como el art. 42 ET (subcontratación), o los arts. 9 y 17 de la Ley

[62] En sentido parecido, manifestando que la transposición sería una oportunidad para explicitar la aplicación del nuevo régimen a todos los contratos de trabajo, incluidos los que no alcancen el umbral mínimo de tres horas, se ha expresado García Romero, B., "Predictibilidad de las condiciones de trabajo. Directiva 2019/1152", AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, p. 1880.

[63] Y que puede consultarse en: https://www.ces.es/documents/10180/5275470/Dic142022.pdf

[64] Para Canalda Criado, S., "La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes…", op. cit., p. 181, resultaba claro que, con la Directiva en la mano, relaciones laborales especiales como la de los penados, que con anterioridad a la Directiva 2019/1152 estaban excluidas de la aplicación del régimen del Real Decreto 1659/1998, deberían registrar modificaciones en su normativa reguladora para beneficiarse de la Directiva de 2019, atendiendo a que, a la vista del tenor de la norma comunitaria, su aplicación debe garantizarse para todos los trabajadores.

[65] Posiblemente en este caso ha pesado, como en el pasado, la percepción de que los trabajos realizados por los penados tradicionalmente han estado muy reglamentados (vid. García Murcia, J., y Martínez Moreno, C., *Los derechos de información…*, op. cit., p. 45).

No obstante, debe dejarse constancia de la inclusión de los artistas en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/1152, en este caso no por obra del Anteproyecto de Ley analizado, sino por una norma anterior, el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector, y que modificó, entre otras normas, el art. 3 del Real

14/1994, reguladora de las ETT[66]. Ello, en última instancia, implica que el legislador español renuncia, al menos por el momento, a que la asunción de las obligaciones informativas referidas pueda recaer sobre más de un sujeto, no ejerciendo, por tanto, la opción prevista en el art. 1.5 de la Directiva, y con ello un tratamiento específico de las relaciones de trabajo triangulares.

En segundo lugar, y por lo que respecta a las medidas en favor de una mayor transparencia contractual, la transposición realizada resulta respetuosa en términos generales con el régimen contenido en la Directiva (UE) 2019/1152, lo cual por otra parte es lo esperado. Ello es así, tanto en el caso de los contenidos mínimos que deben integrar la información que, con carácter general, deben facilitar los empresarios –cuestión por cierto abordada en el art. 2 del Real Decreto 1659/1998–[67], como por lo que respecta a los plazos a observar a la hora de ejecutar las obligaciones informativas. También cuando se aborda la facilitación de información adicional en el caso de los trabajadores que presten servicios en el extranjero.

No obstante, algunos de las materias traspuestas merecen algún comentario adicional, como es el caso de:

Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, de tal manera que, en adelante, cualquiera que sea la duración de la relación laboral, la empresa debe informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato formalizado por escrito, al tiempo que se precisa que, en lo no previsto por este artículo, se estará a lo dispuesto al art. 8 ET.

Igual circunstancia cabe reseñar respecto del personal al servicio del hogar familiar donde, pese a la opción planteada por la Directiva (UE) 2019/1152, de que dicho colectivo, por decisión de los Estados miembros, puedan ver exceptuada la aplicación de ciertas obligaciones derivadas de la norma comunitaria – en materia de transición a otras formas de empleo (art. 12), formación obligatoria (art. 13), y presunciones legales (art. 15 apartado 1 a) -, finalmente el legislador español, mediante el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, ha operado una modificación del art. 5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, por el que, en adelante, y con independencia de la duración del contrato de trabajo, el trabajador deberá recibir información sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, sino figuran en el contrato formalizado por escrito, conforme a los términos establecidos en el Real Decreto 1659/1998, sin realizar salvedad alguna en los términos antes referidos.

[66] Como planteaba, en cuanto opción legislativa legítima, Canalda Criado, S., "La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes…", op. cit., p. 181.

[67] Opinión distinta parece tener Bajo García, I., "Una mirada europea (y su reflejo en el ordenamiento español) a las iniciativas empresariales vinculada al trabajo digno e inclusivo: entre la voluntariedad y el reporte obligatorio", *Trabajo y Derecho*, núm. 17, 2023, p. 12, para quien el Anteproyecto de Ley no especifica "en qué se concreta el derecho de las personas trabajadoras a conocer los aspectos esenciales de la relación laboral, lo que no impide, en mi opinión, que pueda considerarse realizada una remisión implícita al listado previsto en la Directiva, en el que se encuentra aquél".

a) La previsibilidad mínima del trabajo (art. 10 Directiva (UE) 2019/1152), y el tratamiento del patrón de trabajo –la "pauta de trabajo" que refiere el Anteproyecto de Ley–, cuando el mismo resulta total o mayoritariamente imprevisible. Sobre este aspecto lo primero que hay que señalar es que, si bien la transposición se apega bastante al dictado de la Directiva, sí se echa en falta el que en la norma encuentre eco un aspecto que recoge el Considerando 21 de la norma comunitaria, y que no hubiera estado demás que se hubiera explicitado, como es el hecho de que, cuando no se pueda fijar un calendario de trabajo fijo, debido a la naturaleza del empleo, "(…) el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el periodo de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de su tarea".

   Adicionalmente, y esto es una cuestión advertida por el propio CES en su Dictamen, la inexistencia de una definición de lo que es un patrón o pauta de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, que por cierto es una carencia también apreciada en la Directiva, es un aspecto que, si no se mejora, puede generar inseguridad jurídica, y ser una fuente de conflictos a la hora de aplicar la normativa referida a determinadas relaciones de trabajo[68]. De la misma manera que también se echa en falta, y este es un aspecto también objetado por el CES en su Dictamen, una referencia específica al régimen del contrato de trabajo fijo-discontinuo (art. 16 ET), explicitando que, en este caso, dicha modalidad no ampara relaciones laborales con pautas de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles, y ello con independencia de que los periodos de trabajo puedan ser indeterminados.

   Por otra parte, y si bien el Anteproyecto de Ley no acomete la transposición de las medidas complementarias para los contratos a demanda (art. 11 Directiva (UE) 2019/1152), pues el Gobierno es renuente a admitir la existencia en España de contratos a demanda o llamada –y ello a pesar de que, por ejemplo, en la práctica ciertos contratos a tiempo parcial, con un número significativo de horas complementarias, puedan tener un comportamiento como tal–, algún comentario también merece la reforma del régimen del trabajo a tiempo parcial con base en lo establecido en el art. 10 de la Directiva (UE) 2019/1152, sobre previsibilidad mínima del trabajo[69]. Pues bien, en este caso cabe señalar que la reforma del art 12 ET, por lo que

[68] Resulta en este sentido muy ilustrativo que el CES refiera que: "Si el prelegislador considera que la no inclusión de esta definición se sustenta en que en nuestro ordenamiento laboral no existen patrones de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles sería aconsejable que el Anteproyecto sometido a dictamen lo aclarase a fin de evitar dudas interpretativas que pueden dar lugar a un margen para la inseguridad jurídica en la futura aplicación de la norma".

[69] Téngase en cuenta, por otra parte, que el régimen de la distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET) andaba necesitado, a su vez, de una reforma para concordar el mismo con

respecta al tratamiento jurídico de las horas complementarias, se caracteriza por trasladar al mismo las exigencias establecidas por el referido art. 10 para el caso de que el trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible. Dado que la propia ley española establece que el número de horas complementarias no podrá exceder del treinta por ciento de las horas ordinarias del trabajo objeto del contrato –en casos excepcionales no más del sesenta por ciento–, personalmente no tengo muy claro que sea razonable la aplicación en todo caso del referido régimen de la Directiva cuando el trabajo difícilmente pueda calificarse de mayoritariamente imprevisible –por ejemplo si el número de horas complementarias a realizar es muy pequeño y el trabajo a tiempo parcial tiene una distribución bastante regular en el tiempo–. De nuevo, este aspecto pone de manifiesto la importancia, y utilidad, de una definición de los que es un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible.

En todo caso, y por lo que respecta al conocimiento anticipado de las horas complementarias a realizar, conviene señalar que, en tanto el Anteproyecto fija un preaviso, en este caso de mínimo tres días, en concordancia con lo establecido por la Directiva, a la hora de fijar la indemnización que debería corresponderle al trabajador si el empresario cancela la tarea asignada, sin comunicar esta decisión con una antelación razonable (tres días), la norma española opta por reconocer a aquél el derecho a la retribución correspondiente a las mismas. Teniendo en cuenta que la norma comunitaria menciona que a lo que debería tener derecho el trabajador en estos casos es a una indemnización, se puede concluir que la forma en que resuelve la cuestión la propuesta española es posiblemente la más favorable para los intereses de los trabajadores en estos casos.

b) La obligación legal de informar, cuando fuera el caso, sobre la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia. En este caso no se trata de una cuestión que debiera ser traspuesta si atendemos al tenor de la Directiva, que no la aborda. No obstante, resulta claro que esta obligación informativa complementa la obligación de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral que registran las empresas tras la modificación del art. 64 por Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, de garantía de los derechos de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. La cuestión es que, pese al mayor detalle de la información a facilitar, que contiene el art. 2 bis del Real Decreto 1659/1998, episodios como la Guía práctica emitida por el Ministerio de Trabajo, sobre información algorítmica en el ámbito laboral, que intentan

lo establecido en el art. 10 de la Directiva (UE) 2019/1152. Esta modificación legislativa estaba prevista en el Anteproyecto de Ley, pero no en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva (UE) 2019/1152, sino atendiendo a lo establecido en el art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158. El hecho es que, finalmente, dicha modificación no se ha incorporado al Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que traspone, entre otras, esta última Directiva.

concretar la forma en que puede cumplirse con la obligación informativa establecida en el art. 64 ET, constituye un antecedente de lo que en este caso puede ocurrir también, pues los contenidos informativos concretados en el referido art. 2 bis no terminan de despejar las dudas existentes en relación con el adecuado cumplimiento de esta obligación legal.

En tercer, y por lo que se refiere a la contención de la precariedad laboral, también en este caso habría que referir la existencia de una propuesta de transposición que es acorde, con carácter general, con los planteamientos de la Directiva, siendo ejemplo de ello el modo en que se reforma el art. 21 ET, donde la novedad principal, en su caso, es que, por vez primera, se explicita en esta norma la prohibición de que las empresas obstaculicen o impidan a los trabajadores prestar servicios para otras empresas, cuando no aplicar un trato desfavorable a éstos por razón de ello[70].

Sin embargo, cuando de la transposición del art.12 de la Directiva se trata (transición a otras formas de empleo), sí hay que destacar la decisión gubernativa de plantear un acortamiento de los plazos en los que las empresas deben dar respuesta a la solicitud de los trabajadores de acceder a un empleo más accesible, en el bien entendido de que ello favorece el interés del trabajador. Y por ello, el plazo para contestar se reduce a quince días; sólo, si así lo previera el convenio colectivo, se podría ampliar a un mes; se renuncia a la posibilidad ofrecida por la norma comunitaria de que, en el caso de microempresas, y pequeñas y medianas empresas –la economía española es un reflejo de ello– el plazo de contestación se pueda ampliar hasta los tres meses; al tiempo que se exige que todas las repuestas de la empresa sean por escrito –en la Directiva en algún caso se permite una contestación verbal–, y el Gobierno ha decidido no acogerse a la posibilidad contemplada en la Directiva comunitaria de limitar la frecuencia de las solicitudes.

En cuanto al régimen del periodo de prueba, una de las cuestiones que se consideran centrales en la contención de la precariedad en el empleo, hay que señalar que la transposición planteada es respetuosa con la formulación realizada por la Directiva en ese caso. No obstante, sí conviene advertir que la propuesta de transposición mantiene la tradicional distinción española entre técnicos titulados y los que no lo son –lo cual no es contrario al art. 8 de la Directiva–, y que, en el caso de los contratos de menor duración, aquellos inferiores a 7 días, la norma española directamente prohíbe le establecimiento de un periodo de prueba –cuando la Directiva lo que sostiene con carácter general es que el criterio a seguir es el de la proporcionalidad en función de la duración del contrato; no descarta, por tanto,

[70] Por lo demás, y como ha referido García Romero, B., "Predictibilidad de las condiciones…", op. cit., p. 1892, los pactos de no concurrencia y de plena de dedicación que perviven en el art. 21.1 ET encajan con las restricciones permitidas por la Directiva en esta materia.

el que en relación con esos pequeños contratos no se pueda establecer un periodo de prueba proporcional–.

Asimismo, reconociéndose por el Anteproyecto de Ley la funcionalidad de la negociación colectiva en esta materia, en el sentido de poder establecer periodos de prueba ajustados a la realidad regulada por el correspondiente convenio colectivo, la propuesta gubernativa es tajante en el sentido de que, en todo caso, el periodo habrá de respetar los límites establecidos en dicho Anteproyecto. De hecho, el interés gubernativo porque no puedan existir periodos de prueba superiores a seis meses –lo cual redunda favorablemente en una mayor estabilidad de la relación de trabajo– ha llevado al Gobierno a descartar el que excepcionalmente sea posible el establecimiento de periodos de prueba de mayor duración, cuando ello pudiera estar justificado por "la naturaleza del empleo o sea en interés del trabador" (art. 8.3 Directiva (UE) 2019/1152) [71].

En cuarto, qué decir de las garantías jurídicas y su plasmación en el Anteproyecto de Ley. Pues lo primero que habría que señalar es que es posiblemente el Capítulo V de la Directiva en que menor reflejo ha tenido en el Anteproyecto de Ley, por lo que no hay que descartar que, en su tramitación posterior, se produzcan adiciones al texto normativo. Es cierto que el Anteproyecto contempla la modificación tanto de los arts. 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, modificaciones que responden todas ellas a las planteadas en relación con los arts. 53.4 y 55.5 ET, pero finalmente todas ellas responden a las necesidades de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, y no a la Directiva (UE) 2019/1152. Y lo mismo cabe decir de la previsible modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, inexistente en dicho Anteproyecto, pero que es esperable que se formalice posteriormente para, desde la perspectiva de Derecho Administrativo sancionador, tipificar y sancionar conductas como la vulneración de los derechos reconocidos en la Directiva o la falta de contestación del empleador a una solicitud del trabajador de un empleo más estable, por poner dos ejemplos.

Por último, dejo para el final una cuestión no abordada hasta el momento, y que tiene que ver con el papel otorgado por la Directiva (UE) 2019/1152 a la negociación colectiva. Siendo la Directiva una norma de mínimos, parece claro que en el futuro la negociación colectiva podría superar el marco establecido en la misma. Sin embargo, en este momento me interesa destacar otro aspecto. Más concretamente, el art. 14 de la norma comunitaria establece que los Estados miembros podrán permitir a los interlocutores sociales negociar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección general de los trabajadores,

[71] En la misma línea, de consideración de los seis meses de duración del periodo de prueba como límite absoluto, hay que situar la decisión gubernativa de no trasladar a la normativa española el criterio establecido en la Directiva en el sentido de que el periodo de prueba pueda prorrogarse de forma correspondiente cuando el trabajador haya estado ausente durante dicho periodo (art. 8.3 Directiva (UE) 2019/1152.

establezcan disposiciones relativas a las condiciones laborales de los trabajadores distintas de las contempladas en los arts. 8 ("Duración máxima de los periodos de prueba"), 9 ("Empleo paralelo"), 10 ("Previsibilidad mínima del trabajo"), 11 ("Medidas complementarias para los contratos a demanda"), 12 ("Transición a otro empleo"), y 13 ("Formación obligatoria"). Esta posibilidad jurídica supone una relativización, en última instancia, del régimen contenido en el Capítulo III de la Directiva comunitaria, y la posibilidad de establecer un diseño jurídico alternativo al propuesto por la norma comunitaria. Pues bien, el Anteproyecto de Ley descarta en todo caso que la negociación colectiva en España pueda desarrollar este modelo de cumplimiento de la Directiva comunitaria, cómo, pues no albergando referencia alguna a esta posibilidad.

4. REFLEXIÓN FINAL

No hace tanto el profesor Sala Franco calificó la obligación empresarial de información a los trabajadores como una suerte de obligación empresarial "olvidada"[72], apuntando como evidencia de ello "la casi total ausencia de reclamaciones en este sentido y la falta de una clara conciencia en todas las partes implicadas de su importancia". Desde luego, la aprobación de una nueva Directiva en 2019, en sustitución de la de 1991, nos habla de la existencia de una normativa comunitaria superada por la realidad del mercado de trabajo, y que los informes realizados en el ámbito comunitario, al final de su vida útil, pusieron de manifiesto.

Pero también, y como en su momento se dijo de la Directiva de 1991, de la de 2019 también entiendo que se puede referir que tiene más virtualidad de lo que a primera vista pudiera parecer. Si de aquella se dijo que lo que caracterizaba a la misma era el establecimiento de "obligaciones de tipo formal o procedimental, pero muy apegadas a los términos del contrato y a las condiciones de ejecución de la prestación laboral" [73], de la Directiva más reciente se puede predicar que, con las objeciones que se puedan realizar, y he realizado, perfecciona dichas obligaciones formales, al tiempo que profundiza en el reconocimiento de nuevos derechos, que deben favorecer una mayor transparencia de las relaciones de trabajo, y contribuir a combatir la precarización del empleo.

En todo caso, visto el lamento de las organizaciones sociales, en relación con el no sometimiento al ámbito del diálogo social de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, es razonable esperar, o al menos sería deseable, que, una vez superado el periodo electoral de principios de verano, se reconduzca la tramitación del Anteproyecto de Ley a dicho ámbito, para que la transposición de una cuestión que entiendo importante para el futuro a medio plazo de las relaciones de trabajo

[72] Sala Franco, T., "La directiva (UE) 2019/1152…", op. cit., p. 37.

[73] García Murcia, J., y Martínez Moreno, C., *Los derechos de información…*, op. cit., p. 12.

en nuestro país, y para la traducción en realidades tangibles del PEDS, sea fruto del consenso. Una transposición que, por lo visto hasta el momento, evidencia una voluntad de otorgar al trabajador un alto nivel de garantías y derechos si se tienen en cuenta las posibilidades que ofrece la Directiva.

El tiempo dirá hasta qué punto esta nueva disposición jurídica que es la Directiva (UE) 2019/1152 ha contribuido, o no, a consolidar y convertir en una realidad jurídica los planteamientos albergados en el referido Pilar, sobre todo sus principios 5 y 7. Mientras tanto, creo que también sería importante no olvidar la reflexión jurídica realizada en su momento por algunos juristas que, hace ya un tiempo, subrayaron que tanto el PEDS, como sus concreciones, caso de la presente Directiva, constituyen la última expresión de una política jurídica de "garantismo jurídico débil", desde el momento en que, pese a lo que se diga, la constitución económica en el ámbito de la Unión Europea continúa imponiéndose a la constitución social[74]. Se ha huido en este sentido de la adopción de mecanismos más reforzados en términos jurídicos, y por supuesto de una constitucionalización social garantista de los derechos de los trabajadores, pero de alguna manera también hay que reconocer que esta Directiva da pasos ciertos en la línea de promover una mayor transparencia y previsibilidad de las relaciones de trabajo, y todo ello en forma adaptada a las nuevas realidades del mercado de trabajo.

[74] Monereo Pérez, J.L., y Fernández Bernat, J.A., "La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes…", op. cit., p. 22.

EDUCACIÓN, FORMACIÓN Y APRENDIZAJE PERMANENTE: AGENDA DE CAPACIDADES EUROPEA

Francisco Lozano Lares
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO **Palabras clave:** aprendizaje permanente, capacitación para el empleo, competencias verde y digital

El derecho de toda persona a una educación, formación y aprendizaje permanente es el primer principio del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en cumplimiento del cual fue adoptada la Agenda de Capacidades Europea, que tiene como objetivo afrontar la doble transición, verde y digital, mediante un cambio de paradigma en materia de capacidades para el empleo donde el aprendizaje permanente y el acceso a las oportunidades de capacitación y reciclaje profesional aparecen configurados como los ejes clave para garantizar un crecimiento económico sostenible a largo plazo, la equidad social y la resiliencia de las personas frente a las cambiantes condiciones del mercado de trabajo. Esos objetivos han sido incorporados al ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, que instaura un nuevo sistema de FP orientado a las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida; la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, que considera la formación permanente o a lo largo de toda la vida como una dimensión esencial de la función docente de la Universidad; y la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que se ha ocupado de regular la formación en el trabajo como una de las funciones del sistema nacional de empleo.

ABSTRACT ***Keywords:*** *lifelong learning, training for employment, green and digital competences*

The right of everyone to education, training and lifelong learning is the first principle of the European Pillar of Social Rights, in compliance with which was adopted the European Skills Agenda, which aims to address the double transition, green and digital, through a paradigm shift in terms of skills for employment where lifelong learning and access to training and retraining opportunities are configured as the key axes to ensure long-term sustainable economic growth, social equity and resilience of people in the face of changing labor market conditions. These objectives have been incorporated into the Spanish legal system through Organic Law 3/2022, of 31 March, on the organization and integration of Professional Education, which establishes a new vocational training system oriented towards people's lifelong professional qualification aspirations, the Organic Law 2/2023, of 22 March, on the University System, which considers lifelong learning as an essential dimension of the teaching function of the University, and the Law 3/2023, of 28 February, on Employment, which has regulated on-the-job training as one of the functions of the national employment system.

 Recepción original: 22.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. La cultura del aprendizaje permanente como base axiológica de la agenda de capacidades europeas
2. El pacto social por la capacitación y el reciclaje profesional
3. La identificación de las capacidades más adecuadas para dar respuesta a la doble transición verde y digital
   3.1. Los cuatros ejes de actuación en materia de capacitación para el empleo
   3.2. Las capacidades más adecuadas para abordar la doble transición verde y digital
4. Las herramientas necesarias para la adquisición de capacidades profesionales a lo largo de toda la vida de las personas
5. El reflejo de la agenda de capacidades europea en el ordenamiento jurídico español

1. LA CULTURA DEL APRENDIZAJE PERMANENTE COMO BASE AXIOLÓGICA DE LA AGENDA DE CAPACIDADES EUROPEAS

Una de las cuestiones que más incertidumbre genera en el actual estadio de desarrollo tecnológico es el relativo al tipo de competencias profesionales que demandará la nueva sociedad digital que se está configurando con el acelerado desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación y el uso industrial de la inteligencia artificial. Como se ha puesto de manifiesto en el ámbito de la OIT, el problema de la inadecuación de las competencias es hoy un problema creciente en los mercados laborales de todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, con graves consecuencias para las personas trabajadoras, las empresas y el mundo del trabajo, en general, de ahí que el reciclaje profesional y el perfeccionamiento de las competencias en todas las etapas de la vida sea considerado como una condición previa y un factor de aceleración para que las personas tengan acceso a oportunidades de trabajo decente y para posibilitar una transición fluida al mercado de trabajo y dentro del propio mercado de trabajo[1].

Conviene tener en cuenta, no obstante, aun siendo una preocupación prototípica de la sociedad contemporánea, caracterizada por la incesante sucesión de transformaciones tecnológicas, la necesidad de contar con estructuras o instituciones educativas de aprendizaje permanente ha sido un tema recurrente a lo largo del siglo pasado. De hecho, sin necesidad de remontarnos a antecedentes más remotos, el vigente Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142), ya estableció que todo Estado miembro de la OIT debería ampliar, adaptar y armonizar gradualmente sus sistemas de formación profesional en forma que cubran las necesidades de formación profesional permanente de los jóvenes y de los adultos en todos los sectores de la economía y ramas de actividad económica

[1] OIT. "Configurar las competencias y el aprendizaje permanente para el futuro del trabajo". Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2021, pág. 9.

y a todos los niveles de calificación y de responsabilidad[2]. Posteriormente, en el propio informe oficial donde, en 1999, quedó acuñado el concepto de trabajo decente, se dejó constatado que cada vez resultaba más evidente que el saber y la formación permanente eran la clave para el éxito de las empresas y de las políticas de empleo, que habían de adelantarse a los cambios tecnológicos e institucionales para que los trabajadores pudieran estar en condiciones de ocupar nuevos puestos de trabajo decentes y para que las empresas tuvieran la facultad de crearlos[3]. Desde entonces, el desarrollo de competencias y el aprendizaje permanente han sido considerados en el marco de la OIT como catalizadores tanto del paradigma de trabajo decente como de la productividad y la sostenibilidad, puesto que aumentan el valor y el rendimiento del trabajo, empoderan la vida de los trabajadores y enriquecen a las sociedades. Nada tiene de extraño, por tanto, que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible haya establecido como cuarto ODS la necesidad de garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad, que además promueva oportunidades de aprendizaje permanente para todos.

En el marco de la Unión Europa, esta preocupación a nivel mundial por el aprendizaje permanente tuvo una primera plasmación institucional a través de la *New Skill Agenda for Europe* adoptada por la Comisión en 2016, donde se indicó que si bien las personas necesitaban un amplio conjunto de competencias y habilidades para desarrollar todo su potencial tanto en el trabajo como en la sociedad, resultaba evidente que la adquisición de dichas competencias es un proceso que dura toda la vida, comenzando desde muy joven, de ahí que se propusiera la revisión de las competencias clave para el aprendizaje permanente (*key competences for longlife learning*) adoptando un enfoque especial en la promoción de la mentalidad emprendedora, la innovación y el fomento de experiencias empresariales prácticas. Entre los objetivos básicos de esta revisión del *key competence framework* se encontraba el de identificar adecuadamente cuáles eran las competencias clave para reforzar la resiliencia ante los cambios e innovaciones tecnológicas, fomentando su introducción en los currículos de educación y formación, de forma que se abrieran las puertas a la realización y el desarrollo personal, la inclusión social, la ciudadanía activa y el empleo. Conviene advertir que ya entonces se pedía a los sistemas educativos que formaran a todas las personas en una amplia gama de competencias que incluyeran, entre otras, la alfabetización, la aritmética, las ciencias y el conocimiento de idiomas extranjeros, así como habilidades de carácter transversal como las competencias digitales, el espíritu empresarial, el

[2] Art. 4 del Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142). Vid., *on line*, en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C142.

[3] Somavía, J. "Trabajo decente". Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, págs. 27-28.

pensamiento crítico, la resolución de problemas y la competencia de aprender a aprender[4].

Apenas un año después de la adopción de esa Comunicación de la Comisión Europea solicitando una nueva agenda de capacidades para Europa, la imperiosa necesidad de potenciar el aprendizaje permanente quedaría plenamente refrendada con la inclusión, como primer principio del Pilar Europeo de Derechos Sociales, el derecho de toda persona a "una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral"[5].

En cumplimiento de este primer principio del pilar europeo de derechos sociales, la Comisión acabaría elaborando la *European Skills Agenda for sustainable competitiveness, social fairness and resilience*[6], directamente vinculada al Pacto Verde Europeo[7] y a la nueva Estrategia Digital Europea[8], con la que se pretende hacer frente a la doble transición, verde y digital, mediante un cambio de paradigma en materia de capacidades para el empleo donde el aprendizaje permanente y el acceso a las oportunidades de capacitación y reciclaje profesional aparecen configurados como los ejes clave para garantizar un crecimiento económico sostenible a largo plazo, la equidad social y la resiliencia de las personas frente a las cambiantes condiciones del mercado de trabajo.

Esta nueva agenda de capacidades europea parte de la base de considerar que la transición hacia una economía eficiente en el uso de los recursos, climáticamente

[4] European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a new skills agenda for Europe. Working together to strengthen human capital, employability and competitiveness. Brussels 10.6.2016. COM (2016), pág. 5.

[5] Art. 1 de la Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales (2017/C 428/09), de 13 de diciembre de 2017, del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Vid., en: EUR-Lex - 32017C1213(01) - ES - EUR-Lex (europa.eu).

[6] Comisión Europea. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia. Bruselas, 1.7.2020 COM (2020), pág. 2.

[7] Comisión Europea. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo. Bruselas, 11.12.2019 COM (2019). Vid.: EUR-Lex - 52019DC0640 - ES - EUR-Lex (europa.eu).

[8] La primera Agenda Digital para Europa: 2010-2020, se centró en mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en Europa, mientras que la segunda Agenda Digital para Europa: 2020-2030, se ha volcado en los profundos cambios introducidos por las tecnologías digitales, el papel esencial de los servicios y mercados digitales y las nuevas ambiciones tecnológicas y geopolíticas de la UE. Vid., Ratcliff, C., Martinello, B. y Litos, V. "Una agenda digital para Europa". Fichas técnicas sobre la Unión Europea, Parlamento Europeo, 2023 (Una Agenda Digital para Europa).

neutra, en conjunción con el desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica tendrán un efecto sobre el mercado de trabajo de carácter ambivalente, puesto que por un lado cabe esperar la creación de nuevos puestos de trabajo, mientras que, por otro lado, otros muchos empleos cambiarán o incluso llegarán a desaparecer, especialmente los de baja cualificación profesional. El desafío que esta doble transición representa pretende ser combatido, por tanto, a través de un cambio sin precedentes en los procesos formativos de adquisición de capacidades que ha de basarse en el aprendizaje a lo largo de toda la vida, desde la educación infantil hasta el aprendizaje de adultos, incluso a una edad avanzada. Se pretende convertir así la capacitación para los nuevos puestos de trabajo en un principio rector de la estrategia europea de capacitación y reciclaje profesional, de modo que se acabe creando una cultura del aprendizaje permanente en Europa que contribuya a reforzar la cooperación entre el sistema educativo y la industria e impulse la empleabilidad de las personas trabajadoras en la nueva sociedad digital.

2. EL PACTO SOCIAL POR LA CAPACITACIÓN Y EL RECICLAJE PROFESIONAL

Partiendo de la premisa del aprendizaje permanente, la agenda de capacidades europea descansa sobre tres pilares básicos: a) el pacto por las capacidades; b) la capacitación para el empleo, identificando e impartiendo las competencias clave que demandará el mercado de trabajo del futuro; y c) el desarrollo de herramientas que faciliten a las personas la adquisición de capacidades a lo largo de toda la vida.

En lo que respecta al primer componente básico de la agenda de capacidades, consistente en fomentar la cooperación mediante un pacto europeo por las capacidades, se entiende que, para maximizar el impacto de la necesaria inversión que ha de hacerse en materia de capacitación para el empleo, hay que implicar a todos los agentes interesados, entre los que se incluyen los ministerios, los proveedores de educación y formación, la propia industria, las organizaciones de investigación, los interlocutores sociales, las cámaras de comercio y las agencias de empleo. El objetivo básico del pacto por las capacidades no es otro, por tanto, que el de concentrar los esfuerzos de todas las partes interesadas, ya sean públicas o privadas, en la capacitación y reciclaje profesional de la población activa de Europa para reducir costes y centrarse en las prioridades a la hora de identificar adecuadamente las capacidades necesarias para la doble transición, verde y digital, el desarrollo de esas competencias a través de programas de formación específicos y el apoyo a su implantación ya sea en el lugar de trabajo o a través de la creación de nuevos puestos de trabajo.

A tal fin, en la comunicación de la Comisión que dio vida a la agenda de capacidades europea se pedía a todas las partes interesadas que firmaran una especie de carta (*charter*) en la que se definieran los principios clave que eran

absolutamente esenciales para la capacitación y el reciclaje profesional de la mano de obra, entre los que tendría que estar necesariamente la lucha contra la discriminación y por la igualdad de género y la igualdad de oportunidades. Tras la puesta en marcha del pacto durante la Semana Europea de las Capacidades Profesionales, celebrada en noviembre de 2020, las partes interesadas llegaron al acuerdo de considerar que, además del ya citado principio de igualdad, el pacto tendría que estar sustentado sobre otros tres principios fundamentales: a) la promoción del aprendizaje permanente para todos; b) el desarrollo de alianzas y asociaciones fuertes en materia de competencias; y c) la monitorización de la oferta y demanda de habilidades para poder anticipar las necesidades de capacitación del mercado de trabajo.

Partiendo de esos cuatro principios fundamentales, el pacto por las capacidades también pretendía facilitar la cooperación entre el sector público y el privado, estableciendo asociaciones a gran escala tanto a nivel regional como a través de ecosistemas industriales estratégicos para poder alcanzar así compromisos ambiciosos. Estas asociaciones serían las encargadas de involucrar a todas las partes interesadas, especialmente a las pymes, que son las empresas con mayores dificultades para acceder a las capacidades. Se animaría también a los *partnerships* a poner en común los conocimientos especializados, los recursos formativos y la financiación de las acciones concretas de capacitación y reciclaje profesional que tuvieran como objetivo permitir a las personas la conservación de sus puestos de trabajo o la posibilidad de encontrar otros nuevos.

Inicialmente, dado que la agenda de capacidades europeas fue adoptada en plena pandemia de la COVID-19, el pacto se centró en los ecosistemas industriales más afectados por la crisis sanitaria y por las restricciones y confinamientos que la misma trajo consigo. Fueron considerados así como ámbitos prioritarios de actuación los cuatro siguientes: a) la sanidad, donde era necesario adquirir capacidades en materia de contención de infecciones, protocolos de cuarentena y despliegue de las nuevas tecnologías digitales para mejorar la calidad de la asistencia sanitaria; b) la construcción, que era un sector con dificultades para atraer a personas jóvenes cualificadas y donde la principal brecha de capacidades se encontraba en el diseño, la eficiencia energética y los materiales verdes; c) el sector del automóvil y el transporte, que se enfrentaba a la imperiosa necesidad de invertir en capacidades interpersonales relacionadas con la digitalización, la tecnología verde, como las baterías, y el despliegue de infraestructuras de recarga eléctrica; d) el turismo, que precisaba capacidades en materia de comercialización en línea, reciclaje y gestión de residuos, así como un servicio más sostenible de suministro de agua y energía.

Una vez puesto en marcha el pacto por las capacidades, a estos cuatro ámbitos de actuación prioritaria se unieron otros diez ecosistemas industriales, que, de

acuerdo con la Estrategia Industrial Europea, renovada en mayo de 2021[9], son los siguientes: a) aeroespacial y defensa, que incluye la producción de aeronaves, la prestación de servicios espaciales y la fabricación de tecnologías de defensa; b) agroalimentario, centrado en la producción vegetal y animal y el procesamiento de alimentos; c) industrias creativas y culturales, donde se incluye la elaboración de periódicos, libros, películas, video, televisión, radio y música; d) industrias intensivas energéticas, que integra el uso de materias primas, productos químicos, hierro y acero, productos forestales, plásticos, refinados, cemento, caucho, metales y fertilizantes; e) electrónico, que incluye materias primas, herramientas de fabricación de semiconductores y el diseño de componentes semiconductores; f) proximidad y economía social, que abarca empresas sociales, asociaciones y cooperativas que tienen como objetivo generar un impacto social; g) energías renovables, que incluye motores eléctricos, turbinas y generación de energía eléctrica y gas; h) minoristas o ecosistema *retail*, que se ocupa de las ventas minoristas y mayoristas conectados a los consumidores; i) textil, que incluye la producción de prendas de vestir, calzado, cuero y joyería.

El pacto por las capacidades se configuró asimismo como una ventanilla única a nivel de la UE que facilitaría el acceso a la información sobre las actuaciones realizadas a nivel regional y en el ámbito de cada ecosistema industrial estratégico, poniéndolas además en conexión con los mecanismos de financiación de la UE para las capacidades. La canalización de esa trasmisión de información se viene realizando a través de los informes (*reports*) anuales que se vienen realizando en el marco del pacto por las capacidades, quedando constatado en las encuestas utilizadas a tal fin que, a fecha de marzo de 2023, más de mil organizaciones de toda la UE se habían registrado ya oficialmente en el pacto por las capacidades, bien de forma individual o como parte de asociaciones de habilidades, en los 14 ecosistemas industriales y en los 27 países de la UE y en los países candidatos a ingresar en la UE. Los miembros del pacto se han comprometido a realizar acciones concretas de actualización y reciclaje, como el desarrollo de programas de capacitación, tutorías de orientación profesional y actividades de comunicación o sensibilización sobre la importancia del desarrollo de habilidades.

La descripción general efectuada en el primer *pact for skills annual report*, cerrado en diciembre de 2022, pone de manifiesto que los miembros del pacto han hecho inversiones significativas en la implementación y mejora de las cualificaciones y actividades de reconversión profesional para la población en edad de trabajar en Europa. Según los resultados de la encuesta efectuada en el

[9] European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a stronger Single Market for Europe's recovery. Brussels, 5.5.2021 COM (2021). Vid., on line, en: communication-industrial-strategy-update-2020_en.pdf (europa.eu).

marco de este informe, se estima que los esfuerzos concertados de los miembros del pacto por las capacidades han llegado a casi dos millones de personas, con una inversión agregada de cerca de 160 millones de euros en actividades de mejora y reconversión profesional. La mayor parte de los miembros del pacto por las capacidades ha reportado progresos en los cuatro principios fundamentales de la carta, señalando que se ha brindado beneficios a la variada gama de organizaciones involucradas en los 14 ecosistemas industriales, incluyendo a los proveedores de capacitación, a las micro empresas, a las pymes y a las organizaciones de la sociedad civil. Ser miembro del pacto, según las partes encuestadas, ha proporcionado a las organizaciones participantes un mejor acceso a la información disponible sobre las mejoras en materia de reconversión profesional y sobre las oportunidades para compartir conocimientos y trabajo en red con actores relevantes en cada ecosistema. La encuesta también puso de manifiesto los desafíos a los que se enfrentan las acciones de mejora y actualización de habilidades, entre los que destacan la falta de recursos financieros y humanos. Finalmente, más de la mitad de los encuestados se mostraron satisfechos con los servicios de apoyo ofrecidos por el pacto por las capacidades y les gustaría tener más oportunidades para establecer contactos y orientación sobre las fórmulas de acceso a los programas de financiación para la mejora de las cualificaciones y la reconversión profesional[10].

Entre las actividades concretas relacionadas con el principio relativo a la promoción del aprendizaje permanente para todos, el informe destaca el *Upskill 4 Future project*, coordinado por CSR Europe[11] y financiado por la Fundación JP Morgan Chase, que dio apoyo a más de 30 empresas en 14 sectores en Francia, Italia, Polonia y España para el desarrollo de acciones piloto y estrategias de capacitación dirigidas a la retención de empleados, el apoyo a empleados vulnerables y el afrontamiento de las brechas de habilidades en las empresas. En relación con la monitorización de la oferta y demanda de habilidades, el informe se hace eco del programa *Excelsior*, impulsado por la Unión Italiana de Cámaras de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura para realizar encuestas anuales y periódicas a los empleadores, trabajadores, estudiantes y egresados con el fin de monitorear la oferta y demanda de capacidades, publicando sus resultados a través de informes y eventos que se divulgan públicamente para ayudar a los estudiantes a tomar decisiones profesionales informadas. En cuanto al desarrollo de alianzas y asociaciones fuertes en materia de competencias, el informe destacaría, entre otras, la organización por parte de la World Crafts Council Europe de dos programas residenciales de intercambio de experiencias donde organizaciones de artesanos de toda Europa pudieron compartir las mejores prácticas en relación con las

[10] European Commission. "Pact for Skills annual report 2022. Progress on upskilling and reskilling the European workforce". Brussels, 2022, págs. 3-4.

[11] Siglas de la *European Business Network for Corporate Sustainability and Responsibility*, cuya página web puede consultarse en: https://www.csreurope.org/.

habilidades y acreditaciones en el sector artesanal. Y en materia de lucha contra la discriminación y por la igualdad de género, en fin, el informe resalta la actuación de Femxa Formación en España, que puso en marcha varias actividades formativas encaminadas a fomentar la integración de los inmigrantes en el mercado laboral, a través del cual más de 60 mujeres inmigrantes fueron formadas en 2022 en Letonia y España.

3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS CAPACIDADES MÁS ADECUADAS PARA DAR RESPUESTA A LA DOBLE TRANSICIÓN VERDE Y DIGITAL

La capacitación para el empleo y la identificación de las competencias clave que demanda el mercado de trabajo es, como ya hemos apuntado, el segundo componente básico de la agenda de capacidades europea, que aborda esta idea desde una perspectiva integral que comprende cuatro ejes de actuación: a) la necesidad de implantar un sistema de información estratégica fiable sobre capacidades que permita impartir la formación que más se adecúe a las exigencias del mercado de trabajo; b) el fomento de las estrategias nacionales de capacidades, incrementando el papel a desempeñar por los servicios públicos de empleo; c) la necesidad de garantizar un sistema de formación profesional con visión de futuro; d) el despliegue de una iniciativa sobre redes de universidades europeas que potencien la capacitación de científicos.

3.1. Los cuatro ejes de actuación en materia de capacitación para el empleo

En lo que respecta a la necesidad de contar con un sistema de información actualizado sobre las necesidades del mercado de trabajo en materia de capacidades, hay que tener en cuenta que, con frecuencia, este tipo de información estratégica llega demasiado tarde para ser útil a la hora de tomar decisiones, por lo que la Comisión europea, además de echar mano de las tradicionales encuestas de seguimiento de los titulados, hace una decidida apuesta por el potencial de la inteligencia artificial y el análisis de macrodatos para definir nuevos perfiles profesionales en distintos sectores productivos, teniendo en cuenta el conjunto de capacidades específicas requeridas en cada uno de ellos. A tal fin, la Agencia Europea para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop) y Eurostat, en el contexto del *Web Intelligence Hub*[12], realizaron un estudio piloto sobre el uso del análisis de macrodatos en los anuncios de empleo *on line* que ha posibilitado la puesta en marcha de Skills-OVATE[13], una herramienta en línea que ofrece información detallada sobre los trabajos y las habilidades que demandan los

[12] Trusted Smart Statistics - Web Intelligence Network | CROS (europa.eu).

[13] Skills-OVATE | CEDEFOP (europa.eu).

empleadores a través de anuncios de trabajo en línea (OJA)[14]. En Skills-OVATE se puede acceder a información basada en millones de OJAs recopilados en 28 países europeos, procedentes de miles de fuentes que abarcan desde portales de empleo privados a servicios públicos de empleo, agencias de contratación, periódicos en línea y sitios web corporativos. Para mostrar las tendencias actualizadas sobre las capacidades que demanda el mercado de trabajo, Skills-OVATE presenta datos de los últimos 4 trimestres disponibles, que se van actualizando cuatro veces al año, estando disponibles los promedios anuales de las variables clave en la plataforma inteligente de habilidades del Cedefop[15]. En su primera versión, se recopilaron y analizaron más de 100 millones de anuncios de empleo en línea, durante un período comprendido entre julio de 2018 y diciembre de 2021. El análisis proporciona información sobre las ocupaciones y capacidades más demandadas en los países y regiones europeos según las clasificaciones internacionales establecidas: ISCO-08 para ocupaciones, NUTS-2 para regiones, ESCO para habilidades y NACE Rev. 2 para sectores.

De acuerdo con un reciente estudio sobre el uso de anuncios de trabajo en línea como el ofrecido por Skills-OVATE, los solicitantes de empleo lo perciben como un método de búsqueda atractivo y barato, que les permite navegar por páginas web que realizan muchas más ofertas de trabajo que los tradicionales anuncios en periódicos o revistas, aunque este método de búsqueda de empleo en línea resulta algo más dificultoso, como es lógico, para las personas que no tengan habilidades digitales. El acceso a los OJA es especialmente útil para personas empleadas que buscan un nuevo puesto de trabajo y es mucho más eficiente cuando los filtros de búsqueda están basados en la inteligencia artificial, puesto que pueden mostrar a los solicitantes de empleo vacantes adecuadas en función de sus habilidades y de su experiencia previa. Por otro lado, la introducción de este tipo de anuncios de trabajo en línea también resulta mucho más eficiente para los empleadores, ya que reduce el esfuerzo y los costes de reclutamiento de las empresas al eliminar las barreras geográficas, posibilita la contratación de trabajadores extranjeros y reduce los tiempos de respuesta. Adicionalmente, al contar con una amplia base de datos sobre los CV de los posibles candidatos, las empresas pueden seleccionar mejor los puestos de trabajo que necesitan en función de las capacidades acreditadas por las personas trabajadoras[16].

Como segundo eje de actuación en materia de capacitación para el empleo, la Comisión también se compromete a potenciar las estrategias nacionales elaboradas a tal fin, indicando al respecto que estas han de ser diseñadas y ejecutadas de forma

[14] Por sus siglas en inglés *Online Job Advertisement*.

[15] Skills in online job advertisements | CEDEFOP (europa.eu).

[16] Napierala, J. "La viabilidad de utilizar anuncios de empleo en línea para analizar la demanda no satisfecha de la UE". Luxemburgo: Oficina de Publicaciones. Documento de trabajo del Cedefop, n° 18. 2023. http://data.europa.eu/doi/10.2801/10233, pág. 5.

conjunta por toda la Administración, implicando a los interlocutores sociales, a la sociedad civil y a las partes interesadas de los sectores de la educación, la formación y el mercado laboral. Se advierte además sobre la necesidad de abordar un enfoque más estratégico de la migración legal orientado hacia la atracción del talento, para lo cual habría que mejorar las vías legales de acceso a la Unión Europea y el reconocimiento de las competencias de los nacionales de terceros países en el mercado de trabajo europeo. Asimismo, aprovechando toda la potencialidad de las técnicas de aprendizaje colaborativo basado en los *peer mentors*[17], se pretende aunar esfuerzos con la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo para desarrollar actividades de aprendizaje entre iguales que aumenten la prestación de servicios de orientación profesional dirigidos a los colectivos más vulnerables, a fin de cerrar las brechas de capacidades.

El tercer eje de actuación en materia de capacitación para el empleo descansa, como no podía ser de otro modo, sobre la puesta en valor de la educación y la formación profesional (EFP), puesto que, según datos de la propia UE, la mitad de los estudiantes jóvenes europeos cursan estudios en este nivel de enseñanza, por lo que se necesitan sistemas de EFP ágiles, resilientes y con perspectivas de futuro[18]. Conviene tener en cuenta a este respecto las previsiones efectuadas por la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia[19], donde se indica que la EFP está llamada a desempeñar un papel fundamental en un mercado laboral orientado hacia una transición justa y en permanente mutación, puesto que se centra en la práctica y el aprendizaje basado en el trabajo. Se viene a subrayar así la especial importancia que la EFP tiene a la hora de cubrir las carencias de capacidades en el mercado de trabajo de la Unión, puesto que, por un lado, puede dotar a los jóvenes estudiantes de las competencias necesarias para encontrar empleo, y, por otro lado, contribuye al reciclaje de las capacidades de las personas trabajadores más maduras para adaptarse a las necesidades de los empleadores.

Con el objetivo, pues, de reforzar el papel de la EFP tanto a escala de la Unión como de los Estados miembros, se pide que este nivel formativo se coordine con los sistemas educativos formales y tradicionales, sin ser relegado a un segundo plano, por lo que tanto la Comisión como los Estados miembros deben velar por que la EFP tenga un tratamiento igualitario a la educación clásica, abandonando

[17] Las virtualidades pedagógicas del *cooperative learnin*g, tanto a través de los grupos de trabajo colaborativo (*learning communit*y) como mediante la tutoría entre iguales (*peer mentors*), quedaron ya plenamente constatados en la década de 1990, con obras como las de, entre otros, Davis, B. "Tools for Teaching", Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1993.

[18] Comisión Europea. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, cit., pág. 11.

[19] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0373_ES.html.

su consideración como una prioridad secundaria. De ese modo, confirmando el papel central de la EFP en el proceso continuo de aprendizaje permanente y en la rápida adaptación a un mercado laboral que se transforma a gran velocidad, se pide a los Estados miembros y a la Comisión que colaboren con las partes interesadas en el diseño de una plataforma en línea de la Unión sobre EFP que podría brindar oportunidades para la creación de redes y el intercambio de buenas prácticas, para ofrecer soluciones digitales al aprendizaje basado en el trabajo y para llegar a convertirse en el vínculo digital de los centros de excelencia profesional (CEP) a escala de la Unión con el material disponible para el aprendizaje en línea en un entorno seguro, de calidad y multilingüe. Hay que tener en cuenta a este respecto que el Parlamento Europeo ha apoyado decididamente la promoción de estos CEP, entendiendo que dichos centros pueden ser motores de la innovación, la calidad y la inclusividad, facilitando el intercambio de buenas prácticas, el fomento del aprendizaje mutuo y contribuyendo a la mejora de la calidad y la oferta de EFP en toda la Unión.

En cuanto a los deberes que, en concreto, el Parlamento Europeo pone a la Comisión en materia de EFP, cabe resaltar la petición de desarrollar una estrategia de internacionalización que garantice más oportunidades de cooperación y movilidad para estudiantes y profesores a escala europea, destacando la importancia de que, tanto unos como otros, adquieran competencias que permitan realizar una transición eficaz hacia una economía ecológica y digital. Se exige a la Comisión a tal fin que amplíe los programas de movilidad eficaces destinados a los aprendices, como ErasmusPro, reforzando las sinergias entre los programas del Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y Erasmus+ y garantizando los recursos adecuados en el período de programación 2021-2027. También se pide a la Comisión que incluya un indicador sobre las brechas de capacidades en el cuadro de indicadores sociales, en consonancia con los objetivos y la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, puesto que ello puede ser útil para que los responsables políticos a escala nacional en materia de EFP determinen dónde se requieren más esfuerzos.

Por lo que respecta a los Estados miembros, se les pide que adopten, entre otras, las siguientes medidas: a) el diseño, con la participación de los interlocutores sociales, de unos sistemas de EFP inclusivos, que aparezcan interrelacionado con las políticas de aprendizaje de adultos para mejorar las capacidades y competencias de personas adultas poco cualificadas; b) el fomento de estrategias de cooperación regional con vistas a elaborar programas transfronterizos destinados a facilitar la movilidad de estudiantes y trabajadores; c) la promoción decidida del modelo dual de EFP, con el fin de simplificar la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo, puesto que una formación que combina el aprendizaje estructurado en el lugar de trabajo con la teoría conduce a la certificación de capacidades pertinentes para los empleadores y transferibles al mercado laboral; d) el establecimiento de políticas de licencias de formación remuneradas, en consonancia con los dispuesto

en el Convenio de la OIT sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (núm. 140)[20], que permite que los trabajadores asistan a programas de formación durante el tiempo de trabajo sin coste personal, con el fin de promover el aprendizaje permanente; e) el afianzamiento del aprendizaje de idiomas en los sistemas de EFP, ya que la falta de competencias en este ámbito es un serio impedimento a la movilidad, mientras que un buen dominio de varias lenguas tiene un valor añadido en los mercados laborales; f) el reforzamiento de la dimensión de género en los sistemas de EFP, abordando los prejuicios y opciones de género estereotipados de modo que se garantice la participación en igualdad de condiciones de las mujeres en la formación profesional para las profesiones tradicionalmente masculinas y de los hombres en profesiones altamente feminizadas; se pide en este sentido que el aprendizaje, tanto dentro como fuera del trabajo, sea más accesible para las trabajadoras y las personas con funciones de cuidado familiar, especialmente en aquellos sectores donde las mujeres están infrarrepresentadas, como en el caso de los sectores digital y ecológico, a fin de combatir la segregación de género en la educación y el empleo.

En definitiva, el Parlamento Europeo parece apostar decididamente por la configuración de una especie de EFP europea donde la educación y la formación profesional de excelencia no se vean obstaculizadas en modo alguno por las fronteras.

El cuarto eje en materia de capacitación para el empleo es el relativo a la educación superior, que la agenda europea de capacidades considera como un vehículo esencial para proporcionar a los estudiantes las competencias y habilidades que demandará el mercado de trabajo del futuro, puesto que las universidades generan los conocimientos avanzados y las innovaciones que ayudarán a la sociedad a afrontar los grandes retos derivados de la doble transición. Este eje de la agenda europea de capacidades ha de ser puesta en correlación ineludiblemente con la Iniciativa sobre Redes de Universidades Europeas que se viene desplegando a través de los programas Erasmus y Horizonte Europa. Interesa recordar a ese respecto que, ya en la Cumbre de Gotemburgo de 2017, el Consejo Europeo pidió a los Estados miembros de la UE, al Consejo y a la Comisión que presentaran una iniciativa sobre el reforzamiento en toda la UE de asociaciones estratégicas entre instituciones de enseñanza superior, promoviendo la constitución, antes de 2024, de una veintena de *Universidades Europeas* configuradas como redes de universidades que tendrían como objetivo permitir a los estudiantes europeos graduarse combinando periodos de estudio en varios países de la UE. Esta iniciativa volvería a ser apoyada por el Consejo en mayo de 2021, que la dejó enmarcada en "la ambiciosa aspiración de un Espacio Europeo de Educación y un Espacio Europeo de Investigación innovadores, competitivos a escala mundial

[20] https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C140.

y atractivos, en plena sinergia con el EEES, gracias a la ayuda para impulsar la dimensión de excelencia de la educación superior, la investigación y la innovación, promoviendo también la igualdad de género, la inclusión y la equidad, permitiendo una cooperación transnacional sin trabas y ambiciosa entre las instituciones de educación superior en Europa y estimulando la transformación de la educación superior"[21].

Esta iniciativa forma parte hoy del programa Erasmus+2021-2027, y ha posibilitado asimismo la puesta en marcha de la *European Student Card Initiative*[22], con la que se pretende crear una especie de estatuto universitario europeo que simplifique los trámites burocráticos para la movilidad de los estudiantes por toda Europa. En lo que se refiere a la capacitación científica de los investigadores, el instrumento fundamental con el que se pretende implementar la política de I+D+I de la UE es el programa Horizonte Europa 2021-2027[23], que tiene entre sus múltiples objetivos los de generar crecimiento económico basado en la innovación, crear más y mejores puestos de trabajo y garantizar la plena participación de los talentos en la UE, satisfaciendo así las necesidades de investigación e innovación de las empresas y complementando la colaboración entre las universidades y el mundo empresarial.

3.2. Las capacidades más adecuadas para abordar la doble transición verde y digital

Se ha hecho ya tópica la idea relativa a que las profesiones del futuro aún no están definidas a consecuencia, entre otras razones, del efecto disruptivo del nuevo paradigma tecnológico, por lo que resulta aventurado adivinar qué competencias serán las más demandadas por el mercado de trabajo a corto o medio plazo. Pese a ello, la agenda de capacidades europea acomete esa tarea y trata de identificar las competencias que en el ámbito del empleo se consideran esenciales para hacer frente a la doble transición verde y digital. Se parte a tal efecto de la premisa de considerar, por un lado, que la transición ecológica requiere aumentar el número de profesionales que dominen las tecnologías verdes, que desarrollen productos, servicios y modelos de negocio verdes y que generen soluciones innovadoras basadas en la naturaleza con la finalidad de minimizar la huella ambiental de las actividades productivas, puesto que Europa sólo podrá llegar a ser un continente climáticamente neutro con una sociedad que utilice eficazmente los recursos y una economía circular basada en una población activa que piense y actúe en verde.

[21] https://education.ec.europa.eu/es/education-levels/higher-education/european-universities-initiative.

[22] https://erasmus-plus.ec.europa.eu/european-student-card-initiative.

[23] https://research-and-innovation.ec.europa.eu/system/files/2022-06/rtd-2021-00013-02-00-es-tra-01.pdf.

En cuanto a la transición digital, siguiendo las estrategias comunitarias de digitalización de los dos últimos decenios, la agenda de capacidades europea vuelve a poner de manifiesto la necesidad de fomentar que las sociedades de los Estados miembros de la Unión Europea adquieran unas adecuadas habilidades en las llamadas cibercapacidades, con el fin de que la ciudadanía posea unos conocimientos digitales óptimos, dentro de un contexto de aprendizaje permanente[24]. Se parte así de la necesidad de efectuar un cambio radical en las capacidades digitales teniendo en cuenta que todas las personas necesitan ya capacidades digitales en la vida y en el trabajo, hasta el punto de que, en ciertos tipos de empleo, más del 90% de los puestos de trabajo requieren tipos específicos de capacidades digitales.

Partiendo de esas dos consideraciones previas, la agenda de capacidades europea estima, en primer lugar, que serán fundamentales para afrontar la doble transición verde y digital las capacidades en CTIM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas). Con la aceleración de los cambios tecnológicos, las empresas necesitan personas con capacidades de alto nivel en CTIM para poder afrontar la innovación en ámbitos punteros de las TIC, como la inteligencia artificial o la ciberseguridad. Parece necesario, por tanto, aumentar el número de titulados en CTIM, puesto que solo uno de cada cinco jóvenes europeos se gradúa en educación terciaria en estas materias, lo que supone contar con menos de dos millones de titulados en CTIM al año.

También resulta preciso, en segundo lugar, centrar la atención en el desarrollo de las capacidades emprendedoras y en el emprendimiento social, que contribuyen al aumento del empleo y el crecimiento económico, por lo que la orientación profesional debería abarcar adecuadamente la dimensión del emprendimiento. Los modelos de negocio basados en la economía social se plantean como una alternativa sumamente atractiva a las tradicionales fórmulas empresariales, puesto que la economía social es pionera en la creación de empleo vinculado a la economía circular, la inclusión social y la transición verde.

Además de las cualificaciones técnicas citadas, la agenda de capacidades europea considera que el mercado laboral también necesita cada vez más varias capacidades transversales como el trabajo en equipo, el pensamiento crítico y la resolución creativa de problemas. Así, debido a la creciente influencia de los robots y el uso de algoritmos en el sistema productivo, se hace absolutamente necesario el desarrollo de capacidades distintivamente humanas, como la empatía y la adaptación al cambio en entornos complejos. Estas capacidades también serán especialmente importantes en el mercado de trabajo futuro si tenemos en cuenta el crecimiento de la *silver economy* y del sector del trabajo de cuidados

[24] Martínez Barroso, Mª.R. "Formación en competencias digitales y empleabilidad. Dos coordenadas inescindibles". En AA.VV. Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pág. 253.

como consecuencia del cambio demográfico y el progresivo envejecimiento de la población europea que lleva aparejado.

4. LAS HERRAMIENTAS NECESARIAS PARA LA ADQUISICIÓN DE CAPACIDADES PROFESIONALES A LO LARGO DE TODA LA VIDA DE LAS PERSONAS

También se ocupa la agenda de capacidades europea, como tercer componente básico, en fomentar el desarrollo de las herramientas más idóneas para posibilitar que todos los ciudadanos comunitarios, cualquiera que sea su estatus profesional o laboral, pueda adquirir habilidades a lo largo de toda su vida, inculcando así una auténtica cultura del aprendizaje permanente. Son tres las herramientas básicas a las que, en concreto, se hace referencia en la agenda de capacidades europea: a) las denominadas cuentas de aprendizaje individuales; b) las micro credenciales, que resultan cruciales para valorar los resultados del aprendizaje adquirido; y c) la nueva plataforma *Europass*, creada para presentar, comunicar y promocionar las capacidades adquiridas.

En relación con la implementación de la primera de las herramientas citadas, ya se ha dado un paso muy significativo con la adopción de la Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a las cuentas de aprendizaje individuales[25], con la que se pretende apoyar las iniciativas de los Estados miembros para facilitar que más adultos en edad laboral participen en actividades de formación, reduciendo en la medida de lo posible los déficits de capacidades[26]. La cuenta de aprendizaje individual aparece definida en el art. 4.b) de la citada Recomendación como "una cuenta personal que permite al titular acumular y conservar sus derechos a lo largo del tiempo para acceder a las oportunidades admisibles de formación, orientación o validación de aprendizajes que considere más útiles, en el momento en que lo desee, de conformidad con las normas nacionales". A fin de alcanzar los objetivos perseguidos por esta norma de *soft law*, se recomienda a los Estados miembros que consideren la posibilidad de instaurar este tipo de cuentas de aprendizaje individuales que permitan a los interesados participar en formaciones pertinentes para el mercado laboral, estableciendo a tal efecto un marco facilitador (*enabling framework*) que incluya oportunidades de orientación y de validación de aprendizajes, promoviendo la aceptación efectiva de dichas formaciones.

El marco facilitador que permita instaurar cuentas de aprendizaje individuales ha de estar integrado, al menos, por los siguientes recursos:

[25] https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8944-2022-INIT/es/pdf

[26] Art. 1 de la Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a las cuentas de aprendizaje individuales.

a) Un servicio de orientación profesional y validación de aprendizajes, que incluya oportunidades de evaluación de capacidades, a los que todos los titulares de cuentas de aprendizaje individuales puedan acceder de manera presencial o en línea, ya sea de forma gratuita o utilizando sus derechos de formación individual siguiendo lo dispuesto en la Recomendación del Consejo de 20 de diciembre de 2012 sobre la validación del aprendizaje no formal e informal[27].

b) Un registro nacional de las oportunidades admisibles de formación de calidad, de orientación profesional y de validación de aprendizajes. Dicho registro ha de incluir la información que al respecto ofrezcan los Estados miembros de forma gratuita. Y cada Estado miembro debería establecer y publicar normas claras para la inclusión en dicho registro de la información pertinente, de forma transparente y en cooperación con los interlocutores sociales y las partes interesadas.

c) Un portal digital nacional único de apoyo a las cuentas de aprendizaje individuales. A tal fin, los Estados Miembros han de permitir el acceso de los titulares a sus cuentas de aprendizaje individuales, facilitando la navegación por el registro mediante una autenticación electrónica segura[28], en un portal digital nacional único accesible en el que se pueda entrar fácilmente desde dispositivos móviles y que, preferiblemente, esté interconectado con la plataforma Europass.

d) La concesión de permisos de formación remunerados que permitan a los trabajadores participar en actividades de formación durante el horario laboral utilizando sus cuentas de aprendizaje individuales.

En cuanto al desarrollo de las microcredenciales necesarias para una valoración de los resultados del aprendizaje, el Consejo de la Unión Europea adoptó asimismo una Recomendación de 16 de junio de 2022 relativa a un enfoque europeo de las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad[29], que persigue tres objetivos básicos: a) permitir que las personas adquieran, actualicen y mejoren los conocimientos, capacidades y competencias que necesitan para prosperar en un mercado de trabajo cambiante, para efectuar una transición justa hacia la economía ecológica y digital y para estar mejor preparadas para hacer frente a los retos presentes y futuros; b) apoyar la preparación de los proveedores de microcredenciales para mejorar la calidad, la transparencia, la accesibilidad y la flexibilidad de la oferta de aprendizaje con el fin de capacitar a las personas para

[27] https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:398:0001:0005:ES:PDF

[28] Siguiendo los requisitos de accesibilidad contemplados en la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios (DO L 151 de 7.6.2019).

[29] https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9237-2022-INIT/es/pdf

crear itinerarios de aprendizaje y profesionales personalizados; y c) fomentar la inclusión, el acceso y la igualdad de oportunidades, contribuyendo a la consecución de la resiliencia, la justicia social y la prosperidad para todos, en un contexto de cambios demográficos y sociales y durante todas las fases de los ciclos económicos.

Se entiende por microcredencial el registro de los resultados del aprendizaje que ha obtenido una persona a raíz de un pequeño volumen de aprendizaje, debiendo ser evaluados dichos resultados con arreglo a criterios transparentes y claramente definidos. Para que una determinada experiencia de aprendizaje pueda dar lugar a la obtención de una microcredencial es necesario que esté diseñada de modo que proporcione a la persona aprendiente unos conocimientos, capacidades y competencias específicas que respondan a sus necesidades sociales, personales y culturales o bien a las demandas del mercado de trabajo. Estas microcredenciales son propiedad de la persona aprendiente, se pueden compartir, son portátiles y pueden ser independientes o acumularse en credenciales más amplias. Hay que tener en cuenta además que pueden ser proveedores de micro credenciales tanto las instituciones educativas como los interlocutores sociales, los empleadores, las organizaciones de la sociedad civil, los servicios públicos de empleo, las autoridades regionales y nacionales, así como cualquier otro tipo de agentes que impartan y expidan microcredenciales para el aprendizaje formal, no formal e informal. A efectos de implantación efectiva de esta herramienta se recomienda a los Estados miembros, por tanto, que adopten y fomenten el concepto de microcredencial establecido a nivel europeo, que faciliten su desarrollo, cuando proceda, en los entornos de aprendizaje formal llevado a cabo tanto en las instituciones de educación superior como en el marco de las instituciones de EFP, que apoyen el diseño y la emisión de microcredenciales por parte de otro tipo de proveedores en entornos de aprendizaje informal, y que las integren en sus políticas de empleo y en sus políticas activas de inserción en el mercado de trabajo.

Con la generalización de la implantación y el uso de microcredenciales se busca un aumento de la participación de los ciudadanos europeos en el aprendizaje permanente hasta llegar a alcanzar el objetivo de que el 60% de todos los adultos participen en actividades de formación cada año, tal como se proponía en la acción 8 (capacidades para la vida) de la agenda de capacidades europea[30], que fue implementada mediante Resolución del Consejo de 24 de diciembre de 2021 sobre un nuevo plan europeo de aprendizaje de adultos 2021-2030[31], donde se subrayó que el aprendizaje de adultos necesita un enfoque holístico que incluya la colaboración intersectorial y de múltiples partes interesadas, con una coordinación

[30] Comisión Europea. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, cit., pág. 18.

[31] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.504.01.0009.01.SPA

eficaz a nivel europeo, nacional, regional y local que respete los diversos modelos de aprendizaje de adultos en la Unión Europea.

La tercera herramienta anunciada y puesta en marcha con la nueva agenda europea de capacidades es la plataforma Europa*ss*[32], con la que se pretende que, una vez se disponga del certificado acreditativo de las capacidades adquiridas, estas se puedan comunicar eficazmente a la hora de demandar un empleo o continuar el proceso continuo de aprendizaje. Se trata de una herramienta digital que permite a sus usuarios crear un perfil gratuito en la plataforma Europass donde llevar el registro *on line* de todas las capacidades, cualificaciones y experiencias que una persona vaya adquiriendo a lo largo de su vida, pudiendo conservar sus títulos, cartas de referencia y demás documentos en su biblioteca Europass. Esta herramienta digital permite además crear un CV Europass, que ya es uno de los formatos de currículum más reconocidos en Europa, elaborar una carta de presentación, poner a prueba los conocimientos digitales, con la emisión de un informe detallado sobre los puntos fuertes y débiles, obtener una credencial digital europea para el aprendizaje y comparar cualificaciones dentro del Marco Europeo de Cualificaciones (MEC). El MEC fue creado en 2008 y fue renovado por la Recomendación del consejo de 22 de mayo de 2017 relativa al Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente[33], que tiene la finalidad de actuar como instrumento de conversión entre los diferentes marcos nacionales de cualificaciones para mejorar la transparencia, la comparabilidad y la transferibilidad de las cualificaciones de los ciudadanos europeos, quienes podrán consultar la información disponible sobre cualificaciones de los Estados miembros de la Unión Europa y de sus respectivas instituciones.

Para poder comprobar la efectividad de estas herramientas y de las demás medidas previstas o impulsadas por la agenda de capacidades europea, la Comisión propuso fijar una serie de objetivos cuantitativos basados en cuatro indicadores ya existentes, que se someterían a seguimiento periódico en el quinquenio 2020-2025. Los objetivos perseguidos aparecen cuantificados del siguiente modo: a) en cuanto a la participación de adultos de 25 a 64 años en actividades formativas a lo largo de cada año natural, se espera llegar en 2025 a una tasa del 50%, lo que implicaría un aumento del 32%; b) la participación de adultos poco cualificados de 25 a 64 años en actividades de aprendizaje durante cada año debería situarse al menos en el 30%, puesto que se parte de un nivel muy bajo (18%, con los datos disponibles de 2016); c) por lo que respecta a la proporción de adultos desempleados de 25 a 64 años con una experiencia de aprendizaje reciente, se pretende llegar al 20% (también se parte de un porcentaje muy bajo, del 11%, con datos de 2019); d) y en cuanto al porcentaje de adultos de 16 a 74 años con al menos capacidades digitales

[32] Home | Europass.

[33] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017H0615(01)&from=ES

básicas, los objetivos son bastante ambiciosos, dado que se espera llegar en 2025 a un porcentaje del 70%.

Resulta evidente que todos esos objetivos no serán alcanzables si no se efectúa la inversión necesaria, de ahí que la Comisión proponga el uso del instrumento presupuestario *Next Generation EU* para "apoyar y desbloquear la inversión en capital humano, promoviendo la igualdad de género y la inclusividad", animando así a los Estados miembros a utilizar los recursos financieros de la Unión Europea para impulsar los sistemas nacionales de capacitación y reciclaje profesional de la población activa. Así, tal como se preveía en la agenda europea de capacidades, la Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a las cuentas de aprendizaje individuales, volvería a recordar que podían ser utilizados para crear este tipo de herramientas y su marco facilitador todos los fondos de la Unión que, en el marco de *Next Generation EU*, apoyan los programas de aprendizaje de adultos, como el Fondo Social Europeo Plus[34], el Fondo Europeo de Desarrollo Regional[35], el Fondo de Transición Justa[36], así como, cuando proceda, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia[37].

5. EL REFLEJO DE LA AGENDA DE CAPACIDADES EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El compromiso por parte del Gobierno español de cumplir con la agenda de capacidades europea se observa ya en el Informe *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, elaborado en el año 2021, donde se indica que el hecho de contar con una fuerza trabajadora bien formada y actualizada irá adquiriendo cada vez mayor trascendencia "a medida que la economía del conocimiento avance, la tecnología vaya transformando el tejido productivo, nuestra población en edad de trabajar disminuya, la competencia global aumente y amenazas como el cambio climático se recrudezcan". Para hacer frente a esos retos, el propio informe detecta tres *asignaturas pendientes* que el sistema educativo español tiene que abordar y corregir a corto y medio plazo, entre las que cabe destacar, en consonancia con lo exigido en la agenda de capacidades

[34] Aprobado por el Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 1296/2013 (DO L 231 de 30.6.2021).

[35] Previsto en el Reglamento (UE) 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión (DO L 231 de 30.6.2021).

[36] Aprobado por el Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa (DO L 231 de 30.6.2021).

[37] Adoptado por el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DO L 57 de 18.2.202).

europea, la necesidad de mejorar las competencias del capital humano y el impulso de la formación a lo largo de toda la vida[38].

En lo que se refiere a las competencias del capital humano, el informe 2050 indica que la población adulta en España presenta un inferior dominio de competencias básicas como la comprensión lectora o la habilidad matemática en comparación con sus homólogos europeos, estando también por debajo de la media europea en materias fundamentales como el conocimiento de idiomas extranjeros, las habilidades digitales o la formación financiera, así como en el dominio de capacidades transversales (*soft skills*) como el pensamiento crítico y la creatividad, que, como ya se advertía en la agenda europea de capacidades, tendrán una importancia cada vez mayor en el desarrollo personal y profesional de las personas[39].

En cuanto a la necesidad de impulsar la formación a lo largo de toda la vida, que es el verdadero *leitmotiv* de la agenda europea de capacidades, como vimos, el informe 2050 pone de manifiesto que el *lifelong learning* se ha convertido en un objetivo compartido por los países más desarrollados del mundo, puesto que la participación de la población adulta en procesos de recualificación está ligada a una mayor productividad, mayores oportunidades de empleo y mejores salarios. Sin embargo, en España no se ha avanzado mucho en este terreno debido a la falta de oportunidades y al hecho de que buena parte de los fondos que el Estado y las empresas reservan con este objetivo no vienen siendo utilizados a tal fin, de ahí que sólo 4 de cada 10 personas adultas participen en programas de formación o recualificación reglados o no reglados cada año, lo que nos sitúa en la media de la UE-27 pero por debajo de la UE-8[40].

Partiendo de los recursos humanos e institucionales con los que ya cuenta España en materia de educación y formación (institutos, universidades, centros de FP y organismos de recualificación para población trabajadora y desempleada necesarios), el informe 2025 deja planteadas también las medidas

[38] Como primera asignatura pendiente se menciona "la alta proporción de población española que no supera la educación secundaria obligatoria", puesto que, si bien la proporción de población de 25 a 64 años con formación superior (universidad, FP de grado superior, o equivalentes) en España es similar a la de los países más avanzados de Europa (UE-8), la proporción de personas que tiene una titulación de segunda etapa de secundaria (Bachillerato, FP de grado medio u otras equivalentes) es muy inferior a la de nuestros vecinos europeos (el 23% frente al 42% de la UE-22 o el 41% de la UE-8). Gobierno de España. España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021, pág. 132.

[39] Gobierno de España. España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, cit., págs. 132-133.

[40] Gobierno de España. España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo, cit., pág. 134.

a adoptar, encauzándolas en torno a, entre otras, tres grandes tipos de mejoras: la consolidación de la Formación Profesional como una de las principales vías de formación y recualificación profesional, la potenciación del protagonismo del sistema universitario en la formación y recualificación de la fuerza trabajadora y la constitución de un sistema integrado de educación y recualificación para la población trabajadora en activo (formación *in-company*)[41].

El primer paso en la consecución de esos objetivos se daría con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (LOFP)[42], de la que se ha dicho que tiene como objetivo nuclear "la unificación de la formación profesional en un único sistema, bajo unas mismas reglas uniformes aplicables a cualquier oferta formativa"[43]. La conexión de esta ambiciosa norma con la agenda europea de capacidades se observa ya en su exposición de motivos, donde se hace referencia a la oportunidad que representan los Fondos Europeos *Next Generation UE* para financiar un nuevo sistema de formación profesional que facilite el ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, así como la cualificación y recualificación permanente de toda la población, desde los jóvenes antes de abandonar la escolaridad obligatoria hasta el final de la trayectoria profesional, que es uno de los grandes desafíos como país.

Esta apuesta por un nuevo "régimen de formación y acompañamiento profesionales" que sea capaz de responder "a los intereses, las expectativas y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida", también tiene en cuenta, como pide la agenda de capacidades europea, "las transformaciones fruto de la digitalización y la economía verde y azul y la sostenibilidad en todos los sectores económicos, como vectores clave del empleo". Entiende así el legislador español, en concordancia con los postulados de la Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesionales (EFP) para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, que el nuevo sistema de formación profesional "puede y debe ser un aliado prioritario, tanto en la conversión a la economía digital como en la tarea de transición ecológica y lucha contra el cambio climático desde el ámbito laboral, aprovechando además las oportunidades que se abren en múltiples campos profesionales relacionados con la mitigación de emisiones (rehabilitación energética de edificios; instalación y mantenimiento de plantas de energía renovable; compostaje de biorresiduos), la adaptación a los impactos climáticos (jardinería de bajo consumo de agua;

[41] *Ibidem*, págs. 135 a 142.

[42] Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-5139

[43] Camas Roda, F. "Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo". En AA.VV. Empleo y protección social. XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, pág. 51.

agroecología; horticultura urbana), o la promoción de una cultura de sostenibilidad (educación ambiental; ocio y turismo sostenible; consultoría en ahorro y eficiencia energética)".

Interesa destacar que el derecho a formación a lo largo de toda la vida, como ha señalado la doctrina, es considerado por el legislador como un fin en sí mismo, sin que esté condicionado por las exigencias del mercado de trabajo y teniendo como interés primordial el de la propia persona[44]. Así lo indica, desde luego, el art. 1 de la LOFP cuando delimita como objeto y finalidad de la norma "la capacidad de las personas para lograr ser aquello que tienen motivos para desear ser", lo que "requiere disponer de un amplio conjunto de derechos, capacidades y competencias personales, sociales y profesionales que son imprescindibles tanto para desarrollarse plenamente como personas como para aprovechar las oportunidades de empleo que ofrece el cambio económico y tecnológico".

Son muchas y de gran calado las novedades que introduce la LOFP con esa finalidad, de las que sólo podemos destacar aquí las más relevantes y de forma muy sucinta. Con el objetivo de integrar la formación profesional en una única estructura orgánica y administrativa, el art. 114 de la LOFP atribuye al Ministerio de Educación y Formación Profesional la gestión de todos los elementos e instrumentos que integran el nuevo sistema de formación profesional enumerados en el art. 7 de la propia LOFP. Sobresale entre ellos el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales, que sustituye al actual Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, donde se recogían los certificados de profesionalidad que venían siendo expedidos por el Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas[45]. Con la adopción del concepto de competencia profesional se busca la alineación con el significado que esta expresión tiene en los países de la Unión Europea, evitando así los errores interpretativos que el término cualificación ha venido arrastrando a lo largo del tiempo. Por otro lado, al objeto de incorporar al sistema de formación profesional la herramienta de las microcredenciales (o microformaciones, como se denomina en la LOFP), se efectúa una flexibilización de la formación que

[44] Camas Roda, F. "Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo", cit., pág. 64.

[45] Como esta modificación estructural requiere un desarrollo reglamentario que puede tardar mucho tiempo en producirse, la Disposición transitoria segunda de la LOFP indica que "la ordenación académica de las enseñanzas de Formación Profesional del Sistema Educativo y la ordenación de los Certificados de Profesionalidad en el ámbito de la Formación Profesional para el empleo, continuarán vigentes hasta que se proceda al desarrollo reglamentario en el marco del nuevo Sistema de Formación Profesional en los términos previstos en el Título II y en la Disposición final octava de esta ley". Por otro lado, hasta que se proceda al desarrollo reglamentario del Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales, "mantendrá su vigencia la ordenación del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales recogida en el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (apartado 1 de la Disposición transitoria tercera de la LOFP).

requiere contar con referentes menores, que son los denominados estándares de competencia[46], que serán organizadas por familias profesionales y por niveles en función de la complejidad de las tareas que describen.

Esta noción flexible de competencia profesional, basada en las microcredenciales, se va a completar con otro novedoso instrumento del que también va a disponer el futuro sistema español de formación profesional: el Registro Estatal de Acreditaciones de Competencias Profesionales Adquiridas por Experiencia Laboral o Vías No Formales e Informales. El art. 22.3 de la LOFP indica a tal fin que las ofertas de carácter no formal asociadas a estándares de competencias profesionales podrán ser objeto posterior de reconocimiento, en los términos que reglamentariamente se establezcan, a través del procedimiento de acreditación de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral u otras vías no formales o informales. Y aunque habrá que esperar a ese futuro desarrollo reglamentario, la propia LOFP ha dedicado su Título VI al procedimiento de acreditación de este tipo de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral u otras vías no formales o informales que tiene como objetivo final, tal como dispone el art. 90.1 de la LOFP, la identificación, evaluación y acreditación oficial de este tipo de microcredenciales.

También resulta novedoso, en tercer lugar, el denominado Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional, donde se incluirán, por vez primera, todas las ofertas de trabajo que pueden cursarse en España en el marco de la formación profesional, desde las más amplias a las más reducidas o microformaciones.

El segundo de los objetivos previstos en el informe 2050, relativo a la potenciación del papel del sistema universitario en materia de formación permanente a lo largo de toda la vida, aparece contemplado en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU)[47]. Su preámbulo es bastante elocuente al respecto cuando, tras reconocer que las universidades han venido siendo espacios de formación para los jóvenes, se indica la necesidad de ir más allá y lograr una Universidad para todas las edades, un lugar en el que la formación a lo largo de la vida para cualquier persona y colectivo sea un objetivo básico, un espacio donde converjan y se relacionen científicas y científicos, estudiantado, profesionales que buscan actualizar sus capacidades, especialistas y agentes sociales, buscando todas ellas y ellos reforzar conocimientos, construir competencias y plantear caminos de transformación e innovación de manera compartida.

[46] Equivalentes a las unidades competenciales de las precedentes cualificaciones profesionales. Hay que tener en cuenta a este respecto, tal como establece la Disposición adicional sexta de la LOFP, que "quienes estén en posesión de un Certificado de profesionalidad regulado al amparo de lo establecido en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, tendrán acreditados los estándares de competencia profesional del nuevo Catálogo Nacional de Estándares de Competencias profesionales declarados equivalentes a las unidades de competencia incluidas en dicho certificado".

[47] Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-7500

Con esa finalidad, la LOSU considera la formación permanente o a lo largo de toda la vida como una dimensión esencial de la función docente de la Universidad, hasta el punto de que la expresión "formación a lo largo de toda la vida" aparece hasta en 23 ocasiones a lo largo del articulado de la norma. Así, ya en el art. 2.g) de la LOSU se reconoce como función del sistema universitario la "transferencia e intercambio del conocimiento y de la cultura al conjunto de la sociedad a través de la actividad universitaria y la formación permanente o a lo largo de la vida del conjunto de la ciudadanía". También al hacer referencia a la autonomía de las universidades, el art. 3.2 de la LOSU establece que dicha autonomía comprende y requiere la propuesta y determinación de enseñanzas propias universitarias, incluida la formación a lo largo de la vida, y la expedición de los títulos correspondientes a las enseñanzas universitarias de carácter oficial, así como de títulos propios, incluida la formación a lo largo de la vida.

Asimismo, el art. 7.1 de la LOSU, relativo a los títulos universitarios, indica que las universidades podrán impartir enseñanzas conducentes a la obtención de títulos propios, incluidos los de formación a lo largo de la vida, en los términos que se establezcan reglamentariamente, añadiéndose en el apartado 5, en coherencia con la apuesta de la agenda europea de capacidades por el desarrollo de las microcredenciales como herramienta de valoración de los resultados de la formación continuada, que "la formación a lo largo de la vida podrá desarrollarse mediante distintas modalidades de enseñanza, incluidas microcredenciales, micromódulos u otros programas de corta duración". A la espera de lo que su necesario desarrollo reglamentario determine al respecto, lo cierto es que el 19 de junio de 2023 el propio Ministro de Universidades, Joan Subirats, presentó en el Rectorado de la Universidad de Málaga el llamado Plan Microcreds, un proyecto de acción dotado con un fondo de 50 millones de euros, financiado al amparo del programa *Next Generation EU*, y en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que propone 41 actuaciones encaminadas a desarrollar las microcredenciales universitarias en España[48].

Según lo previsto en dicho plan, la microcredenciales universitarias son certificaciones derivadas de formaciones breves, de menos de 15 créditos ECTS, focalizadas en la adquisición de conocimientos, habilidades o competencias específicas. Su formato es flexible, adaptado a las necesidades del alumnado adulto y presenta una estructura modular, de modo que cada formación puede tener sentido de forma independiente y, al mismo tiempo, acumularse y combinarse en credenciales más amplias, como grados o másteres, en el marco de un itinerario formativo personalizado. Su objetivo básico, según las palabras del Ministro de Universidades, es intentar dirigirse a un sector de la población poco presente en las universidades españoles, afrontando una amplia gama de retos que pasan por darle a

[48] Https://www.universidades.gob.es/wp-content/uploads/2023/06/230619_NdP_Plan_Microcreds.pdf

la población nuevas oportunidades de empleo vinculadas al desarrollo tecnológico y la transición hacia una sociedad del conocimiento, ampliando y democratizando el acceso a la educación superior mediante el diseño de programas dirigidos a los grupos de población más vulnerables, como personas en desempleo, baja renta o situación de exclusión social, así como para actividades de intermediación entre la universidad y los sectores productivos. Se parte, obviamente, del hecho de que las universidades españolas disponen ya de un gran potencial para el desarrollo de la formación a lo largo de la vida y la recualificación profesional, puesto que cuentan con una capacidad instalada privilegiada tanto en infraestructura y presencia territorial como en capital humano especializado.

En lo que respecta, en fin, al tercer gran objetivo previsto en el informe 2050, relativo a la educación y recualificación de la población trabajadora en activo, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LEM)[49], se ha ocupado de regular la denominada "formación en el trabajo" como una de las funciones del sistema nacional de empleo, desarrollando lo previsto en la Disposición adicional cuarta de la LOFP, donde se hacía referencia a las competencias que a este respecto corresponderán al Ministerio de Empleo y Economía Social. Así, tal como se indica en el art. 8.4.g) de la LEM, una de las funciones del sistema nacional de empleo, que tendrá que ser realizada por la futura Agencia Española de Empleo, será la de "promover los mecanismos para una adecuada oferta de formación en el trabajo", mejorando tanto las competencias profesionales de las personas trabajadoras y su empleabilidad, como la cobertura de las necesidades de las empresas.

Entre los fines básicos de esta formación en el trabajo se encuentran, según lo previsto en el art. 33.2 LEM, el de "favorecer la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas, tanto del sector público como privado", y el de desarrollar el ejercicio de los permisos de formación previstos en el art. 23 ET, incluido el permiso retribuido de veinte horas anuales de formación, acumulables por un período de hasta cinco años, dando así una adecuada implementación legal a uno de los principales recursos previstos en la agenda europea de capacidades para crear el marco facilitador que permita instaurar cuentas de aprendizaje individuales.

También se enumeran como fines de esta formación *in company*, siguiendo lo previsto en la agenda de capacidades europea, la mejora de las competencias digitales y de sostenibilidad que inciden en el desarrollo personal y profesional de las personas trabajadoras; el impulso de la formación programada por las empresas, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, como vía ágil y flexible de responder a las necesidades específicas de formación más cercanas a las empresas; y la promoción de las competencias profesionales adquiridas por

[49] Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5365

las personas trabajadoras, procurando que los procesos de aprendizaje informales sean objeto de una adecuada valoración en el marco de la formación en el trabajo, que aporte valor profesional y curricular a la persona trabajadora, pactado en el seno de la negociación colectiva.

De ese modo, como ya ha advertido la doctrina, la Agencia Española de Empleo conservará un papel significativo en materia de formación profesional que no tiene porqué ser residual, sino que puede jugar un papel fundamental y dinámico en el marco del sistema formativo en la medida en que le corresponderá gestionar, en definitiva, toda la oferta de formación profesional no formal[50]. Oferta formativa que, si va asociada a los estándares de competencias profesionales establecidos en la LOFP, tendrá que ser reconocida y registrada formalmente como microformación o microcredencial a través del procedimiento de acreditación de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral u otras vías no formales o informales previsto en el nuevo sistema de formación profesional.

BIBLIOGRAFÍA

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

Comisión Europea. Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia. Bruselas, 1.7.2020. COM(2020).

Davis, B. "Tools for Teaching", Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1993.

European Commission. "Pact for Skills annual report 2022. Progress on upskilling and reskilling the European workforce". Brussels, 2022.

European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a stronger Single Market for Europe's recovery. Brussels, 5.5.2021 COM (2021).

European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a new skills agenda for Europe. Working together to strengthen human capital, employability and competitiveness. Brussels, 10.6.2016 COM (2016).

[50] Camas Roda, F. "Empleabilidad-formación tras la Ley 3/2023, de 28 de febrero de empleo", cit., pág. 60.

Gobierno de España. España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2021.

Martínez Barroso, Mª.R. "Formación en competencias digitales y empleabilidad. Dos coordenadas inescindibles". En AA.VV. Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.

Napierala, J. "La viabilidad de utilizar anuncios de empleo en línea para analizar la demanda no satisfecha de la UE". Luxemburgo: Oficina de Publicaciones. Documento de trabajo del Cedefop, n° 18. 2023. http://data.europa.eu/doi/10.2801/10233.

OIT. "Configurar las competencias y el aprendizaje permanente para el futuro del trabajo". Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2021.

Ratcliff, C., Martinello, B. y Litos, V. "Una agenda digital para Europa". Fichas técnicas sobre la Unión Europea, Parlamento Europeo, 2023.

Somavía, J. "Trabajo decente". Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL PLAN DE ACCIÓN ANTIRRACISMO PARA 2020-2025 COMO ESTRATEGIA

Eva Saldaña Valderas
Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO **Palabras clave:** Plan de Acción; Unión Europea; igualdad de oportunidades; racismo; discriminación institucional

El Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025 responde a la necesidad de asegurar el respeto a los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades dentro del marco del Pilar Europeo de los Derechos Sociales. En el contexto de una sociedad europea cada vez más proclive a la intolerancia y el discurso de odio contra grupos racializados y minorías, es imprescindible la introducción de marcos estratégicos que fomenten la acción coordinada de todos los agentes políticos y de la sociedad civil para conseguir una Europa inclusiva. A tal fin, el citado instrumento pretende optimizar la variedad de medios con que cuenta la UE, como las acciones legislativas, políticas y presupuestarias, así como el ejemplo de sus propias instituciones. Sin embargo, aunque su enfoque pueda resultar bastante completo y hasta totalmente novedoso en algunos aspectos, como sucede con el reconocimiento de la discriminación por motivos racistas de carácter institucional, en líneas generales puede decirse que sorprende el tratamiento de determinadas medidas, probablemente merecedoras de un abordaje más incisivo aun dentro de las limitaciones que posee un instrumento de este tipo.

ABSTRACT ***Key words:*** *Action Plan; European Union; equality of opportunities; racism; institutional racism*

The EU anti-racism action plan 2020-2025 answers the need to ensure respect for the principles of non-discrimination and equal opportunities within the framework of the European Pillar of Social Rights. In the context of a European society increasingly leaning towards intolerance and hate speech against racialized groups and minorities, the introduction of strategic frameworks that promote coordinated action with every political agent and with civil society to achieve an inclusive Europe it's essential. For this purpose, the instrument intends to optimize the variety of tools that the EU has, such as legislative, political and presupuestary action, as well as the example of its own institutions. However, even though its scope can seem fairly comprehensive and even innovative in some aspects, such as acknowledging discrimination due to institutional racism, it can be said that the treatment of certain measures it's striking, probably deserving a more comprehensive approach even within the inherent limitations of a tool of this kind.

 Recepción original: 29.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción
2. El plan de acción de la ue antirracismo 2020-2025 y sus ejes de actuación
3. La discriminación por motivos racistas causada por prácticas privadas o interpersonales
   3.1. La revisión de la legislación antidiscriminatoria y el refuerzo del Acervo Social como herramientas imprescindibles
      3.1.1. La Directiva 2000/43/CE y la aplicación efectiva del principio de igualdad de oportunidades
      3.1.2. La adecuada tipificación de los delitos de odio y el control penal del espacio digital
   3.2. La discriminación racial en la vida cotidiana: acciones y propuestas
      3.2.1. La seguridad y la lucha contra los delitos de odio
      3.2.2. El espacio digital: medidas contra las prácticas racistas y el discurso de odio
      3.2.3. La igualdad de oportunidades de los grupos racializados en el empleo, la educación, la salud y la vivienda
4. El racismo institucional: áreas estratégicas para la diversidad inclusiva
   4.1. El abordaje de los estereotipos racializados y la conciencia histórica con intervención de los medios de comunicación
   4.2. La recopilación y uso de datos estadísticos adecuados
   4.3. La optimización de los instrumentos de la UE
      4.3.1. Los planes de acción nacionales
      4.3.2. La movilización territorial "multinivel"
      4.3.3. El apoyo a las Cartas de Diversidad
      4.3.4. La transversalidad de la igualdad de oportunidades y de trato en todas las fases de las intervenciones comunitarias y estatales
      4.3.5. La financiación mediante los Fondos Europeos
      4.5.6. La coherencia de los Estados Miembros y el respeto de los principios comunitarios como condicionante en las relaciones con terceros paises
5. Otras actuaciones frente al racismo
   5.1. Las acciones positivas
   5.2. La construcción de democracias inclusivas
   5.3. La implementación del Plan de Acción Antirracismo y los nuevos marcos de diálogo
6. Buenas prácticas sobre diversidad inclusiva: los rr.hh. propios como modelo
7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La discriminación ocasionada por los estereotipos raciales o de pertenencia a minorías es un fenómeno multifactorial, cuya complejidad se acentúa en una unidad política supranacional como la UE, donde se cuenta con la preexistencia de grupos racializados, comunidades étnicas, minorías nacionales o religiosas y procesos migratorios de origen interno o de procedencia exterior[1].

[1] Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE, *La diversidad cultural en la Unión Europea* http://www.catedrajeanmonnet.eu/Publicaciones, p. 4. Vid. también Comisión Europea,

Como fruto de una larga trayectoria que se nutre de la labor de organismos internacionales de distinto ámbito[2], la UE se define por un marco construido sobre la democracia, el Estado de Derecho, el principio de igualdad de oportunidades y de trato, el fomento de la tolerancia y el respeto a la diversidad en una sociedad multicultural. Frente a esta divisa no cabe la discriminación por motivos racistas, étnicos o xenófobos, ni el discurso de odio a las minorías, de tal manera que las actuaciones comunitarias deben integrar como objetivo la erradicación de estas situaciones y el disfrute efectivo de los correspondientes derechos[3].

Sin embargo, la realidad de las cosas[4], en una sociedad europea cada vez más inclinada hacia la intolerancia y el discurso de odio contra determinados grupos racializados[5], muestra la existencia de una discriminación institucional altamente arraigada y de prácticas interpersonales ilegítimas cuyo impacto afecta a la dignidad humana y a la igualdad de oportunidades en aspectos como el

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Plan de acción en materia de integración e inclusión para 2021-2027, de 24 de noviembre de 2020, COM/2020/758 final.

[2] Para un recorrido internacional y comunitario, AA.VV. (Barranco Avilés, M.C., Coord.), *Análisis sobre las normas y recomendaciones de las organizaciones internacionales, regionales y de la Unión Europea en materia de lucha contra la discriminación hacia la población migrante, el racismo y la xenofobia*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid 2022, pp. 16, 53 y 63-87, disponible en https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/es/publicaciones/documentos/documento_0143.htm

[3] Vid. artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOCE 2000/C 364, de 18 de diciembre de 2000. Conexamente, vid. artículos 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), DOUE 2010/C 83/01, de 30 de marzo de 2010.

[4] Vid. Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA), *El racismo generalizado sigue siendo endémico en Europa*, 20 de junio de 2019 y el más reciente *Informe sobre los derechos fundamentales 2022*, Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo 2022, además de los Eurobarómetros especiales correspondientes, disponibles en https://data.europa.eu/data/datasets/s2251_91_4_493_eng?locale=es

Para una visión interna, vid. Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE), *Estudio sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020,* disponible en https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/destacados/estudiopercepcion.htm

Desde la perspectiva de la xenofobia, Mahía Casado, R. y Medina Moral, E., *Informe sobre la integración de la población extranjera en el mercado laboral español 2022*, https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/ficheros/documentos/Integracionde lapoblacion.pdf, pp. 27 y siguientes. Para resultados de la monitorización del discurso de odio en España, vid. Observatorio español del racismo y la xenofobia (OBERAXE), https://www.inclusion.gob.es y AA.VV. *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España (2021)*, Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio (ONDOD), https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-la-evolucion-de-los-delitos-de-odio-en-Espana/Informe_evolucion_delitos_odio_Espana_2021_126200207

[5] Sobre la categoría "racialización" empleada en este estudio, vid. por todos European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), ECRI's opinion on the concept of "racialisation" (adopted at ECRI's 87th plenary meeting on 8 December 2021), Strasbourg, disponible en https://rm.coe.int/ecri-opinion-on-the-concept-of-racialisation/1680a4dcc2

mercado de trabajo, las condiciones laborales, la educación, la salud, la vivienda, el acceso a recursos financieros y su seguridad e indemnidad. Como se ha puesto de relieve, esta constatación significa, entre otras cosas, una quiebra de los valores fundamentales de la UE, frente a la cual se ha venido manifestando un rechazo absoluto, materializado desde hace más de dos décadas en una multiplicidad de actuaciones, cuya finalidad última es la efectividad de los principios comunitarios de igualdad de oportunidades y no discriminación.

A estos efectos, cabe destacar el Pilar Europeo de Derechos Sociales y su Tercer Principio de Igualdad de Oportunidades, creador de un *mainstreaming* con no pocas derivaciones tanto generalistas como específicas[6]. Entre estas últimas se encuadra el marco de acción que se examina en este estudio, "Una Unión de la Igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025", de 18 de septiembre de 2020, elaborado por la Comisión Europea[7], cuyos objetivos estratégicos persiguen una reconsideración de las actuaciones precedentes, la continuidad de otras, la optimización de las acciones legislativas, políticas y presupuestarias que brinda la UE y una revisión de los enfoques nacionales para la integración de la diversidad[8].

2. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA UE ANTIRRACISMO PARA 2020-2025 Y SUS EJES DE ACTUACIÓN

Como se ha apuntado anteriormente, el Plan de Acción Antirracismo pretende ser un marco común para la efectividad de los derechos fundamentales de sujetos y colectivos racializados o minorías, víctimas de discriminación y discurso de odio. Su objetivo primordial es la equidad y la igualdad de oportunidades en una Europa

[6] Vid. Comisión Europea, Pilar Europeo de Derechos Sociales, disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13129-2017-INIT/es/pdfp.5 y Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones**,** Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Bruselas 4 de marzo de 2021 COM (2021) 102 final p. 9. Vid. especialmente su Anexo I donde se detalla la planificación de las principales acciones de desarrollo encomendadas a la Comisión para el periodo 2020-2025, algunas dedicadas a grupos afectados por la problemática que nos ocupa. Finalmente, por su carácter complementario, puede reseñarse Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción en materia de integración…, cit, punto 3.

[7] Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité delas Regiones, Bruselas, 18 de septiembre de 2020, COM(2020) 565 final.

[8] Comité Económico y Social Europeo (CESE), Dictamen Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025, COM (2020) 565 Final, 27 de abril de 2021, punto 1.4, p.3.

diversa e inclusiva, acorde al nuevo código normativo social que propugna el Pilar de Derechos Sociales y refuerza su propio Plan de Acción[9].

En este sentido, aunque las instituciones de la UE tienen unas competencias limitadas en el ámbito social frente a las facultades de los Estados Miembros[10], su papel impulsor resulta imprescindible precisamente en áreas tan complejas como la que nos ocupa, donde se demuestra la oportunidad de introducir herramientas de tipo holístico[11], que fomenten y apoyen la necesaria acción coordinada de todos los agentes involucrados y, sobre todo, que resulten eficaces.

Con tal finalidad, la Comisión aborda en su programa de trabajo varios ejes de actuación, dos de los cuales se hallan dedicados a las manifestaciones que puede adoptar la segregación: la discriminación por motivos racistas causada por comportamientos o prácticas que pueden calificarse como interpersonales o privadas y la compleja realidad de la discriminación de carácter institucional[12]. Se aborda además una línea de trabajo sobre acciones positivas y estrategias de diálogo y, en último lugar, otra con la propuesta de la gestión inclusiva de sus propios RR.HH. como modelo a imitar. Para conseguir sus objetivos, el instrumento recurre a las variadas herramientas con que cuenta la UE para impulsar su propia gestión y reforzar la imprescindible actuación de los Estados Miembros, cuyos aspectos más relevantes serán examinados a lo largo de este estudio[13].

3. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RACISTAS CAUSADA POR PRÁCTICAS PRIVADAS O INTERPERSONALES

Es evidente que el racismo y el discurso de odio plantean enormes retos en toda la UE[14]. A pesar de su escaso afloramiento, es posible constatar la persistencia de prácticas privadas o interpersonales que adoptan la forma de discriminaciones

[9] Comisión Europea, Pilar de Derechos Sociales…, cit. y Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones**,** Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales…, cit.

[10] Bernal Santamaría, F., "El Pilar europeo de los derechos sociales y el Plan de Acción: por fin ¿el modelo social europeo?", Revista de Derecho Trasnacional 14/2022, p. 51.

[11] Cfr. Grupo de Alto Nivel sobre No Discriminación, Igualdad y Diversidad, Subgrupo de Datos sobre Igualdad, *Nota de orientación sobre la recogida y el uso de datos sobre igualdad basados en el origen racial o étnico*, Luxemburgo 2021, ds0121144esn.pdf (europa.eu), pp. 10 y ss.

[12] Sobre el análisis de ambas categorías, Buraschi D. y Aguilar Idáñez, M.J., *Racismo y Antirracismo. Comprender para transformar*, Colección ATENEA nº. 16, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2019, pp. 45-47 y 51-52, disponible en http://doi.org/10.18239/atena.16.2019

[13] CESE, Dictamen…, cit, punto 1.4, p.3.

[14] Vid. por todos FRA, *Informe sobre los derechos fundamentales 2022*, cit.

directas o indirectas, –simples o interseccionales–[15], que también se manifiestan como acoso racializado. Como reacción, la Comisión Europea concentra el combate frente a estas lesiones de derechos fundamentales en la revisión del marco jurídico comunitario antidiscriminatorio y en el abordaje de un conjunto de recursos e iniciativas que atañen a la vida cotidiana de las personas afectadas[16].

3.1. La revisión de la legislación antidiscriminatoria y el refuerzo del Acervo Social como herramientas imprescindibles

El Pilar Europeo de Derechos Sociales y su Plan de Acción destacan que el refuerzo del Acervo Social va unido a la efectividad de los derechos de la ciudadanía europea[17]. En un área tan compleja como la que abordamos, con el lastre de la pandemia de COVID-19[18], la protección integral contra la discriminación por motivos racistas exige un marco jurídico con calidad técnica, carente de lagunas, y por supuesto, cuya aplicación sea efectiva[19]. Por estas razones, la Comisión, en la reconsideración de su propio papel, propone la realización de acciones de evaluación-información, revisión y actuación sobre el *corpus* jurídico vigente para subsanar deficiencias y también para reforzar el papel e independencia de los organismos para la igualdad, dando entrada a las opiniones de los sujetos involucrados[20]. Igualmente, dentro de un marco de dialogo, insta a los Estados miembros a que garanticen una adecuada transposición y aplicación de la normativa UE, advirtiendo sobre los posibles procedimientos de infracción que puedan incoarse llegado el caso[21].

[15] Center for Intersectional Justice (CIJ)-ENAR, "*Intersectional discrimination in Europe: relevance, challenges and ways forward*", de 14 de septiembre de 2020, pp. 20-24, disponible en https://www.intersectionaljustice.org/img/intersectionality-report-FINAL_yizq4j.pdf y Frías, M., *La interseccionalidad de la discriminación por razones de raza, etnia y género*, Madrid 2022, disponible en https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/ficheros/documentos/I_Interseccionalidad_ES.pdf

[16] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit. pp. 4 y ss.

[17] Comisión Europea, Pilar Europeo de Derechos Sociales, cit. y Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción del Pilar, cit., punto 4 y FRA, op. cit., pp. 9-14.

[18] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 4 y sección 2.2.

[19] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 4.

[20] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit, pp. 4-7.

[21] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 4.

3.1.1. La Directiva 2000/43/CE y la aplicación efectiva del principio de igualdad de oportunidades

Entre las acciones concretas, es fundamental destacar los propósitos acerca de la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva sobre igualdad racial)[22], ubicada en el cuadro de los instrumentos antidiscriminatorios basales[23]. A pesar de los problemas interpretativos y conceptuales que plantea, algunos tratados por el Tribunal de Justicia Europeo y puestos de manifiesto por la doctrina,[24] la norma ha venido configurando la protección jurídica contra la discriminación por motivos racistas o de origen étnico[25]. Y lo posibilita en los ámbitos del empleo y el ejercicio profesional, la educación, la protección social y sanitaria, las ventajas sociales, el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda[26].

En este contexto legal, la Comisión ha trabajado por la integración de la dimensión de la igualdad racial en todas las políticas e iniciativas de la UE

[22] Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DOCE L *180 de 19 de julio de 2000.* Vid. Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico («la Directiva de igualdad racial») y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («la Directiva de igualdad en el empleo») {SWD(2021) 63 final, Bruselas 19 de marzo de 2021, COM (2021) 139 final, P.1.

[23] Conformado por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000 y la Directiva 2006/54, 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 (refundición), DOCE L 204, de 27 de julio de 2006, generatriz de otras importantes normas básicas en la materia.

[24] En este sentido pueden mencionarse las sentencias dictadas en los siguientes asuntos: C-415/10 de 19 de abril de 2012; C-83/14 de 16 de julio de 2015; C-157/15, de 14 de marzo de 2017 y C-30/19 de 15 de abril de 2021.

Entre la doctrina española sobre la materia, Gomez Muñoz, J.M., "La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales. A propósito de la Directiva 2000/43", TEMAS LABORALES 59/2001, pp. 65-92; Camas Roda, F., "La no discriminación por motivos raciales o de origen étnico en la normativa española derivada de la adoptada por la Unión Europea", Revista Internacional y Comparada de Derecho del Empleo, 3/2021. Sobre las aristas de la categoría, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., **"**Los contornos de la discriminación**"**, TEMAS LABORALES núm.162/2022, p. 17.

[25] Artículos 1 y 2.

[26] Artículo 3.

en desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales[27]. Como se indicó con anterioridad, su máximo exponente es el Plan de Acción Antirracismo que ha generado sus propios productos como, entre otros reseñables, el vigente "Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos 2021-2030", primera contribución directa al Plan, y la "Estrategia de la UE de lucha contra el antisemitismo y apoyo a la vida judía 2021-2030"[28], ambos con su correlato en nuestro país, como se verá en otra parte de este estudio.

Es evidente que estas acciones son oportunas, como lo son los trabajos de la Comisión en el seguimiento de la aplicación de la Directiva 2000/43/CE recogidos en el Plan de Acción Antirracismo[29], pero aún quedan lejos del reconocimiento y tutela de la diversidad europea en todas sus dimensiones. Resulta por lo tanto apremiante la elaboración de un instrumento más completo por el que se asegure la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su categoría racial, su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Nos estamos refiriendo a la denominada "Directiva Horizontal"[30], bloqueada desde 2008 en el Consejo y demandada por instituciones europeas, como la propia Comisión en su Plan de Acción Antirracismo[31], y por colec-

[27] Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico…, cit., P.1. Puede apreciarse dicho enfoque en iniciativas como Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, "Una unión de la igualdad: "Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025", de 5 de marzo de 2020, COM (2020) 152 final, p. 6; "Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ para 2020-2025", de 12 de noviembre de 2020, COM 2020 (698) final, p. 2.1, y "Unión de la igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030", de 3 de marzo de 2021, COM (2021) 010, p. 2. Conexamente, "Plan de acción en materia de integración e inclusión para 2021-2027", cit. p. 3.

[28] Respectivamente, Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, "Una unión de la igualdad: Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos 2021-2030", de 12 de noviembre de 2020 (COM (2020) 0620 y Comunicación de la Comisión, "Estrategia de la UE de lucha contra el antisemitismo y apoyo a la vida judía 2021-2030" de 5 de octubre de 2021, COM/2021/615 final.

[29] Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE…, cit., p. 4.

[30] Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181} 426 Final, de 2 de julio de 2008, artículo 1.

[31] En este sentido, Comisión Europea, Plan de Acción…, cit. p.7 e Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, cit., p. 4. Vid. también CESE, Dictamen.., cit., puntos 1.6 y 2.1.4; Comité Europeo de las Regiones, Dictamen…, cit., punto 5; Parlamento Europeo, respectivamente "Propuesta de resolución contra la discriminación en la Unión: la esperada Directiva Horizontal contra la discriminación" (2023/2582), de 12 de abril de 2023, punto 6, y Resolución sobre justicia racial, no discriminación y antirracismo en la UE, de 10 de noviembre de 2022, DOUE de 5 de mayo de 2023, puntos D, E, G

tivos afectados[32]. En este sentido, aunque existen iniciativas de transposición de la norma vigente alineadas con la petición de la Comisión a los Estados miembros[33], como ocurre en el caso español con la Ley 15/2022, Integral para la Igualdad de trato y la No discriminación[34], conectada a su vez con el "Marco Estratégico de ciudadanía, inclusión y contra la xenofobia y el racismo 2021-2027 (CIREX)"[35], hay que insistir en la necesidad de un instrumento comunitario transversal, que vendría a colmar la tutela en todos los campos y el tratamiento de ámbitos no cubiertos suficientemente hasta ahora, como, entre otros[36], la prohibición de las discriminaciones interseccionales y las de tipo institucional[37].

Finalmente, en lo que respecta al control de la implementación y cumplimiento de la vigente Directiva a la espera de la nueva norma, el Plan de Acción manifiesta su pretensión de dar continuidad a las actuaciones para priorizar procedimientos de infracción y solicita a los Estados Miembros su apoyo para facilitar los litigios estratégicos[38].

e I. Igualmente, puede consultarse al respecto la pregunta formulada al Consejo por el eurodiputado Sr. D. Juan Fernando López Aguilar, Proc. 2023/2582 (RSP), de fecha 2 de marzo de 2023.

[32] Por ejemplo, Fundación Secretariado Gitano, https://www.gitanos.org/actualidad/archivo/116391.html; Vid. también Estrategia Nacional para la Igualdad, Inclusión y Participación del Pueblo Gitano, cit., pp. 4-5.

[33] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 7. Vid. desde una perspectiva comparada, AA.VV., Barranco Avilés, M.C. Coord. *Estudio comparado de las normas y de la legislación sobre discriminación racial/étnica, racismo y xenofobia en España, Francia, Túnez y Marruecos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2022, disponible en https://www.fiiapp.org/wp-content/uploads/2022/10/C1.8-Estudio-comparado-de-normas-Espa%C3%B1a-FranciaT%C3%BAnez-y-Marruecos.pdf.

[34] BOE de 13 de julio de 2022. Para un análisis de la norma, Alvarez del Cuvillo, A., "La Ley Integral para la Igualdad: Un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución", TEMAS LABORALES 165/2022, pp. 87-120.

[35] Disponible en https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/es/index.htm

[36] Es el supuesto del insuficiente tratamiento de los Organismos independientes para la Igualdad, a pesar de sus antecedentes. Por ejemplo, vid. Comisión Europea, Recomendación (UE) 2018/951 de 22 de junio de 2018 sobre normas relativas a los organismos para la igualdad.

[37] Vid. Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p.7 e Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, cit., p. 4. En la misma línea, CESE, Dictamen, cit., puntos 1.6 y 2.1.4; Parlamento Europeo, respectivamente "Propuesta de resolución contra la discriminación en la Unión: la esperada Directiva Horizontal…, cit., punto 6, y Resolución sobre justicia racial…, cit., puntos D, E, G e I.

[38] Como se pone de manifiesto en Comisión Europea, Plan de Acción…cit, p. 7.

3.1.2. La adecuada tipificación de los delitos de odio y el control penal del espacio digital

Junto a lo anterior, el Plan de Acción Antirracismo contempla como área estratégica el ámbito penal auspiciado por la UE[39]. En este sentido, la Comisión urge a la mejora de las transposiciones y, específicamente, a la correcta tipificación de la incitación al odio y los delitos de odio por motivos racistas y xenófobos en las normas penales nacionales, que imperativamente deben tomar en cuenta el opaco espacio digital[40]. A pesar del seguimiento que se ha venido realizando, los resultados no son satisfactorios o incluso es posible apreciar vacíos en su transposición[41]. Entre los textos monitorizados destacan la Decisión Marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal y la complementaria Directiva 2012/29 sobre los derechos de las víctimas[42].

En lo que atañe concretamente a Internet, las instituciones comunitarias vienen alertando sobre el incremento continuado de las conductas delictivas –especialmente desde la pandemia de COVID-19–, la proliferación de los discursos de odio, la falta de colaboración de las plataformas digitales y la ausencia de denuncias[43], a pesar de los requisitos establecidos por la Directiva 2018/1808 de Servicios de Comunicación Audiovisual[44]. Frente a esta realidad, el Plan de Acción establece

[39] Alzina Lozano, A., "El Derecho Penal auspiciado por la Unión Europea para frenar los discursos de odio y la discriminación", en AA.VV., *Hate speech, discrimination and on line media,* IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, 2023/37, disponible en https://idp.uoc.edu

[40] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit, pp. 5-6. El mismo sentido, CESE, op. cit, punto 2.1.5, p. 6.

[41] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 6 y CESE, op. cit., punto 2.1.5, p. 6. Igualmente, Parlamento Europeo, Resolución sobre justicia racial…, cit., apartado 7.

[42] Respectivamente, Decisión 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, DOCE L 328 de 6 de diciembre de 2008 y Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DOUE L 315 de 14 de noviembre de 2012.

[43] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit 6; CESE, op. cit., puntos 2.1.7 a 2.1.9 y Parlamento europeo, Resolución sobre justicia racial, no discriminación y antirracismo en la UE de 10 de noviembre de 2022, cit. punto V; Vid. también FRA, *Fomentar la denuncia de los delitos de odio: el papel de las fuerzas del orden y otras autoridades*, 2021, disponible en https://fra.europa.eu/en/publication/2021/hate-crime-reporting. Más recientemente, ENAR, *How can rule of law commit to tackle racism across Europe*?, 2023, disponible en https://www.enar-eu.org/how-can-rule-of-law-commit-to-tackleracism-across-europe/.

[44] Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, DOUE L 303 de 28 de noviembre de 2018. Aun pendiente de evaluar, habrá que esperar los resultados del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del

de nuevo como medidas correctoras la vigilancia y garantía de una transposición correcta y la consecuente aplicación plena de las normas en todos los Estados Miembros, con los correspondientes procedimientos de infracción[45]. Junto a ello, se propone la elaboración de nuevos instrumentos normativos específicos para proteger a los usuarios digitales de contenidos racistas o xenófobos, lo cual resulta altamente positivo[46].

Por último, como complemento de estas pautas, la Comisión subraya la existencia de un Código de Conducta para la Lucha contra la Incitación Ilegal al Odio en Internet, entre otras iniciativas de este carácter, cuyos buenos resultados han ido decreciendo paulatinamente[47]. No obstante y justamente por esta circunstancia, es necesario apoyar la continuidad de la colaboración con las plataformas en el área de los compromisos voluntarios de RSE. Además, debe recordarse que estas actuaciones ya han resultado especialmente útiles a la hora de elaborar medidas para contrarrestar los contenidos racistas y xenófobos[48].

3.2. La discriminación racial en la vida cotidiana: acciones y propuestas

Las manifestaciones cotidianas de la discriminación por motivos raciales y étnicos, así como los discursos de odio contra las minorías preocupan a la Comisión Europea desde el inicio de su andadura como institución. En esta faceta, su plan de trabajo se apoya en diversos organismos especializados cuya colaboración resulta necesaria para la consecución de los objetivos propuestos y también en los esfuerzos solicitados a los Estados miembros. Fundamentalmente, se trata de garantizar la ausencia de sesgo en la actividad habitual de las autoridades con competencias sobre la seguridad de las personas, el uso del espacio digital libre

Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales, por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

[45] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 6 y CESE, op. cit., puntos 2.1.5 y 2.1.6, p. 6.

[46] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 6-7.

[47] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 6-7. La Comisión publicó el 24 de noviembre de 2022 los resultados de su 7ª. evaluación del Código de Conducta. Dichos datos muestran un descenso en los resultados de notificación y acción de las empresas respecto de los anteriores informes. Disponible en https://commission.europa.eu/system/files/2022-12/Factsheet%20-%207th%20monitoring%20round%20of%20the%20Code%20of%20Conduct.pdf

En el caso español, existe una iniciativa basada en dicho Código, el "Protocolo para combatir el discurso de odio ilegal en línea", anexa al "Acuerdo para cooperar institucionalmente en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la LGBTIfobia y otras formas de intolerancia", de 19 de septiembre de 2018. Disponible en https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/ejes/discursoodio/PROTOCOLO_DISCURSO_ODIO.pdf

[48] Vid. en esta línea, Comisión Europea, Recomendación (UE) 2018/334 de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, (C (2018) 1177), DO L 63/50 de 6 de marzo de 2018.

de discurso de odio y la igualdad de oportunidades en ámbitos sociales como el acceso al empleo, la formación, la protección sanitaria y la vivienda[49].

3.2.1. La seguridad y la lucha contra los delitos de odio

Como se puede apreciar a lo largo del Plan de Acción Antirracismo, la preocupación por el sesgo en la obtención y uso de datos personales es constante, puesto que la línea divisoria entre su legitimidad y el impacto discriminatorio es muy frágil. Esta cuestión adquiere una nueva dimensión desde la óptica de la seguridad y lucha contra el delito, como demuestran los análisis realizados por instituciones internacionales y de la propia UE[50]. En este sentido, hay que recordar que las fuerzas de seguridad de los Estados Miembros recurren de manera habitual y legítima a la elaboración de perfiles individuales para llevar a cabo su labor. Ahora bien, es evidente que en el marco de las previsiones de la Directiva 2016/680 sobre tratamiento de datos personales[51], con no pocos déficits de implementación obviados por el Plan[52], dichos perfiles en ningún caso pueden basarse en la racialización como criterio único o principal, puesto que se produciría una discriminación manifiesta. Frente a las situaciones detectadas, la Comisión programa acciones formativas para cubrir las necesidades nacionales, una medida que ya contaba con un recorrido previo al propio Plan de Acción y que enfatiza la prevención ante los perfiles policiales discriminatorios[53]. Junto a ello, se procurará la recopilación y difusión de buenas prácticas en la materia.

Al lado de estas consideraciones, la Comisión pone de manifiesto que el escaso número de denuncias de delitos de odio constituye un grave obstáculo para

[49] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit. pp. 8-15.

[50] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 8.

[51] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 8. Vid. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, DOUE L 189/19, de 4 de mayo de 2016, artículo 11, apartado 3.

[52] Cfr. Delgado Martín, J. "La protección de datos personales en el proceso penal: Directiva 2016/680", de 27 de febrero de 2019, https://elderecho.com/la-proteccion-datos-personales-proceso-penal-directiva-2016-680. En el caso español, la cuestión se ha solventado con la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, BOE de 27 de mayo de 2021.

[53] Es el caso de la FRA con su *Guía para prevenir la elaboración ilícita de perfiles en la actualidad y en el futuro, 2018*, https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/-/ecri-warns-against-racial-profiling-in-policing-and-calls-for-a-systemic-response-to-address-racism-in-all-areas.

el control del cumplimiento de la ley y la elaboración de políticas correctoras[54]. A estos efectos, el Plan de Acción señala que la diversidad inclusiva entre el personal de las fuerzas de seguridad puede mejorar el nivel de confianza en las autoridades policiales y, de este modo, incrementar las denuncias de los delitos de odio. El registro de dichas denuncias, y, de nuevo, la recogida de datos ayudará en la elaboración de unos principios rectores clave, área en las que ya se han materializado algunas de las previsiones del Plan[55].

En lo que afecta a la seguridad en los espacios públicos, se debe recordar que la Estrategia de la Unión de la Seguridad actúa como precedente de las medidas que la Comisión considera necesarias para su garantía y el combate frente a grupos extremistas, racistas y xenófobos[56]. El estudio sistemático de la respuesta de los Estados Miembros a la violencia radical, mediante los correspondientes informes –alguno de muy reciente elaboración–[57]; la colaboración con el sector privado y autoridades regionales y locales, así como la recopilación y difusión de buenas prácticas nacionales, resultan fundamentales en esta línea de acción[58]. No obstante la idoneidad de tales medidas, cabe objetar que hubiera sido necesario y muy positivo reforzar mediante el Plan de Acción la llamada a las instituciones nacionales de igualdad y a las organizaciones de la sociedad civil[59].

3.2.2. El espacio digital: medidas contra las prácticas racistas y el discurso de odio

Las nuevas tecnologías y el espacio digital constituyen un instrumento bivalente. Efectivamente, pueden ayudar a difundir un estado de opinión de tolerancia cero frente a las discriminaciones por motivos racistas y los discursos de odio. Pero de igual modo, pueden ofrecer un terreno de fácil acceso y el anonimato

[54] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025), COM/2020/258 final. Desde el plano interno, AA.VV., *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2021, Oficina Nacional de Lucha contra los delitos de odio* ONDOD, Ministerio del Interior 2021.

[55] Siguiendo la directriz de Comisión, Plan de Acción, cit., p. 9, la FRA publicó su informe *Crime, Safety and Victims' rights*, Luxemburgo 2021, disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-crime-safety-victims-rights_en.pdf

[56] Comisión Europea, Communication from the Commission on the EU Security Union Strategy, 24.7.2020, COM (2020) 605 final y CESE, op. cit., p. 7, punto 2.1.8.

[57] Comisión Europea, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the Fifth Progress Report on the implementation of the EU Security Union Strategy, Brussels, 13.12.2022 COM(2022) 745 final.

[58] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 10 y 15.

[59] Cfr. CESE, op. cit., p. 7, puntos 2.1.8. y 2.1.9.

para facilitar, estimular y perpetuar justamente lo contrario[60]. Además, frente a estas evidencias, trabajos previos de organismos europeos ya habían alertado sobre los usos perversos de la inteligencia artificial y los algoritmos[61]. A estos efectos, el Plan de Acción Antirracismo prevé un marco legislativo horizontal para abordar de modo específico el control legal del riesgo de sesgo y discriminación a causa de los sistemas de IA[62]. No obstante el carácter positivo de esta línea estratégica, hubiera sido deseable un tratamiento más incisivo de la IA desde la óptica regulatoria por parte del Plan de Acción. En tanto que continúan los trabajos legislativos en la actualidad, habrá que esperar a que cristalicen para observar la reacción de la Comisión en la futura evaluación del Plan.

3.2.3. La igualdad de oportunidades de los grupos racializados en el empleo, la educación, la salud y la vivienda

Es indudable que la discriminación en el acceso al trabajo y las condiciones laborales, como paradigmáticamente sucede con el subempleo y el racismo salarial, está muy extendida entre los colectivos vulnerables[63]. Su impacto es especialmente intenso en determinados grupos racializados y minorías. Además, dentro de ellos, se detectan categorías afectadas por la interseccionalidad, como las mujeres –que además pueden ser víctimas de violencia de género–, el colectivo LGTBIQ, las personas discapacitadas, los mayores y la juventud[64]. En esta línea de trabajo, el Plan de Acción parte de la necesidad de conseguir la plena aplicación del marco jurídico existente[65]. Complementariamente, recupera actuaciones inclusivas que han venido siendo prioritarias para las instituciones europeas[66], como puede

[60] Comisión Europea, Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, JOIN (2020) 5 Final, 25 de marzo de 2020, Bruselas, p. 3.

[61] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 10. Igualmente, Comité Europeo de las Regiones, op. cit., punto 22. Cfr. Comisión Europea, *Libro Blanco de la Comisión sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, de 19 de febrero de 2020, (COM(2020) 65 final). Más recientemente, FRA, *Bias in Algorithms – Artificial Intelligence and Discrimination*, pp. 34, 49-75 y 77-79, Luxembourg 2022.

[62] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 10. Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión de 21 de abril de 2021 {sec(2021) 167 final} - {swd(2021) 84 final} - {swd(2021) 85 final}.

[63] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 11-12.

[64] Center for Intersectional Justice (CIJ)-ENAR, op. cit, pp. 20-24.

[65] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p.12.

[66] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 12. Vid. entre otros, Consejo Europeo, Propuesta de Recomendación del Consejo sobre Un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil(COM(2020) 277 final), Bruselas 20 de octubre de 2020 y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité

apreciarse en el Pilar Europeo de Derechos Sociales y su desarrollo[67]. A este fin, debe subrayarse que las medidas políticas establecidas y la financiación de los fondos de cohesión impulsadas por la Comisión son imprescindibles, aunque quizá hubiera sido deseable una batería de medidas más novedosas e incisivas, y sobre todo, susceptibles de una evaluación transparente[68]. No obstante, en términos generales, las fórmulas propuestas son adecuadas[69], como sucede, por ejemplo, con el énfasis en la educación a todos los niveles; la formación profesional inclusiva[70]; la sensibilización del profesorado[71]; el análisis compartido de los enfoques no sesgados en los servicios públicos de empleo y la optimización de la economía social como nicho de empleo, salvando desde luego las competencias de los Estados Miembros.

Conexamente, cabe recordar que la salud, física y psíquica, también tiene una vertiente racializada que se ha agudizado desde la pandemia de COVID-19 y que debe ser investigada. Se halla vinculada a diversos factores, como los determinantes socioeconómicos, por lo que debe abordarse con estrategias de espectro múltiple. Como remarca la Comisión, algunas responden a iniciativas previstas de cara al futuro, por lo que habrá que esperar a su implementación y monitorización[72]. Entre las preexistentes al propio Plan de Acción, cabe destacar la ampliación del rol de la Plataforma de Política Sanitaria de la UE mediante la iniciativa NLO, que prestará especial atención a la reducción de las desigualdades basadas en el origen racial o étnico y transmitirá las propuestas de los grupos de interés a los responsables de las políticas sanitarias a escala nacional y de la UE[73]. Además, se pedirá a organismos especializados la selección de buenas prácticas sobre la inclusión de las personas de origen racial o étnico minoritario en las estrategias de prevención sanitaria que se verán ampliadas con el apoyo presupuestario de la UE[74].

Por último, en total imbricación con las consideraciones anteriores en materia de empleo, educación y salud, la Comisión Europea destaca que la discriminación

de las Regiones Construir una economía que funcione para las personas: un Plan de Acción para la economía social {SWD(2021) 373 final, Bruselas, 9 de diciembre de 2021 COM(2021) 778 final.

[67] Comisión Europea, Pilar Europeo de Derechos Sociales y Plan de Acción…, cit.

[68] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 15.

[69] CESE, ob. cit., puntos 2.2.2 y 2.2.4. Más recientemente, Parlamento Europeo, Resolución…, cit., punto 12.

[70] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 12.

[71] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 11-12.

[72] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p.14.

[73] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p.14. Cfr. Plataforma de Política Sanitaria de la UE, Declaración conjunta, *Mejora del acceso a la asistencia sanitaria para los grupos vulnerables y desatendidos por la Plataforma Que Nadie se quede fuera* (NLO), de 15 de enero de 2020.

[74] Vid. https://ec.europa.eu/health/non_communicable_diseases/steeringgroup_promotionprevention_en.

en el mercado de la vivienda refuerza la segregación por motivos racistas, disminuyendo la igualdad de oportunidades[75]. A esta evidencia cabe sumar el hecho frecuente de que los determinantes económicos que se unen a la racialización provocan un bucle que resulta difícil de disolver sin las políticas adecuadas. Como pone de manifiesto el Plan de Acción Antirracismo, las autoridades nacionales y locales son las principales responsables de las medidas para prevenir o solventar la segregación, acentuada por el fenómeno de la *gentrificación*[76]. A estos efectos, contarán con el apoyo financiero de la UE, puesto que los fondos de la política de cohesión seguirán siendo instrumentos clave durante el período 2021-2027 para apoyar acciones de vivienda inclusiva y garantizar el acceso a servicios generales integradores y de calidad y, lo que resulta más necesario, se abstendrán de realizar aportaciones a actuaciones que puedan generar cualquier forma de sesgo racial[77].

4. EL RACISMO INSTITUCIONAL: ÁREAS ESTRATÉGICAS PARA LA DIVERSIDAD INCLUSIVA

El Plan de Acción dedica su segunda gran línea de trabajo al racismo institucional. Reconoce su existencia por primera vez, lo cual constituye un hito dentro de las actuaciones de la Comisión, y señala una serie de dianas estratégicas y las acciones que entiende oportunas para su abordaje. Como un fenómeno paralelo al llamado racismo individual, dicha categoría teórica pone de manifiesto la existencia de una cultura de la segregación en la que las prácticas racistas y discriminatorias están altamente normalizadas en las instituciones sociales, financieras y políticas y, lo que puede resultar más grave, en la elaboración de políticas públicas, tanto de la UE como de los propios Estados miembros[78]. Consecuentemente, este tipo de racismo conculca el principio de igualdad de oportunidades en diversas esferas que tienen que ver con la acción institucional: personas o colectivos racializados y minorías sufren su impacto negativo en el acceso al empleo; la educación; la atención sanitaria; la vivienda; la participación política; la tutela judicial; los medios de comunicación; el deporte; el apoyo financiero, así como en su integridad moral y física[79]. Además, como señala la Comisión, la complejidad de la figura

[75] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp.14-15.

[76] AA.VV., *Gentrifications. View from Europe*, Berghan, New York-Oxford, 2022.

[77] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 15.

[78] Vid. Tratado de la Unión Europea (TUE) y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Versión Consolidada, DOUE de 3 de marzo de 2010, C/83/13, artículos 2 y 9. Sobre la delimitación de conceptos relacionados con la categoría, como racismo estructural y sistémico, Buraschi D. y Aguilar Idáñez, M.J., ob. cit., pp. 46 y siguientes. Desde un enfoque comunitario, Center for Intersectional Justice (CIJ)-ENAR, op. cit, pp. 20-24, disponible en https://www.intersectionaljustice.org/img/intersectionality-report-FINAL_yizq4j.pdf.

[79] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 15-17. Cfr. ENAR, *How can rule of law*…, cit., pp. 1-2. Desde el punto de vista de colectivos afectados, vid. por ejemplo, Fundación Secretariado

hace necesaria la adopción de una perspectiva interseccional para su comprensión y, por consiguiente, una mayor eficacia de las acciones de respuesta[80].

No obstante la relevancia del nuevo enfoque, las actuaciones programadas se cifran en una serie de acciones pretendidamente reversoras que, frente a lo que cabía esperar, no son totalmente originales, en tanto que tienen algunos paralelismos previos en la labor de organismos internacionales o bien son continuación de trabajos ya iniciados. Dichas medidas se centran en varios campos de acción: políticas constructivas frente a los estereotipos racializados, étnicos o de minorías; la mejora de los datos estadísticos necesarios para atajar la discriminación y fomentar la igualdad de oportunidades; y finalmente, la optimización de determinadas políticas de la UE[81].

4.1. El abordaje de los estereotipos racializados

Las medidas comunitarias contra el racismo institucional se dirigen en primer término al abordaje de los estereotipos raciales y étnicos en la sociedad civil y los medios de comunicación, con intervención de los representantes de los colectivos marginados. Frente a la negatividad de los estándares racializados, cuyo origen se cifra, entre otras causas, en el desconocimiento, se trata de sensibilizar sobre la historia de las comunidades afectadas por los discursos supremacistas[82]; adoptar compromisos para el apoyo y fomento de una imagen no sesgada mediante buenas prácticas de comunicación externa por parte de la propia UE y la realización de acciones de sensibilización, como por ejemplo, el establecimiento de fechas conmemorativas al estilo de las ya establecidas en el ámbito internacional[83]. Por lo demás, es fundamental la continuidad del trabajo de la Comisión con los medios de comunicación de todo tipo, el sector cultural y, especialmente, el deportivo, donde se vienen produciendo episodios racistas de altísima repercusión[84].

Gitano, Comunicado "Combatir el racismo estructural exige soluciones estructurales", de 21 de marzo, emitido en conmemoración del Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial 2023, disponible en https://www.gitanos.org/actualidad/archivo/137751.html

[80] Cfr. Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 15-17.

[81] Ibidem.

[82] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 16 y CESE, op. cit., puntos 1.1.3 y 2.4.1. Entre otros precedentes, vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre los derechos fundamentales de las personas de ascendencia africana en Europa (2018/2899(RSP)), puntos F y G.

[83] Vid. Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 16, donde se cita un listado de fechas emblemáticas.

[84] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 17.

4.2. La recopilación y uso de datos estadísticos adecuados

En otro orden, es destacable la recurrente preocupación institucional por la necesidad de contar con datos estadísticos actualizados, homogéneos y rigurosos[85], que permitan la comparación entre los Estados miembros y la elaboración de diagnósticos correctos conducentes a la adopción de una política comunitaria eficaz. En la estela de las actuaciones de organismos internacionales, el Plan de Acción pone de manifiesto que los datos recabados son escasos y no contienen las variables estadísticas necesarias que permitan indagar en las prácticas racistas[86]. Como puede inferirse, es un asunto sensible donde se manifiesta el equilibrio, a veces difícil, entre la corrección política, el pragmatismo y los derechos a la intimidad y protección de datos. La Comisión se compromete a estos efectos a emprender acciones para mejorar la metodología estadística mediante la recopilación de información útil desglosada por origen racial o étnico, con apoyo en las actividades estadísticas de la propia UE y la cooperación de los correspondientes organismos especializados[87], instando a los Estados a mejorar la recogida de datos desagregados por origen racial o étnico[88].

4.3. La optimización de los instrumentos de la UE

Como cabía esperar, el Plan de Acción Antirracismo acentúa el papel de esta área estratégica, fiando la consecución de resultados positivos a la implementación de instrumentos heterogéneos que involucran e impulsan a sujetos de muy distinta naturaleza[89]. A tal fin, se establecen unas líneas de trabajo que abarcan los planes nacionales de acción; las actuaciones de los actores territoriales, tanto regionales como locales; el rol del sector privado y sus compromisos voluntarios; la aplicación de la transversalidad y el enfoque interseccional en todas las políticas, para garantizar la igualdad de oportunidades de minorías y grupos racializados; el soporte financiero de los fondos UE y, finalmente, los compromisos en política exterior.

[85] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 17-18. Por ceñirnos al ámbito comunitario, por todos, Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, Farkas, L., *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union – Data collection in the field of ethnicity*, Publications Office, 2020, https://data.europa.eu/doi/10.2838/447194.

[86] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p.18.

[87] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 17-19 y CESE, op. cit., punto 2.3.4. Principalmente se trata de la actividad estadística de la FRA, así como de la continuidad del seguimiento del fenómeno mediante nuevas ediciones del Eurobarómetro sobre la discriminación. Además, hay que destacar el relevante trabajo del Grupo de Alto Nivel sobre No Discriminación, Igualdad y Diversidad. En esta línea, vid. Subgrupo de Datos sobre Igualdad, op. cit., pp. 10 y siguientes.

[88] Comisión Europea, Plan de acción…, cit., pp. 17-19 y CESE, op. cit., punto 2.3.4.

[89] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 19-24.

4.3.1. Los planes de acción nacionales

Según la Comisión, los planes nacionales de acción han demostrado ser una fórmula eficaz contra la discriminación por motivos racistas. La herramienta se caracteriza por su versatilidad, puesto que permite adaptar las acciones concretas a las propias circunstancias internas, la participación de representantes de la sociedad civil y, simultáneamente, comparar las buenas prácticas entre Estados[90]. No obstante tan optimista apreciación, recuerda que las reticencias estatales o el diferente ritmo de trabajo nacional suponen un obstáculo que hay que superar[91]. Precisamente por esta razón, la institución comunitaria fijó como plazo para su realización el fin de 2022 y brindó su apoyo y el de organismos especializados, de modo que todos los Estados miembros pudieran elaborar y adoptar sus propios planes sobre unos principios rectores consensuados y un esquema de trabajo homogéneo, por otro lado, ya bastante estandarizado[92]. Entre estos criterios, habría que enfatizar la importancia del establecimiento de objetivos claros y mensurables[93], así como el necesario rigor en las tareas de seguimiento y evaluación de los Planes, articuladas mediante informes periódicos, cuyo primer fruto de nivel comunitario será el informe de recapitulación que la Comisión propone presentar a finales del presente año 2023[94]. En el caso de nuestro país, es imprescindible recordar como muestras del cumplimiento de estos compromisos el "Marco estratégico de ciudadanía e inclusión contra la xenofobia y el racismo (CIRAX) 2021-2027"[95], al que acompañan como instrumentos específicos la "Estrategia nacional para la igualdad, inclusión y participación del pueblo gitano 2021-2030" y el recientemente aprobado "Plan nacional para la implementación de la Estrategia Europea de lucha contra el antisemitismo 2023-2030"[96], referentes en la materia cuya existencia se apuntó con anterioridad.

[90] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 24.

[91] Ibidem.

[92] Pueden consultarse tales principios rectores en Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 19-20. Sobre las pautas internacionales existentes, vid. *Guía práctica de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, https://www.refworld.org/docid/5566debe4.html.

[93] En estos términos, Comité Europeo de las Regiones, Dictamen…, cit., punto 33.

[94] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit. pp. 19-20.

[95] Ministerio de la Presidencia, RR. con las Cortes y Memoria Democrática, disponible en https://www.el-futuro-es-la-inclusion.es/.

[96] Disponibles en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/poblacion- gitana/docs/estrategia_nacional/Estrategia_nacional_21_30/estrategia_aprobada_com.pdf

Ministerio de la Presidencia, RR. con las Cortes y Memoria Democrática, disponible en https://www.el-futuro-es-la-inclusion.es/f y https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/2023/310123-PlanNacionalAntisemitismo.pdf.

4.3.2. La movilización territorial "multinivel"

En un esquema de trabajo "multinivel", la movilización de los entes regionales y locales desempeña un rol especialmente estratégico, ya que ocupan una posición privilegiada a la hora de diseñar políticas de cercanía orientadas a la lucha contra la discriminación y la exclusión social por motivos racistas en todas las esferas sociales[97]. Como aprecia el Plan de Acción, las autoridades locales tienen una larga trayectoria en la elaboración de estrategias eficaces para la cohesión social así como en la creación y participación en coaliciones, asociaciones municipales, programas, redes y foros –nacionales, comunitarios e internacionales–, por lo que resulta fundamental continuar con la línea de apoyo a estas acciones y su difusión mediante una adecuada política de reconocimiento y visibilidad de las ciudades inclusivas[98]. Por esta razón, la Comisión reconoce su papel en el diseño de los planes nacionales[99], puesto que abarcan materias que constituyen su responsabilidad, aunque quizá debería haber mostrado más énfasis, catalogando a las autoridades locales y regionales como socios estratégicos[100].

Respecto a las zonas rurales, el Plan de Acción destaca sus singularidades, pero sin establecer nuevas medidas más allá de la necesidad de mantener las iniciativas en curso, su carácter modélico y el soporte financiero. Hay que recordar que, entre dichas características, cabe subrayar su aislamiento, la proporción relativamente elevada de migrantes o nacionales recién llegados, una potencial falta de servicios e infraestructuras básicas y unos índices más altos de pobreza y desempleo[101]. Como puede deducirse, se trata de aspectos fundamentales que hubieran merecido un tratamiento más profundo, por ejemplo instando a los Estados Miembros a la elaboración de Planes de Acción regionales y locales a favor de la cohesión social[102]. Finalmente, en lo que afecta al apoyo financiero de las colectividades rurales vulnerables, la Comisión recuerda que los fondos de la UE complementan la acción nacional para hacer frente a sus retos, pero es necesario un compromiso a largo plazo para respaldar su adecuado desarrollo[103].

[97] Comité Europeo de las Regiones, Dictamen…, cit., puntos 26 a 28.

[98] Distintos ejemplos de estas iniciativas en Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 20-21.

En el caso español, por todos, vid. Plan de Acción Madrid contra el Racismo y la Intolerancia 2008.

[99] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 20-21.

[100] En este sentido se pronuncia el Comité Europeo de las Regiones, op. cit., punto 27.

[101] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 20-21.

[102] Comité Europeo de las Regiones, op. cit., puntos 30, 32 y 33.

[103] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 20-21.

4.3.3. El apoyo a las Cartas de Diversidad

Además, el Plan de Acción propugna una estrategia de diversidad, donde las empresas y los grupos de interés tienen un papel clave en la garantía de la igualdad de oportunidades, la no discriminación por motivos racistas y la inclusión social. A estos efectos, se destaca la bondad de la adhesión a las Cartas de la Diversidad, firmadas por organizaciones públicas y privadas, universidades, ONG y agentes sociales, así como la conveniencia de que se generalicen en la UE[104]. Mediante estos instrumentos, con un nivel de implantación ciertamente irregular previo al Plan de Acción, las organizaciones adquieren el compromiso voluntario de crear y mantener un entorno de trabajo inclusivo para sus plantillas, ajeno a cualquier tipo de sesgo discriminatorio. Aunque se obvia en el Plan de Acción, parece evidente que estas actuaciones deberían conectarse con el *mainstreaming* del *Compliance* sociolaboral, orientado a una cultura empresarial preventiva y de gestión ética, donde puedan ser monitorizados los entornos de trabajo inclusivos, libres de delitos de odio[105].

Por otro lado, junto a la necesidad de dar visibilidad externa a las Cartas, la Comisión brinda su apoyo a la infraestructura necesaria para aplicar de manera eficaz estos pactos y valorar su implementación mediante herramientas *on line*[106]. Como puede deducirse, la propuesta de avanzar en la construcción de plantillas diversas mediante esta herramienta es positiva, pero parece obviar la existencia de tejidos nacionales predominantemente formados por PYMES y microempresas, como sucede en el caso español, donde este tipo de iniciativas pueden encontrar dificultades que no se aprecian en las organizaciones de gran tamaño[107].

[104] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 21.

[105] Desde esta óptica, CESE, op. cit. punto 2.4.2. En el caso español, sobre la figura, vid. por ejemplo Esteban Ros, I. "La norma UNE de *Compliance* laboral", disponible en https://elderecho.com/la-norma-une-de-compliance-laboral. Igualmente, acerca de la Norma UNE 19601 y la certificación empresarial, vid. https://www.aenor.com/certificacion/compliance-y-buen-gobierno/gestion-prevencion-delitos.

[106] Comisión Europea, Plan de acción…, cit., p. 21.

[107] Vid. una perspectiva europea, con el detalle de firmas y plantillas beneficiadas, en https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/tackling-discrimination/diversity-management_en. De manera análoga, puede consultarse la Plataforma Europea de Cartas de Diversidad EU-Diversity Month, disponible en www.eudiversity2022.eu. Para una descripción del panorama español a los efectos expresados en el texto, vid. el contenido de la web fundaciondiversidad.com, donde se detallan los diez principios que componen la vigente Carta de Diversidad 2023-2025 y el nivel de adhesiones.

4.3.4. La transversalidad de la igualdad de oportunidades y de trato en todas las fases de las intervenciones comunitarias y estatales

Como se ha esbozado anteriormente, para conseguir una "Unión de la Igualdad", la Comisión fija como meta la garantía de que la lucha contra la segregación esté integrada en todas las políticas y actuaciones legislativas de la UE. Se trata de asegurar un enfoque de la igualdad de oportunidades y de trato de carácter horizontal, presente en todas las fases de las intervenciones comunitarias y absolutamente imprescindible[108]. Ahora bien, esta formulación quedaría incompleta si no se adopta además una perspectiva interseccional, en paralelo con las estrategias europeas de género, discapacidad y LGTBIQ, porque, como se ha señalado, la conjunción de los criterios mencionados conduce a un nivel adicional de vulnerabilidad[109]. Es por lo tanto imprescindible centrar a las personas racializadas en las intersecciones de la discriminación[110]. Para ello, se fomentará que las organizaciones que representan a grupos segregados sean consultadas de una forma más eficiente a lo largo de todo el proceso de elaboración de las políticas transversales por los organismos públicos implicados, tanto comunitarios como nacionales[111]. A tales efectos, el Plan de Acción brinda asistencia técnica a los Estados Miembros en esta materia[112].

4.3.5. La financiación mediante los Fondos Europeos

Los programas de financiación en pro de la igualdad de oportunidades de grupos vulnerables por motivos racistas o étnicos aparecen asegurados en el Plan de Acción, en referencia a lo ejecutado por los presupuestos comunitarios[113]. Aunque excede de su ámbito competencial, los requisitos que pondera la Comisión y se compromete a salvaguardar a los efectos descritos no son otros que el diseño correcto de las acciones; su ejecución eficiente; plurianualidad; la cooperación activa de la sociedad civil y de los Estados miembros en su óptima ejecución, así como un marco jurídico sólido[114]. Además, cobra especial relevancia, entre otras medidas previstas, el fomento de una cultura del asociacionismo, ordenada

[108] Parlamento Europeo, op. cit., apartado I.

[109] Por todos, Parlamento Europeo, op. cit., apartado S.

[110] En este sentido, Center for Intersectional Justice (CIJ)-ENAR, op. cit., pp. 20-24 y Resolución del Parlamento Europeo sobre la discriminación interseccional en la Unión Europea: situación socioeconómica de las mujeres de origen africano, de Oriente Próximo, latinoamericano y asiático (2021/2243(INI)), de 6 de julio de 2022.

[111] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 21. Igualmente, Parlamento Europeo, Resolución…, cit., apartado R.

[112] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 21.

[113] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 22-23.

[114] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 22.

a la consecución de la integración y la igualdad de oportunidades, instando a los Estados Miembros a replicar estas actuaciones en el plano interno[115].

Habida cuenta de la importancia del soporte económico en una estrategia como la que se examina en este estudio, parece oportuno recordar, entre los programas conexos, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia[116], elemento del Fondo *NextGenerationEU,* que, como es sabido, exige posturas proactivas a los Estados Miembros para conseguir la cohesión social[117]. Igualmente destacable es el Marco Financiero plurianual de la UE 2021-2027, con su paquete de recuperación post-Covid y prioridades a largo plazo[118]. Sin embargo, a pesar de su pertinencia y del compromiso de seguimiento por parte de la Comisión, el éxito de estos programas, aun en curso de ejecución, no termina de colmar las expectativas previstas[119]. Por último, no conviene olvidar la existencia del régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE, que vincula la tutela de sus intereses en la financiación de acciones para la integración de comunidades marginadas con su conformidad con los valores del art. 2 del TUE[120].

4.3.6. La coherencia de los Estados Miembros y el respeto de los principios comunitarios como condicionante en las relaciones con terceros países

La justicia racial es una prioridad transversal para la UE, al tiempo que un problema globalizado[121]. Por ello, es fundamental que sus actuaciones externas –como las ayudas económicas a terceros– y las de los propios Estados Miembros[122], sean coherentes con los principios comunitarios y la normativa internacional antidiscriminatoria y respeten los estándares de protección de los derechos humanos, como sucede también en materia de política presupuestaria[123].

[115] Ibidem.

[116] Para localizar las áreas prioritarias en el supuesto de nuestro país, vid. *Spain`s recovery and resilience plan*, https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility/spains-recovery-and-resilience-plan_es

[117] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 22-23.

[118] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 22.

[119] Es el diagnóstico del CESE, op. cit., apartado 2.4.4.

[120] Regulado por el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, DOUE LI 433/1, de 12 de diciembre de 2020. Vid. TUE…, cit.

[121] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 23.

[122] Ibidem.

[123] Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092…, cit. Por ejemplo, en materia de política comercial, vid. el Sistema de Preferencias Generalizadas de la UE de ayuda al desarrollo y sus condiciones a terceros países. https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Aranceles/Paginas/Sistema-de-preferencias-generalizado.aspx#:~:text=El%20SPG%20es%20un%20acuerdo,parcial%20de%20los%20derechos%20arancelarios.

A estos efectos, se procurará continuar reforzando la vinculación con socios clave a nivel internacional, regional y bilateral para renovar y reforzar la lucha contra el racismo[124]. Como sustento necesario de este tipo de relaciones, entre los diversos documentos comunitarios sobre política exterior, cabe destacar el Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional-Una Europa Global, vertebrado sobre los artículos 3.5, 8 y 21 del TUE[125], que puede conectarse directamente con el vigente Plan de Acción para los Derechos Humanos y la Democracia[126].

5. OTRAS ACTUACIONES FRENTE AL RACISMO

El Plan de Acción establece una serie de pautas bajo el epígrafe "Acción positiva en la UE: escuchar y actuar" que se centran en instar a los Estados Miembros a la adopción de una serie de medidas heterogéneas frente al racismo y la intolerancia[127]. Aunque no se puede olvidar que las facultades de la UE están restringidas, dichas propuestas sorprenden por su tibieza, sobre todo si se toman en cuenta las declaraciones de otros organismos sobre la cuestión, que reclaman actuaciones a favor de la justicia racial mucho más incisivas[128]. Valgan por todas ellas las recientes manifestaciones del Parlamento Europeo sobre "(…) la urgente necesidad de que la UE desarrolle y aplique un enfoque sólido, inclusivo, integral y polifacético para combatir todas las formas de racismo (…) en todos los ámbitos de la Unión"[129]. En contraste, la Comisión opta únicamente por animar a la adopción de acciones positivas y el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de igualdad racial; la construcción de democracias inclusivas y la puesta en práctica de procesos de diálogo.

[124] Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092…, cit. y Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 23.

[125] Vid. TUE…, cit. y Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021 por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional - Europa Global, por el que se modifica y deroga la Decisión 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (UE) 2017/1601 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE, Euratom) 480/2009 del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) PE/41/2021/INIT.

[126] Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, Bruselas 25 de marzo de 2020 JOIN (2020) final, p. 4.

[127] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 24-27.

[128] Ibidem.

[129] Parlamento Europeo, Resolución…cit., p. V.1.

5.1. Las acciones positivas

La Comisión Europea recuerda a los Estados Miembros su facultad para la adopción de acciones positivas en pro de la igualdad efectiva[130]. Es sabido que la Directiva sobre igualdad racial permite la adopción de medidas específicas para evitar o compensar desventajas relacionadas con la discriminación por motivos de origen racial o étnico[131], en línea con el Acervo Comunitario antidiscriminatorio. Como no podía ser de otra manera, las políticas públicas y sus agentes ocupan un lugar estratégico en dichas actuaciones[132]. Quizá por esta razón y en coherencia con su abordaje del racismo institucional, el Plan de Acción también alienta a los Estados Miembros a ser proactivos a la hora de asegurar la promoción de la igualdad de oportunidades y la justicia racial por parte de las autoridades públicas, no ya a través de la acción positiva, sino mediante la asunción de las obligaciones legales o *estatutarias* en materia de igualdad[133]. Se involucra de este modo en la consecución de la equidad a todas las partes interesadas en los procedimientos y métodos de gestión pública[134]. Con esta finalidad, la Comisión los exhorta a la definición de fórmulas que permitan integrar las medidas de igualdad en la actividad ordinaria de dichos organismos[135]. Igualmente, se compromete a la monitorización de las buenas prácticas estatales en la materia para que sean compartidas[136].

5.2. La construcción de democracias inclusivas

Cuando habla de democracias inclusivas, el Plan de Acción pone de relieve la necesaria concienciación sobre los obstáculos a la participación y la representación política de grupos y personas por motivos racistas, por su origen étnico o pertenencia a minorías[137]. De nuevo, como se viene señalando a lo largo de este análisis, se manifiesta la preocupación de la Comisión acerca de las dificultades para obtener diagnósticos fiables, ya que la recogida estandarizada de datos correctos sobre la participación política de los grupos segregados es fundamental para visualizar la magnitud del problema, con el consabido respeto a los derechos

[130] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 24.

[131] Directiva 2000/43/CE, cit., artículo 5. Vid. Hernández Llinás, L., "Acciones positivas en la Unión Europea. Evolución normativa y jurisprudencial", en AA.VV., Ramos Hernández, P. y García Montoya, L. (Coords.) *Estado de Derecho, democracia y forma de gobierno*, Universidad de Salamanca 2021, pp.131-143.

[132] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 24.

[133] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 24 y 25. Vid. Crowley N., *Making Europe More Equal: A legal duty?,* p. 6*,* disponible en https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positiveequality_duties-finalweb.pdf.

[134] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 24-25.

[135] Ibidem.

[136] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 25.

[137] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit. pp. 25-27.

fundamentales y los requisitos de protección de datos[138]. Además, es necesario elaborar listas electorales que aseguren la diversidad inclusiva y censos completos. A estos efectos, las próximas elecciones al Parlamento Europeo de 2024 marcan un horizonte que servirá para evaluar los esfuerzos de la Comisión[139]. Por último, como reflexión crítica, cabe subrayar que hubiera sido conveniente un llamamiento expreso por parte de la Comisión a los fondos de la UE para fomentar el acceso a la participación democrática de los colectivos vulnerables en coherencia con otras políticas comunitarias[140].

5.3. La implementación del Plan de Acción Antirracismo y los nuevos marcos de diálogo

Como se ha apuntado, la Comisión intensificará sus trabajos para dar prioridad a escuchar a los afectados y aplicará el Plan de Acción con la participación de personas que sufren discriminación por motivos racistas y xenófobos[141]. Los instrumentos para ello serán la consulta y el diálogo periódicos con los Estados miembros y las partes interesadas[142]. En este marco de comunicación, cabe destacar especialmente el papel que se otorga a las organizaciones que integran a los colectivos segregados, a las que se deben sumar, entre otros sujetos de la sociedad civil, empresas, interlocutores sociales y agentes de base[143]. Esta interrelación tiene una función muy relevante: por un lado, tratará las medidas específicas anunciadas en el Plan de Acción, por lo que serán fundamentales para su implementación. Por otro, versará sobre la integración de las consideraciones relativas a los grupos vulnerables en todas las políticas de la UE. Dicho marco de diálogo y aplicación nace con vocación de permanencia y continuidad, con el soporte de organismos especializados del mayor nivel, que trabajarán con las instituciones europeas y los Estados Miembros para conseguir la mejor implementación del Plan[144].

Conexamente, cabe concluir que, aunque estas medidas son adecuadas, el cuadro de actores involucrados en la implementación del Plan debería haber incluido una referencia expresa a la comunicación con terceros Estados –como los países de origen de los migrantes–, ya que podrían aportar una valiosa colaboración.

[138] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 25.

[139] Ibidem.

[140] Cfr. Plan de Acción Europeo para la democracia, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/european-democracy-action-plan_es

[141] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 25.

[142] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 26.

[143] Ibidem.

[144] Es el caso de la Coordinadora para la lucha contra el racismo, nombrada en 2021 y los dos Grupos de Alto Nivel, respectivamente sobre la Lucha contra el Racismo, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia y sobre No discriminación, Igualdad y Diversidad.

Igualmente, como se ha señalado desde otras instancias[145], dada la transversalidad de las estrategias existentes sobre género, LGTBIQ y discapacidad[146], la Comisión podría haber aprovechado la sinergia generada para establecer como una práctica institucionalizada la elaboración, no solo de informes de situación individuales, sino también de informes intersectoriales, que permitan examinar sus efectos acumulativos a escala nacional, regional y local[147].

6. BUENAS PRÁCTICAS SOBRE DIVERSIDAD INCLUSIVA: LOS RR.HH. PROPIOS COMO MODELO

De nuevo, en la misma línea de otros organismos internacionales y en coherencia con su solicitud a los Estados Miembros para que integren la diversidad inclusiva en los procedimientos y actuaciones cotidianas de las administraciones públicas[148], la Comisión Europea propone en el Plan de Acción la continuidad de acciones antirracismo que beneficien a su propio personal[149]. Se trata de prolongar y optimizar la aplicación de su propia Carta de la Diversidad y la Inclusión, vigente desde 2017, de manera que sea verdaderamente parte integrante del compromiso de gestión en todos sus servicios[150]. Tales medidas abarcarían todos los niveles de la organización dentro de un marco estratégico de RR.HH. liderado por directivos y mandos intermedios[151]. Es una propuesta a la que se adhieren otros organismos de la propia UE que la catalogan como pauta de referencia[152].

De acuerdo con lo anterior, entre otras medidas relativas a la estructura administrativa de la Comisión y junto a consideraciones sobre organismos

[145] Comité Europeo de las Regiones, Dictamen…, cit., punto 39 y Parlamento Europeo, Resolución…, cit., apartado S.

[146] Vid. supra.

[147] Comité Europeo de las Regiones, Dictamen…, cit., punto 39 y Parlamento Europeo, Resolución…., cit., apartado S.

[148] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 27-29. Es el supuesto, por ejemplo, de la Secretaría de las Naciones Unidas, Plan de Acción Estratégico. Informe del Equipo de Tareas del Secretario General para abordar el Racismo y Promover la Dignidad de Todas las Personas en la Secretaría de Naciones Unidas, Nueva York, diciembre de 2021, https://iseek.un.org/unitedagainstracism.

[149] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., pp. 27 y 28.

[150] Cfr. Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 28. Vid. la Comunicación de la Comisión "Un lugar de trabajo mejor para todos: de la igualdad de oportunidades a la diversidad y la inclusión" [C(2017) 5300 final].

[151] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 28.

[152] Con expresión de la voluntad de llevar a cabo estas buenas prácticas, de manera análoga, CESE, op. cit., punto 2.5.5 y Comité Europeo de las Regiones, Dictamen…, cit., punto 42.

preexistentes[153], se prevé en el Plan de Acción la creación de una Oficina de Diversidad e Inclusión para supervisar el desarrollo y la aplicación de todas las acciones[154]. A este fin, es relevante destacar que se programa por primera vez la recogida de datos sobre la diversidad del personal de la Comisión, a través de una encuesta específica, voluntaria y anónima[155].

Igualmente, el Plan de Acción señala la necesidad de reforzar la sensibilización del personal y la formación específica de los profesionales de RR.HH. para la prevención de cualquier posible segregación en aspectos tales como el programa de prácticas[156]; la gestión de candidaturas de solicitantes de origen racial o étnico minoritario y el proceso de contratación. Junto a estas medidas preventivas, se establece la monitorización de las eventuales prácticas discriminatorias, como el acoso, y se subraya la indemnidad ante las denuncias, frente este en el que la Comisión se propone intensificar sus trabajos[157].

Habida cuenta de estas propuestas, resultará altamente productivo comprobar los resultados de las acciones emprendidas, sobre todo teniendo en cuenta que otros organismos comunitarios van a seguir su modelo. Para ello, la institución tiene prevista una evaluación interna que presentará a finales de 2023 e igualmente, otra de tipo comparativo con las prácticas inclusivas de otras administraciones públicas, organizaciones internacionales y empresas privadas[158].

7. CONCLUSIONES

Como muestran los indicios estadísticos y los medios de comunicación, la sociedad europea cada vez se escora más hacia la intolerancia y el discurso de odio contra grupos racializados y minorías, lo cual supone una quiebra de los valores fundamentales sobre los que se sustenta el marco jurídico comunitario y la antítesis del modelo social que propugnan el Pilar Europeo de los Derechos Sociales y su Tercer Principio. A estos efectos, resulta imprescindible la introducción de medidas integrales cuya finalidad última sea una Europa inclusiva, libre de cualquier tipo de discriminación por motivos racistas o xenófobos y plena de igualdad de oportunidades para todas las personas.

[153] Como la Oficina Europea de Selección de Personal. Vid, Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 28.

[154] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 27.

[155] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 27. Cfr. Grupo de Alto Nivel sobre No Discriminación, Igualdad y Diversidad, Subgrupo de Datos sobre Igualdad, *Nota de orientación…*, cit., pp. 10 y ss.

[156] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 29.

[157] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 28.

[158] Comisión Europea, Plan de Acción…, cit., p. 29.

La Comisión Europea ha tratado de colmar esta necesidad mediante el Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025. Se trata de un marco estratégico que busca impulsar la acción coordinada de todos los agentes políticos y de la sociedad civil para conseguir estos objetivos. A tal fin, dentro de los márgenes que establecen las competencias comunitarias, el instrumento pretende abordar las esferas sociales en las que se suele producir el impacto de las prácticas discriminatorias (estereotipos, ámbito penal, espacio digital, acceso al mercado laboral, condiciones de trabajo, educación, asistencia sanitaria, vivienda, participación en la democracia), con la pretensión de optimizar los medios con que cuenta la UE, como las acciones legislativas, políticas, presupuestarias y el modelo de gestión de la diversidad de sus propios RR.HH., cuyos aspectos más relevantes han sido objeto de exposición y análisis a lo largo de este estudio.

Dentro del esquema típico de las herramientas programáticas de la UE, la Comisión presenta la compleja realidad de la problemática racial en Europa e imbrica sus propuestas de manera fundamentada, realizando un examen de las actuaciones pasadas, vigentes o previstas para el futuro con la finalidad descrita, exhortando a los Estados Miembros a cumplir sus responsabilidades. Sin embargo, aunque su enfoque pueda resultar bastante completo en líneas generales y hasta totalmente novedoso en algunos aspectos, como sucede con el reconocimiento de la discriminación por motivos racistas de carácter institucional, sorprende el tratamiento de determinadas medidas, como sucede con las acciones positivas, probablemente merecedoras de un abordaje más incisivo, aun dentro de las limitaciones que posee un instrumento de este tipo.

Finalmente, hay que concluir, como se ha señalado desde organismos especializados, que la lucha eficaz contra el racismo, la xenofobia y la intolerancia exige un seguimiento continuo y general, concretado mediante la adopción de una serie de medidas de refuerzo mutuo en todos los ámbitos de la sociedad. Sin embargo, sorprende que el Plan de Acción prevea con desigual énfasis la monitorización de la ejecución y progreso de las acciones propuestas. De todas maneras, habrá que esperar a los correspondientes informes de aplicación para comprobar los resultados y observar la capacidad de reacción de la Comisión, a los efectos de su eventual reformulación llegado el caso.

APOYO ACTIVO PARA EL EMPLEO: PAQUETE DE APOYO AL EMPLEO JUVENIL

Olimpia molina hermosilla
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

EXTRACTO: **Palabras clave:** desempleo juvenil, garantía juvenil; formación profesional; competencias.

En el actual proceso al que estamos asistiendo en el ámbito de la Unión Europea, de puesta en valor de la dimensión social, como elemento clave para la integración del mercado único europeo, ocupa un destacado lugar el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, el cual, ha quedado reforzado a través de un plan específico de actuación, en el que se incluyen los ambiciosos objetivos que la Unión Europea se ha marcado en materia de empleo, de cara a su consecución en el año 2030.

Para conseguir estos objetivos resulta necesario mejorar la situación sociolaboral en que se encuentra la población joven en Europa, que aparece por ello considerada como destinataria de un paquete de medidas de apoyo específico dirigido a lograr la mejora de su empleabilidad. Sin embargo, algunas de las medidas que lo integran presentan déficits estructurales que pueden llegar a provocar su propia ineficacia.

Por otra parte, la mejora en los niveles de empleo de esta población joven, no aparece considerada como objetivo en sí mismo, sino por la contribución que del mismo cabe esperar a la consecución del objetivo general que la Unión Europea se ha fijado en esta materia de empleo.

ABSTRACT: ***Key words:*** *youth unemployment; youth guarantee; vocational training; skills.*

In the current process of enhancing the social dimension, as a key element for the integration of the European market, the European Pillar of Social Rights stands out, reinforced through a specific action plan, which includes the ambitious objectives that the Union European Union has set in terms of employment, to be achieved 2030.

To achieve them, it is necessary to improve the socio-employment situation of the young European population, which appears as the recipient of a package of specific support measures for their employment. However, some of these measures have structural deficits that may cause them to be ineffective.

The improvement in the employment levels of this young population is not considered as an objective in itself, but rather because of its contribution to the achievement of the general objective in terms of employment.

ÍNDICE:

1. Planteamiento general
2. El pilar europeo de los derechos sociales
3. Principios de intervención de la unión europea en el ámbito del empleo
4. Intervención sistemática de la unión europea en el concreto ámbito del empleo juvenil
5. El paquete de medidas de apoyo al empleo juvenil: principales ejes de actuación
   5.1. Refuerzo del programa de Garantía Juvenil
      5.1.1. Principales déficit y propuestas de mejora
      5.1.2. Su implementación en España: El Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 "Trabajo digno para las personas jóvenes"
   5.2. Actuaciones en el ámbito de la Educación y Formación Profesional
   5.3. Impulso de las prácticas y de la formación de personas aprendices
   5.4. Medidas adicionales de apoyo al empleo juvenil
      5.4.1. Iniciativa de Empleo Juvenil
      5.4.2. Medidas de apoyo a la movilidad laboral de la población joven
6. Fondos de la unión europea alineados con los objetivos del paquete de medidas de apoyo al empleo juvenil
7. A modo de conclusiones

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La construcción de la Unión Europea ha sido el resultado de un proceso complejo, en el que ha sido necesario transitar desde los objetivos exclusivamente mercantilistas, que inspiraron la creación del mercado común europeo, hacia la incorporación de una dimensión social en este mercado, para pasar lentamente y de forma no siempre pacífica, a una inconclusa fase, en la que nos encontramos en la actualidad, de creación de un espacio jurídico social europeo, basado en la apuesta por la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales y ello como expresión del proceso diacrónico de institucionalización de la política y del Derecho Social de la Unión Europea[1].

Y es que, en los sistemas democráticos constitucionales, con Estado Social de Derecho, a los que responden los Estados miembros, la legitimación no reviste exclusivamente carácter formal y procedimental sino también y, principalmente sustancial, lo cual, en el ámbito de los derechos sociales fundamentales se traduce en la obligación que recae sobre los poderes públicos de instaurar un sistema eficaz de garantías de protección de estos derechos, en el espacio geopolítico europeo[2].

[1] Monereo Pérez, J.L "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social", *Lex Social,* V. 8, nº 2, 2018, pág. 251-298.

[2] Monereo Pérez, J. L. *Los Fundamentos de la Democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, El Viejo Topo, 2013, Barcelona, especialmente págs. 388-470.

En efecto, enmarcado en este proceso de evolución, comprobamos como en los últimos años, hemos venido asistiendo en el ámbito europeo a un intento por recuperar el discurso de lo social, ante los riesgos que las propias dinámicas económicas potenciadas por estas instancias han hecho emerger, tratando ahora de conciliar la racionalidad económica con la racionalidad política. Precisamente, en este proceso de puesta en valor de la dimensión social en este ámbito europeo, ocupa un destacado lugar el Pilar Europeo de los Derechos Sociales[3], el cual está llamado a actuar como límite frente a los avances desmedidos del propio proceso de integración económica[4].

Sin embargo, no podemos obviar el carácter de subsidiariedad que informa todo este Pilar Europeo de Derechos Sociales, el cual, puede llegar a suponer un obstáculo a su utilidad y eficacia en el marco legislativo de los respectivos Estados miembros[5].

2. EL PILAR EUROPEO DE LOS DERECHO SOCIALES

El Pilar Europeo de Derechos Sociales se suscribió el 17 de noviembre de 2017, con el valor de proclamación interinstitucional, por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea[6]. En esta versión original aparece organizado en torno a veinte principios y derechos destinados a fomentar unos mercados de trabajo y unos sistemas de protección social equitativos y que funcionen correctamente, estructurados en torno a tres categorías: igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social.

Así mismo, esta declaración se hacía acompañar de un cuadro de indicadores que constituía un marco de referencia para llevar a cabo un seguimiento de los resultados conseguidos por cada uno de los Estados miembros, impulsando las reformas a nivel nacional que resultasen necesarias para contribuir a la consecución de los objetivos fijados para el conjunto de la Unión Europea, al tiempo que servía

[3] Véase en este sentido, la cuidada recopilación de los trabajos de Rojo Torrecilla, E. sobre la evolución que ha experimentado el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, que lleva por título "Estudio del Pilar Europeo de los Derechos Sociales desde su origen (2015) a la efectiva aplicación de sus principios (2023): Contenido y desarrollo", publicado el 10 de mayo 2023 en el blog del autor, http://www.eduardorojotorrecilla.es/

[4] Monereo Pérez, J.L. "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social" Op. Cit. pág. 257.

[5] Tomás Mallén, B. (2023). El impacto del pilar europeo de derechos sociales en la legislación española. *Lex Social, Revista de Derechos Sociales, 13* (1)*,* 1-24. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7925

[6] Doc. COM (2017) 677 final, 22 11 2017, y desarrollo del concepto en Doc. COM (2016) 127 final, 8 3 2016.

de orientación para avanzar en el proceso renovado de convergencia en toda Europa.

De esta forma, el Pilar Europeo de Derechos Sociales no aparece revestido de la naturaleza de Tratado y carece por ello de fuerza contractual, y pese a ello, se ha considerado que su importancia es tal que "toma el control político de una política institucional como es la política de empleo, con el pretexto de la crisis financiera mundial"[7]. Tanto es así que, a partir de su aparición, las Orientaciones para el Empleo que se dirigen a cada uno de los Estados miembros, responden a los principios inspiradores de este instrumento institucional.

Con posterioridad y en el marco de las actuaciones que la Unión Europea ha llevado a cabo con el fin de reparar los devastadores efectos de la crisis sanitaria, económica y social provocada por la Covid-19 sobre el mercado europeo, se adopta la decisión de fortalecer la dimensión social de este mercado, y para ello, recibe un nuevo y decidido impulso el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, que aparece ahora conectado con el proceso de transición ecológica y digital que ha de experimentar la industria y economía europea, con el fin de superar las graves brechas y desequilibrios sociales que presenta la población asentada en este territorio.

En este contexto, el 4 de marzo de 2021, la Comisión presentó el "Plan de Acción para la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales", que incluye una batería de ambiciosos objetivos principales y complementarios en materia de empleo, capacidades, educación y reducción de la pobreza, de cara a su consecución en el año 2030. Este documento se hace acompañar de un cuadro de indicadores sociales revisado.

En concreto, en el ámbito del empleo, se fija el objetivo general a alcanzar consistente en que, como mínimo, el 78% de la población con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años tenga un empleo en el año 2030. Para conseguir este objetivo general, se considera necesario que Europa logre reducir a la mitad la brecha de género en el empleo que registra actualmente, aumentar la oferta formal de educación y cuidados de la primera infancia y reducir la tasa de población con edades comprendidas entre 15 y 29 años que ni estudia ni trabaja (denominada ninis), desde el 12.6% que se registraba en el año 2019, al 9% que se espera alcanzar en el año 2030.

En cuanto a las capacidades, el objetivo es igualmente ambicioso, ya que se considera que, como mínimo, el 60% de la población adulta debe participar en actividades de formación todos los años.

[7] Gómez Muñoz, J.M "La política de empleo de la Unión Europea en la reconstrucción Post-Covid", *Documentación Laboral*, nº 124, 2021, pág. 83-98.

Respecto al ámbito de la protección social, el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social debe reducirse como mínimo en 15 millones de personas de aquí a 2030, reducción que se estima que al menos debe beneficiar a cinco millones de niños y niñas.

Meses más tarde, concretamente el 8 de mayo de 2021, en la Cumbre Social de Oporto, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron este Pilar Europeo de Derechos Sociales como un elemento fundamental de la recuperación, señalando que su aplicación reforzaría el impulso de la Unión hacia una transición digital y ecológica justa, y contribuiría a lograr una mayor convergencia social y económica, así como a abordar los retos demográficos a los que se enfrenta la Unión Europea.

En esta Cumbre también se aceptaron los nuevos objetivos actualizados con el horizonte temporal de su consecución fijado en el año 2030. Por tanto, cada país teniendo en cuenta su concreto punto de partida, debe contribuir de manera adecuada a la consecución de estos objetivos comunes que se ha marcado la Unión Europea.

El Pilar Europeo de los Derechos Sociales no se trata, por tanto, como vemos de una cuestión estática y conclusa, sino que se encuentra sometido a un constante y profundo proceso interno de discusión y debate, propiciado desde las propias instancias europeas, que instan a las instituciones y a los Estados miembros e interlocutores sociales a discutir conjuntamente y hacer balance de los avances que se vayan consiguiendo en este proceso, con el fin de lograr la consecución de los objetivos fijados en cada una de las áreas de actuación en que aparece estructurado.

De hecho, está previsto que la Comisión Europea lleve a cabo una revisión de este Plan de Acción en el año 2025, cuyos resultados se espera que puedan servir de base para emprender reformas, si fuese necesario a nivel europeo, corrigiendo así las desviaciones que puedan producirse y todo ello con el objetivo de lograr que, en el año 2030, puedan alcanzarse los ambiciosos objetivos fijados en cada una de las áreas de intervención propuestas.

3. PRINCIPIOS DE INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO

La intervención de la Unión Europea en materia de empleo descansa, con carácter general, en tres principios básicos. Por un lado, en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea[8], se menciona expresamente el desarrollo sostenible tendente al pleno empleo y la lucha contra la exclusión social y la discriminación como objetivos básicos de la Unión. Junto a éste, el artículo 145 del Tratado de

[8] Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE 2016C 202/01.

Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), contempla la necesidad de potenciar una "mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico". En tercer lugar, el artículo 146 TFUE, alude a las responsabilidades de los interlocutores sociales y a la coordinación por parte de los Estados de las políticas de fomento del empleo, dada la consideración que la materia de empleo alcanza como asunto de interés común.

Teniendo en cuenta esta consideración, el actual Título IX del TFUE, que comprende los artículos 145-150, aparece dedicado a la materia de empleo, contenido que fue incorporado como respuesta a la grave situación de falta de este bien que viene afectando a la ciudadanía europea.

Con base en ello, la intervención de la Unión Europea en este ámbito, sólo se producirá cuando quede evidenciada la ineficacia de los Estados miembros y se acredite que su participación resultará más efectiva.

Junto a lo anterior, conviene recordar que la intervención de la Unión Europea en este ámbito de empleo, queda desprovista de vinculación jurídica, con el fin de salvaguardar la soberanía nacional de los Estados miembros, ante cualquier riesgo de injerencia en este ámbito del empleo. La consecuencia de ello es que la intervención comunitaria queda, desde su mismo diseño, desprovista de carácter imperativo y coercitivo y, por tanto, habrá de recurrir a medidas de estímulo para conseguir su propósito en este ámbito del empleo.

En tercer lugar, la Unión Europea solo está habilitada para intervenir de forma directa, mediante la articulación de iniciativas de empleo que tengan por objeto el desarrollo de intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores, recurriendo a proyectos piloto, tal y como se desprende del art. 149 TFUE. Se excluye la posibilidad de que estas iniciativas pueden ir dirigidas a incorporar técnicas de armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros, con lo que se comprueba que la intervención de la Unión Europea a través de esta vía, queda bastante reducida en la práctica.

De todo lo anterior podemos concluir que serán los Estados los competentes para desarrollar las políticas de empleo, quedando reservado a la Unión Europea un papel complementario, centrado en su actuación orientada a fomentar la cooperación entre los distintos Estados, a quienes presta su apoyo a través de la financiación proveniente de fondos europeos (art. 147 TFUE).

4. INTERVENCIÓN SISTEMÁTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CONCRETO ÁMBITO DEL EMPLEO JUVENIL

En el ámbito concreto del empleo juvenil, es necesario además tener en cuenta la grave situación que afecta a la población joven en Europa, en cuanto al acceso a este bien, para entender así la intervención sistemática que la Unión Europea ha venido desarrollando[9].

Es necesario tener en cuenta que el desempleo juvenil que asola Europa no sólo supone un riesgo para el desarrollo de las futuras generaciones sino que, al mismo tiempo, supone desaprovechar la inversión que se ha realizado en la capacitación y formación de este sector de la población, y con ello, lo que está en riesgo, en definitiva, es el mantenimiento y sustento del modelo de Estado de Bienestar del que nos hemos dotado en la Unión Europea, frente a otros modelos de crecimiento económico.

En cuanto a la situación que presenta la población joven en Europa, se calcula que una de cada seis personas europeas pertenece al colectivo de población con edades comprendidas entre los 15 y los 29 años. El 72% de este colectivo reclama una mayor atención por parte de los responsables políticos a sus reivindicaciones y poder contar con un mayor apoyo a su desarrollo personal, social y profesional[10].

Lo cierto es que las sucesivas crisis económicas y financieras por las que ha atravesado Europa en las últimas décadas, siempre han demostrado una influencia especialmente negativa sobre la población joven, que ha resultado mucho más vulnerable ante los efectos negativos derivados de estas crisis.

Así, ocurrió en la crisis mundial de 2008, en las que la cifra de desempleo de jóvenes en Europa aumentó desde el 16% registrado ese año, hasta un máximo del 24,4% en el año 2013. Desde la Unión Europea se tomaron medidas de toda índole que hicieron que estas tasas de desempleo entre jóvenes fueran paulatinamente remitiendo, hasta llegar al mínimo histórico de 14,9%, registrado justo antes de que hiciera su aparición la crisis provocada por la Covid-19. Tras ésta, de nuevo, las

[9] Vila Tierno, F. Maizal Jiménez, M. "Instrumentos de inserción juvenil en el contexto nacional y europeo" (Dirs.) Gallego Morales, A; Cruz Villalón J. De Soto Rioja, S. (Coord.) Monereo Pérez, J.L *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014*,* pág. 211-227.

[10] En el caso de España, el 40% de los jóvenes que integran este colectivo, identifican la situación económica como el principal problema que afecta a nuestro país y este porcentaje aumenta hasta el 49% entre los que consideran que el desempleo es el principal problema que afecta a España. En sintonía con ello, la percepción de los jóvenes españoles hacia la economía española y la situación del empleo en nuestro país es muy negativa, considerando un 91% que la situación económica es mala, mientras que el 96% mantienen esta misma consideración para la situación del empleo en España. Fuente: Euro barómetro sobre juventud, marzo 2022, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_2774

consecuencias negativas se han cebado especialmente sobre la población joven en Europa, incrementándose su tasa de desempleo en tres puntos porcentuales entre el primer y el tercer trimestre del año 2020[11], con el consiguiente coste social y económico que ello conlleva.

Esta situación motivó a los dirigentes de la Unión Europea a adoptar un paquete de medidas esencial de "Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación"[12]. Con este conjunto de medidas se trata de poner freno a la peligrosa deriva puesta de manifiesto por la Comisión Europea, consistente en que la falta de adopción de medidas adecuadas terminase por trasladar los peores efectos de esta crisis sobre la población juvenil, marcando a esta generación entera de europeos durante años, debido al retraso en su incorporación al mercado de trabajo.

Con este objetivo se adopta un programa muy ambicioso de intervención que aparece estructurado en torno a cuatro ejes:

1. Profundización en el programa de Garantía Juvenil.
2. Actuaciones en el ámbito de la Educación y Formación profesional.
3. Impulso de prácticas y de la formación de personas aprendices.
4. Medidas adicionales de apoyo al empleo juvenil.

La apuesta por este concreto paquete de medidas descansa sobre la consideración de la Comisión favorable a apostar por programas de incentivos a la contratación, junto con programas de formación, tanto a medio como a largo plazo, debido a los aspectos positivos que conllevan, cifrados en la mejora de la empleabilidad y las capacidades de las personas participantes en estos programas, especialmente en épocas de crisis[13].

Por tanto, este paquete de medidas nace como respuesta de la Unión Europea ante los efectos especialmente perniciosos que acarrea la crisis económica sobre la población joven europea, con el propósito de arbitrar una serie de medidas inspiradas en los principios de igualdad de oportunidades y de acción positiva, que vinieran a compensar esta especial desventaja que afecta a los jóvenes en Europa, convirtiéndose de esta forma, en una especie de trampolín o palanca hacia su inserción en el mercado de trabajo.

[11] Mientras que, en este mismo periodo, la tasa de desempleo general aumentó en 0,8 puntos porcentuales. Fuente: Eurostar, recogida en Recomendación UE 2021/402 de la Comisión de 4 de marzo de 2021 sobre apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la Covid-19. DOCE 8-3-2021, L 80/1.

[12] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación", COM (2020) 276 final.

[13] Card, D., Kluve, J., Weber, A.: *What works? A meta-analysis of recent active labor market program evaluations.* Journal of the European Economic Association, nº 16(3), 2018, 894-931.

5. EL PAQUETE DE MEDIDAS DE APOYO AL EMPLEO JUVENIL: PRINCIPALES EJES DE ACTUACIÓN

Son cuatro, como decimos, los ejes sobre los que se sustenta este programa de intervención diseñado por la Unión Europea en el ámbito del empleo juvenil:

5.1. Refuerzo del programa de Garantía Juvenil

El Programa de Garantía Juvenil ha sido considerado como el programa estrella de la Unión Europea para mejorar la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo. Fue creado en el año 2013 y desde entonces, ha permitido canalizar las ayudas económicas de la Unión para lograr la participación en el mercado de trabajo de 24 millones de jóvenes[14].

El éxito alcanzado por este programa ha hecho que la Unión Europea apueste decididamente por él, incorporándolo al Pilar Europeo de Derechos Sociales (principio 4b), como mecanismo para apoyar a la población europea más joven y vulnerable.

Con este propósito se aprueba la Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020, relativa a "Un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil"[15], que viene a sustituir a la anterior Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013, por la que quedó establecido originariamente este programa.

En el diseño de este programa, desde su origen, siempre ha confluido una doble dimensión: por un lado de empleabilidad, la cual reviste un carácter esencial, y junto a ella, una vertiente formativa, lo que ha sido interpretado como evidencia de la propia incapacidad sentida por la Unión Europea, para garantizar el acceso a un empleo a toda la población joven que aparece como destinataria de este programa[16].

Con este programa de refuerzo de la Garantía Juvenil aprobado en el año 2020, se ha visto ampliado su ámbito subjetivo, para permitir ahora que los jóvenes europeos con edades comprendidas desde los 15 a los 29 años puedan ser destinatarios de este tipo de iniciativas, debido a la difícil situación que encuentran a la hora de participar en el mercado de trabajo. De esta manera, las personas comprendidas en esta franja de edad y siempre que se hallen inscritas en este programa, se convierten en el ámbito de la Unión Europea, en destinatarias de una

[14] Monereo Pérez, J.L López Insua, Mª B. *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, Atelier, Barcelona, 2023, pág. 33-45.

[15] Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020 relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil 2020/C 372/01 (DO C 372, 4.11.2020, p. 1).

[16] Morales Ortega, J.M.: "Las políticas de empleo en la Unión Europea y la garantía juvenil: antecedentes, contexto y contenido", en VV.AA., Morales Ortega, J.M. (Dir.) *Jóvenes y políticas de empleo*, Bomarzo, Albacete, 2014, pág. 41.

oferta de empleo, de educación, formación o prácticas que los Estados miembros deben satisfacer en un plazo máximo de cuatro meses.

Sin embargo, la ampliación del colectivo de personas destinatarias, desde los 25 años que estaban fijados como límite en su versión anterior, hasta los 29 que se contemplan en esta versión reforzada del programa de Garantía Juvenil, no ha estado desprovista de inconvenientes ni de opiniones contrarias. En este sentido, se planteó que la ampliación del ámbito subjetivo de este programa, llevaría aparejado el inconveniente de las importantes limitaciones presupuestarias, ya que ello conllevaría la necesidad de reducir a más de la mitad la aportación que, desde los fondos europeos, recibirían los Estados miembros por cada una de las personas inscritas en este programa, con lo que planeaba el riesgo de que el mismo, terminase convirtiéndose en ineficaz.

Esta delimitación del ámbito subjetivo, dentro de los parámetros que establece el programa de refuerzo de la Garantía Juvenil, puede ser concretada posteriormente por cada uno los distintos Estados a la hora de aplicarla en su ámbito interno de competencias. En el caso concreto de nuestro país, se ha hecho uso de esta facultad de ampliación del ámbito subjetivo para acceder a este programa, de modo que el mismo ha quedado fijado en los 29 años, siempre que la tasa de desempleo de desempleo supere el 20 por ciento[17].

Junto al anterior, también fue objeto de discusión la incorporación en este programa del periodo de cuatro meses en el que el Estado miembro debe ofrecer una oportunidad de empleo, de formación o práctica al colectivo de jóvenes inscritos en el mismo. Pero lo cierto es que, el incumplimiento de este compromiso temporal por parte de los Estados, no conllevará sanción alguna, por lo que la fijación de este plazo simplemente genera una expectativa de cumplimiento entre el colectivo de jóvenes inscritos en este programa, sin mayores consecuencias para el Estado, en caso de superación de este periodo temporal. Y es que en la práctica, se considera que el cumplimiento de este plazo, en el caso de países cuya tasa de desempleo supera el 25%, como es el caso de España, resulta prácticamente imposible[18], con el consiguiente riesgo de fracaso que se cierne de nuevo sobre este programa, debido a su ineficacia en la práctica.

Junto al ámbito subjetivo y al periodo temporal para su satisfacción, en este programa de refuerzo de Garantía Juvenil, se hace un especial hincapié en los colectivos de jóvenes más vulnerables, entre los que aparecen expresamente

[17] En este sentido, la disposición final duodécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, modifica el Sistema Nacional de Garantía Juvenil para ampliar los sujetos beneficiarios de la misma, incluyendo a jóvenes mayores de 25 años y menores de 30, siempre que la tasa de desempleo supere el 20%.

[18] Durán Bernardino, M. *Estudio multinivel de las políticas de empleo juvenil*. Dykinson, Navarra, 2021, pág. 50.

considerados los pertenecientes a minorías étnicas, jóvenes con discapacidad, los que viven en zonas rurales o aisladas o en zonas urbanas desfavorecidas.

Este programa dedica además una atención especial a los conocidos como ninis, denominación que se utiliza para referirse a los jóvenes que ni estudian, ni trabajan, ni se forman, distinguiendo entre este colectivo a los ninis de carácter temporal y a aquellos considerados de larga duración. En el primer caso, con carácter general, se trata de población joven que cuenta con estudios superiores e incluso con experiencia laboral y que han podido ser expulsados del mercado de trabajo como consecuencia de la crisis económica o que se enfrentan al difícil reto de incorporarse al mercado de trabajo durante esta crisis. Frente a este colectivo, los jóvenes integrantes de la clasificación de ninis de larga duración suelen presentar un bajo nivel de estudios y pertenecer a grupos vulnerables, por lo que precisan de medidas de intervención adicionales, con el fin de lograr su participación efectiva en el mercado de trabajo.

Resulta igualmente destacable la insistencia que este programa realiza a favor de la atención individualizada y personal de los jóvenes destinatarios del mismo, debiendo responder su aplicación a las específicas circunstancias nacionales, regionales y locales. Con ello, se trata en definitiva, de dar respuesta a la diversidad de condicionamientos, circunstancias y necesidades en que se encuentra la población joven que aparece como destinataria de este programa, de ahí que se considere necesario adoptar distintos enfoques y ser capaces de adaptarse a las necesidades individuales de las personas destinatarias, para lo que contarán con el apoyo de personal especializado en prestar este asesoramiento[19].

La Unión Europea, por tanto, ha apostado de forma decidida por el refuerzo de este programa de Garantía Juvenil, para lograr la mejora de los jóvenes ante la grave situación de desempleo que les afecta, proporcionando apoyo económico a los Estados en su implementación. El éxito o fracaso en la consecución de los ambiciosos objetivos que persigue dependerá, en última instancia, de la decisión de los Estados miembros, para implantar este programa y favorecer la creación de empleo de calidad a favor de población joven inscrita en el mismo[20].

En efecto, como venimos insistiendo, la Unión Europea sólo tiene capacidad para recomendar a los Estados la implantación de este programa de Garantía Juvenil, a través del incentivo que supone el acceso al apoyo financiero europeo, del cual, se podrán beneficiar los Estados, siempre que adopten las medidas adecuadas para implementar estos programas en sus respectivos territorios. No se

[19] Fuente: Análisis de las transiciones de los jóvenes en Europa, Eurofound disponible en https://www.eurofound.europa.eu/search?search_block_form=de+los+j%C3%B3venes+en+europa&op=Search

[20] Morales Ortega, J.M.: "Las políticas de empleo en la Unión Europea y la garantía juvenil: antecedentes, contexto y contenido" Op. Cit, pág. 34.

exige, en este sentido, el cumplimiento de ningún objetivo de eficacia o efectividad en la aplicación de este programa, para que los Estados miembros puedan resultar beneficiarios de estos fondos europeos, siendo suficiente con acreditar su implementación. Con ello, resulta evidente que se actualiza el riesgo de que esta medida de Garantía Juvenil, acabe convertida en un apoyo financiero estructural para los Estados miembros, apartándose con ello del objetivo último de diseñar políticas de empleo juvenil eficaces, orientadas a lograr la participación efectiva de los jóvenes en el mercado de trabajo.

5.1.1. Principales déficits y propuestas de mejora

Se viene denunciando que estos programas de Garantía Juvenil están aquejados de determinados déficits estructurales que suponen un impedimento para el objetivo final de lograr la mayor participación de la población juvenil europea en el mercado de trabajo.

Uno de estos déficit estructurales hace referencia a la baja calidad de las ofertas laborales que se dirigen a las personas participantes en estos programas[21]. Para solventar esta debilidad se vienen realizando un conjunto de propuestas que pretenden contribuir a su eficacia real[22], tales como:

- Incluir medidas tendentes a asegurar que la retribución de la oferta laboral que se dirige a las personas jóvenes participantes en estos programas sea adecuada y le permitan mantener unas condiciones de vida dignas, teniendo como referencia el coste medio de vida en el área donde se desarrolla esta oferta laboral.
- Priorizar aquellas ofertas que aporten más seguridad y estabilidad a las personas participantes, estableciendo un mínimo de meses de duración del contrato que se haga coincidir con la exigencia mínima de periodo cotizado para acceder al sistema de protección por desempleo existente en cada Estado miembro, o bien haciéndolo acompañar de incentivos dirigidos a las empresas para la incorporación definitiva en las mismas de estas personas jóvenes que han participado en estos programas de Garantía Juvenil.
- Incorporar mecanismos de control que eviten que las personas participantes en estos programas puedan quedar sometidas laboralmente a situaciones abusivas.

[21] ECA (2017): *Special report No 5/2017 – Youth unemployment: have EU policies made a difference?* Luxembourg: Publications Office of the European Union; ETUC (2020): *Resolution on Reinforced Youth Guarantee, The revisited fight against youth unemployment;* European Youth Forum (2018): *Updated position on the Implementation of the Youth Guarantee.*

[22] Fuente Equipo Europa, disponible en https://equipoeuropa.org/ofertas-de-empleo-de-calidad-en-la-garantia-juvenil/

- Incorporar mecanismos de evaluación continua de los distintos programas, con la participación de los agentes sociales y las organizaciones juveniles.
- Incorporar objetivos específicos de empleo juvenil y de su calidad en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, por entender que el objetivo existente en la actualidad, consistente en lograr que el 78% de la población entre 20 y los 64 años participe en el mercado de trabajo, sin consideración específica alguna a los objetivos de empleabilidad de la población joven, puede provocar que queden desatendidos los desafíos específicos a los que se enfrenta este sector de la población a la hora de encontrar oportunidades de empleo.Se trata sin duda, de un déficit estructural que presenta tanto el Pilar Europeo de los Derechos Sociales como el Plan de Actuación diseñado para lograr su impulso, en los que la mejora en los niveles de empleo de la población joven en Europa, no aparece considerada como objetivo específico, sino por la contribución que del mismo cabe esperar a la consecución del objetivo general que la Unión Europea se ha fijado en materia de empleo.

Se trata, como vemos, de propuestas que tratan de dotar de mayores garantías de calidad a las iniciativas que los distintos Estados vienen dirigiendo a los jóvenes participantes en estos programas de Garantía Juvenil, inspiradas en el propósito de romper el círculo vicioso de fragilidad y precariedad en el empleo en el que aparece instalado este sector de la población.

5.1.2. Su implementación en España: El Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 "Trabajo digno para las personas jóvenes"

El desempleo juvenil en España es un problema estructural, que se ha visto agravado por las dos últimas crisis económica y que presenta graves consecuencias para la situación presente y futura de la población joven española, limitando de esta forma, el crecimiento potencial de nuestra economía a largo plazo.

Este plan de Garantía Juvenil Plus se marca como objetivo estratégico en nuestro país, la mejora de las cualificaciones profesionales de las personas jóvenes para que adquieran las competencias profesionales y técnicas necesarias que les permitan su participación en el mercado de trabajo. Forma parte de la estrategia general diseñada por el Gobierno de España para apoyar el empleo de la población Joven española, "Plan Estratégico Juventud Avanza", dotado con un presupuesto de 4950 millones de Euros.

Con el fin de incrementar las oportunidades de empleo entre la población joven, el plan de Garantía Juvenil Plus[23] incorpora entre otras acciones, las siguientes:

[23] Resolución de 24 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de junio de 2021, por el que

- Medidas de flexibilidad y agilidad en la gestión: trata de garantizarse que las personas inscritas en el plan, reciban una atención personalizada e inmediata, con el compromiso de que en un periodo máximo de cuatro meses reciban una oferta de empleo o de formación.
- Medidas de apoyo al emprendimiento de personas jóvenes: Se prevé el impulso de medidas destinadas a compensar las cuotas a la Seguridad Social durante un periodo de seis meses, así como medidas de publicidad y transformación digital de los negocios emprendidos por los jóvenes participantes en este programa, que además recibirán acciones de formación en marketing digital y comercialización.
- Programa Emprende con microcréditos: destinado a dotar de financiación a personas que no pueden acceder a crédito ordinario, contando además con medidas de asesoramiento y orientación.
- Favorecer la formación: se priorizará en los itinerarios personalizados la reincorporación al sistema educativo de las personas que lo hayan abandonado de forma prematura.
- Primera experiencia profesional: las personas participantes en el plan podrán participar de esta experiencia en las administraciones públicas.
- Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
- Acciones de empleo para personas del colectivo LGTB: Se dispondrá de un programa piloto que incorpore medidas experimentales para contrarrestar la discriminación que sufren estas personas en su acceso al mercado de trabajo.
- Especial atención a las personas jóvenes migrantes.
- Especial atención a las personas jóvenes con discapacidad: estas personas soportan tasas de desempleo de larga duración y riesgo de exclusión por encima de la media. Se prevé la financiación de acciones que den visibilidad a la inclusión de este colectivo en el empleo y las que permitan sensibilizar a las empresas.
- Medidas de sucesión generacional: destinadas a lograr la continuidad de empleos tradicionales.
- Escuelas profesionales duales: destinadas a lograr la conexión entre la formación profesional y el empleo, mediante una oportunidad laboral remunerada en empresas y un acompañamiento personalizado de 12 a 18 meses de duración.

se aprueba el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de Trabajo Digno para las personas jóvenes, BOE 25 de junio 2021.

- Escuelas de segunda oportunidad: destinadas a las personas que abandonaron sus estudios de forma prematura, permitiéndoles adquirir formación en materias claves, obteniendo certificados de profesionalidad.

Por lo que respecta a la aplicación práctica que este Plan de Garantía Juvenil Plus está encontrando en nuestro país, conviene destacar que la Comisión Delegada de Seguimiento y Evaluación del Programa de Garantía Juvenil ha seleccionado un total de 20 planes de empleo joven, que serán los que se ejecuten en el marco de este programa en el periodo comprendido entre 2021-2027 y que serán promovidos por el Estado, las CCAA, además de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

El presupuesto que aparece destinado a esta iniciativa en este periodo asciende a 3600 millones de Euros, provenientes del Fondo Social Europeo Plus, de los cuales, 1800 irán destinadas a promover planes regionales y los 1800 restantes a la promoción del plan estatal de empleo joven[24]. Esta inversión representa el 22,3% de los recursos provenientes del Fondo Social Europeo Plus para ayudas al empleo, lo cual supone superar en aproximadamente diez puntos porcentuales, el compromiso asumido por España para inversión de este tipo de ayudas en estímulo al empleo juvenil.

Las ayudas previstas en el Plan de Empleo Joven estatal, se centrarán principalmente en una serie de medidas, entre las que cabe destacar:

- Incentivos a la contratación indefinida de personas jóvenes con escasa formación.
- Incentivos para la formación en alternancia con el empleo.
- Financiación de Escuelas Taller.
- Incentivos al autoempleo.
- Incentivos a la conversión en contratos indefinidos de becas.
- Incentivos a la conversión de contratos formativos en contratos indefinidos.
- Incentivos a la conversión en contratos indefinidos de contratos de relevo Garantía Juvenil Plus.

El plan de "Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes" se enfrenta a viejos y nuevos retos. Por una parte, trata de lograr la transición al mercado de trabajo y el aumento de la empleabilidad de las personas jóvenes, que siempre ha sido un objetivo de la política de empleo diseñada en

[24] Fuente: SEPE https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/detalle-noticia.html?folder=/2023/Febrero/&detail=3600-millones-de-euros-para-impulsar-la-insercion-de-personas-jovenes-en-el-mercado laboral#:~:text=Los%20planes%20de%20empleo%20cuentan,millones%20en%20el%20programa%20estatal. Consultada el 20 de junio 2023.

nuestro país, aunque con resultados más que discutibles, pero al mismo tiempo, está llamado a desplegar sus efectos en un contexto caracterizado por las consecuencias que aún perduran derivadas de la última crisis, que ha limitado especialmente las oportunidades a la población joven.

5.2. Actuaciones en el ámbito de la Educación y Formación Profesional

Otro de los ejes sobre los que se estructura el Paquete de Medidas dirigidas al apoyo al empleo de los jóvenes en el ámbito de la Unión Europea, es el que hace referencia al ámbito de la Educación y Formación Profesional.

En este sentido, la Comisión viene destacando el papel que la política de educación y formación profesional puede desempeñar como contribución a la competitividad sostenible, la equidad social y a la resiliencia de la Unión Europea[25].

En concreto, en el ámbito del empleo juvenil, se destaca el papel esencial que la educación, la formación profesional y las prácticas pueden desempeñar para facilitar a la población joven el objetivo de encontrar un empleo. De hecho, se constata una relación directa entre los Estados miembros que tienen un sistema más desarrollado de formación profesional y prácticas, con los menores niveles de desempleo que afecta a los jóvenes residentes en estos países.

Pero lo cierto, es que la crisis sanitaria sufrida en los últimos años en Europa, ha afectado sobre manera a la formación profesional y a las prácticas de los jóvenes, debido a que estaban sustentadas, principalmente, por modelos presenciales, de formación práctica con un desarrollo centrado en el lugar de trabajo, donde se adquiría la misma.

Para reforzar esta política de Educación y Formación Profesional, la Comisión Europea lanzó en el año 2020, su propuesta de Recomendación de la Comisión sobre Educación y Formación profesional[26], destinada a lograr unos sistemas de educación y formación profesional más agiles y centrados en el alumnado, que puedan resultan más atractivos, flexibles y adecuados ante los retos que plantea la economía digital y ecológica, ofreciendo así oportunidades para que los más jóvenes puedan acceder a sus primeros empleos.

Con esta propuesta se trata de alcanzar el objetivo de que, en los primeros cinco años de su puesta en práctica, al menos cuatro de cada cinco graduados en Formación Profesional consigan un empleo después de cursar estos estudios.

[25] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación. COM (2020) 274 final, Bruselas.

[26] Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2020, sobre la Recomendación del Consejo sobre la Educación y Formación Profesionales para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia 2020/2767.

Al mismo tiempo, al menos tres de cada cinco estudiantes de estos sistemas de Formación Profesional se espera que puedan beneficiarse de prácticas de aprendizaje a través de la realización de un trabajo. Otro de los objetivos que fija este ambicioso programa en materia de Educación y Formación Profesional se orienta a lograr un aumento de 3/5 en el número de estudiantes que pueden beneficiarse de una oportunidad de aprendizaje en el extranjero.

Como viene siendo habitual en este ámbito del empleo, la Unión Europea orienta los fondos presupuestarios a apoyar las iniciativas de los Estados que contribuyan a la consecución de estos objetivos comunes. De esta manera, estos fondos europeos podrán ir dirigidos a financiar específicamente:

- La formación de profesorado y formadores en Formación Profesional, con especial atención en el ámbito digital.
- La movilidad de estudiantes y profesorado en toda Europa.
- El establecimiento de un control de calidad y seguimiento de las personas graduadas en Formación Profesional.
- La creación de centros de excelencia profesional para impulsar la formación de alto nivel.

Este programa en el ámbito del Empleo Juvenil se ha visto posteriormente reforzado por la Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de Empleo para los Estados miembros[27]. En concreto, la orientación nº 6, dirigida a aumentar "la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, la adquisición de capacidades a lo largo de la vida y las competencias" llama a los Estados miembros a invertir y modernizar sus sistemas de educación y formación profesional, con vistas a lograr unos sistemas inclusivos y de alta calidad, garantizando el acceso al aprendizaje digital y las capacidades de emprendimiento. Con ello se persigue, en última instancia, asentar las bases de la adaptabilidad y la resiliencia a lo largo de la vida profesional del alumnado, para lo cual, resulta clave también garantizar al personal docente la preparación y formación necesaria para estimular estas competencias en su alumnado.

Para ello se considera necesario que los Estados dirijan su actuación a lograr un aumento en los niveles de cualificación de su población, reducir el número de abandonos en la educación y la formación, apoyar el acceso a la educación de los menores pertenecientes a grupos desfavorecidos, hacer más atractivas la educación y formación profesionales, apoyar el acceso a la educación superior, así como su conclusión, facilitar la transición de los jóvenes desde la educación al empleo, mediante la instauración de períodos de prácticas y de aprendizaje profesional. Se considera necesario igualmente potenciar los sistemas de educación profesional y

[27] Decisión UE 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, DOUE 24-11-2022, L304/67.

aprendizaje a través del trabajo, para dar respuesta a las demandas que plantean las sociedades digitales, ecológicas y el proceso de envejecimiento que afecta a los países de la Unión Europea. Para ello se recomienda apostar por sistemas de formación de aprendices eficaces y de calidad, e incrementar el número de titulados en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, tanto en la educación profesional como en la enseñanza superior, sobre todo entre las mujeres, contribuyendo de esta forma, a reducir la preocupante brecha de género que afecta a estas materias[28].

Esta dimensión del Paquete de Medidas dispuesto desde la Unión Europea como apoyo al empleo juvenil, se ha visto a su vez reforzada con la Declaración de este año 2023, como año europeo de las capacidades.

En efecto, la Unión Europea ha declarado 2023 como el año europeo de las capacidades[29], con la intención de contribuir a superar el desajuste de competencias existente en el mercado de trabajo, entre aquellas que presentan las personas desempleadas y las oportunidades de empleo que existen en sectores emergentes, como son, principalmente, el ámbito de la transformación digital y ecológica.

En este sentido, más de tres cuartas partes de las empresas registradas en territorio europeo declaran encontrar serias dificultades para encontrar personal con las competencias necesarias para desarrollarse en estos ámbitos. Ello explica la orientación formativa que inspira estos programas nacionales desarrollados con el impulso y financiación de la Unión Europea, tratando de conseguir que la población joven participante en los mismos, adquiera estas competencias digitales que le permitan aprovechar el potencial de oportunidades de empleabilidad que existe en torno a estos sectores, con el fin último de conseguir los objetivos generales marcados en materia de empleo de cara a 2030. En este sentido, se considera necesario que para esta fecha, como mínimo el 80 por ciento de la población adulta tenga al menos capacidades digitales básicas y existan 20 millones de especialistas en tecnologías de la Información y Comunicación empleados en el territorio de la Unión Europea[30].

En el caso concreto de nuestro país, se ha emprendido un proceso de reforma del sistema de Formación Profesional, considerada por nuestros responsables políticos como "una vía segura de reducción del paro juvenil". Esta reforma ha quedado materializada en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. En concreto, en el presente año 2023,

[28] Para un estudio completo de esta materia, Vid. Martín Carrasquilla, O. Santaolalla Pascual, E, Muñoz Sanroque, I. "La brecha de género en la educación STEM", Revista de Educación, nº 396, abril-junio 2022, pág. 151-175.

[29] Decisión (UE) 2023/936 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativa al Año Europeo de las Competencias, DOUE 11 de mayo 2023, L 125/1

[30] Fuente: La Unión Europea pone en marcha el año europeo de las Capacidades. Disponible en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-year-skills-2023_es

un total de 1,1 millones de jóvenes en nuestro país están cursando este tipo de formación profesional[31].

En total desde 2020 hasta el presente año 2023 se han destinado en nuestro país más de 6000 millones de euros para conseguir la transformación del sistema de Formación Profesional, de los que una tercera parte de este presupuesto proceden de los fondos *Next Generation*. Estos fondos aparecen destinados en buena parte a lograr la capacitación de la población joven en competencias digitales, a través de la financiación de los centros de capacitación digital, que son los encargados de proporcionar esta formación específica a personas consideradas vulnerables por motivos de edad, déficit de formación, lugar de residencia o pertenencia a colectivos considerados en riesgo de exclusión, prestando una especial atención al colectivo de mujeres entre sus actuaciones.

5.3. Impulso de las prácticas y de la formación de personas aprendices

Como tercer eje de actuación del Paquete de Medidas de Apoyo al Empleo Juvenil, e inspirado en este mismo objetivo de lograr mejorar y facilitar la transición desde el sistema educativo al mundo laboral, al tiempo que se dota a los jóvenes de las competencias y habilidades que el mercado laboral necesita y demanda en la actualidad, en el ámbito de la UE se diseñan dos instrumentos: los períodos de prácticas y la formación de calidad de personas aprendices en centros de trabajo.

El apoyo a estas iniciativas comenzó en el ámbito de la Unión Europea en julio de 2013, cuando se puso en marcha la "Alianza Europea para la Formación de Aprendices", con el objetivo de apoyar la Garantía Juvenil, mejorar la calidad de las prácticas en Europa y de la oferta de formación de aprendices en toda la Unión Europea.

Posteriormente, ya en el año 2020 esta iniciativa se renueva y se dota de un nuevo impulso. En concreto, fue en julio de ese año cuando la Comisión Europea renovó esta Alianza para impulsar las prácticas y la formación de aprendices en toda la Unión Europea, especialmente en ámbitos que estén relacionados con la digitalización y la transición ecológica.

En esta actualizada y reforzada versión de Alianza Europea se reserva una mayor participación a los agentes sociales, tanto sindicatos como patronal, con lo que se pretende impulsar la oferta de plazas de aprendices por parte de las propias empresas, para formar a la población más joven de cara a su futuro profesional[32],

[31] Fuente: La Moncloa, Consejo de Ministros celebrado el 3 de mayo de 2023, Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2023/030523-rp-cministros.aspx

[32] Recomendación del Consejo, de 15 de marzo de 2018, relativa al Marco Europeo para una formación de Aprendices de Calidad y Eficaz (DO C 153, 2.5.2018, p. 1).

asegurando a su vez, que estas ofertas respondan a las necesidades reales del mercado de trabajo.

Con estas medidas dirigidas a la formación de estas personas jóvenes como aprendices, se trata de logar que estas se conviertan en personal cualificado en los próximos años, puesto que se ha demostrado que esta formación inicial como aprendices, contribuye a suplir la falta de adecuación que viene presentando el mercado de trabajo europeo, entre las habilidades que presentan las personas demandantes de un empleo y las cualificaciones que realmente demandan las empresas.

Con la renovación de esta Alianza Europea para la Formación de Aprendices se requieren nuevos compromisos para la formación digital y ecológica de aprendices, centrándose en sectores económicos de vanguardia que favorezcan la transición a una Europa neutra en el ámbito climatológico. En concreto, la nueva Alianza se orienta a lograr los siguientes objetivos:

- Una formación de aprendices de calidad y eficaz, impulsando a los Estados miembros y a las empresas a formalizar coaliciones nacionales que tengan por objeto dispensar esta formación.
- Incentivar el apoyo a las pymes para proporcionar un suministro estable de formación de aprendices de calidad.
- Movilizar a las autoridades locales y regionales como catalizadores para la formación de aprendices en el entorno empresarial local.
- Reforzar el diálogo social a través de una participación más activa de las organizaciones de interlocutores sociales nacionales.
- Involucrar a los Comités Europeos de diálogo social sectorial en la formación de aprendices de manera proactiva, con vistas a acordar compromisos sectoriales conjuntos.
- Apoyar la representación de los aprendices en los Estados miembros con la reactivación de la Red Europea de Aprendices.

Este nuevo impulso que la Comisión otorga a la Alianza Europea para la Formación de Aprendices, se hace acompañar del apoyo a los Estados miembros en el uso de los fondos de la Unión Europea, para impulsar aquellas iniciativas que, dentro del ámbito interno de sus competencias, se orienten a lograr estos objetivos comunes en materia de formación de aprendices, emprendiendo para ello las reformas que resulten necesarias.

En este sentido, se pone un especial énfasis en el apoyo a las microempresas y pymes en las ofertas de estas plazas de formación de aprendices, a través de incentivos a su contratación de carácter temporal o de la reducción de los costes laborales que le supongan dispensar esta formación práctica en sus empresas.

En línea con estas recomendaciones de la Comisión Europea, muchos Estados miembros han optado por desarrollar sistemas de Formación Profesional dual. Para ello, suelen tomarse como referentes los modelos de países que cuentan con décadas de experiencia en su implantación, como es el caso de Alemania, Austria o Dinamarca. Por lo que respecta al caso concreto de España, la implantación de este sistema es aún en nuestros días escasa y evidencia marcados desequilibrios, que pueden llegar incluso a poner en grave riesgo el futuro de estos sistemas de formación dual y su contribución al empleo de la población joven[33], por lo que resulta necesario proceder a la corrección de esta importante deriva que está presentando el diseño y desarrollo de la formación profesional dual en nuestro país.

5.4. Medidas adicionales de apoyo al empleo juvenil

El Programa de Apoyo al Empleo juvenil diseñado desde la Unión Europea se completa con una serie de medidas adicionales de naturaleza muy diversa, planteadas tanto a corto como a medio plazo, entre las cuales se incluyen desde incentivos al empleo y la creación de empresas, hasta la creación de redes de jóvenes emprendedores y de centros de formación interempresariales. Entre este tipo de medidas adicionales cabe destacar la Iniciativa de Empleo juvenil, así como distintas medidas destinadas a potenciar la movilidad de la población joven asentada en Europa.

5.4.1. Iniciativa de Empleo Juvenil

Esta iniciativa fue creada en el año 2013, por acuerdo del Consejo y del Parlamento Europeo, inspirada en el objetivo de incrementar el apoyo económico que la Unión Europea pone a disposición de las regiones y ayudar a las personas jóvenes más afectadas por el desempleo y la inactividad.

Desde entonces, se trata de uno de los principales recursos que ha venido destinando la Unión Europea para financiar los programas nacionales de Garantía Juvenil y programas de formación y asistencia para ayudar a los jóvenes a encontrar un primer empleo.

Se destina exclusivamente a la población joven, con el objetivo de garantizar que los jóvenes de las zonas de Europa que tienen los mayores problemas puedan recibir una ayuda especializada, destinada a financiar su formación como aprendices, o bien periodos de prácticas, colocaciones, o un periodo de formación orientada a conseguir una cualificación.

[33] Esta escasa implantación y los desequilibrios de todo tipo que se observan por el momento en estos sistemas en nuestro país, han sido puestos de manifiesto por el Consejo Económico y Social en su *Informe 1/2023 La formación dual en España: situación y perspectivas*, CES, Madrid, 2023.

Se pone un especial énfasis en la intervención de los Estados ante la situación de los jóvenes que ni trabajan, ni estudian, ni se forman, los denominados como ninis. Ante estas situaciones, se recomienda seguir ahondando en medidas de prevención del abandono prematuro de la educación y la formación, aumentando la participación de su población juvenil en la enseñanza secundaria superior y una mejora estructural en la transición desde los sistemas de enseñanza al trabajo, especialmente a través de los programas de Garantía Juvenil. Se recogen igualmente incentivos destinados a los empleadores de estos jóvenes.

El objetivo que marca la Unión Europea de cara al año 2030 respecto de este colectivo de jóvenes que presenta las mayores dificultades de empleabilidad, ha quedado cifrado en reducir la tasa de jóvenes ninis con edades comprendidas entre los 15 y los 29 años, desde el 12,6% que registraba en 2019, hasta el 9% en 2030. Los resultados conseguidos hasta la fecha con este programa de Iniciativa de Empleo Juvenil, cifrado en más de 1.6 millones de jóvenes los que, desde su puesta en práctica en el año 2013, han conseguido beneficiarse de esta medida, justifica la apuesta que la Unión Europea sigue realizando a favor del mismo, para lograr corregir la situación que afecta a este sector de la población joven denominada ninis.

5.4.2. Medidas de apoyo a la movilidad laboral de la población joven

Otra de las medidas que también se han venido desarrollando para apoyar el empleo de los jóvenes en el ámbito de la Unión Europea, son aquellas dirigidas a lograr su movilidad.

En este sentido, la Unión Europea ha venido mostrando un gran interés por fortalecer y potenciar la movilidad de los jóvenes, tanto durante su etapa educativa, con el objeto de que se convierta en un pilar básico de su futura empleabilidad, como también en su posterior etapa laboral, con el fin en este caso, de mejorar sus capacidades genéricas y ocupacionales y aumentar su adaptabilidad y empleabilidad. Este interés en potenciar la movilidad de los jóvenes se ve reforzado además por la mayor propensión que estos muestran, según los estudios realizados por la propia Unión Europea, para ocupar vacantes de empleo que impliquen la movilidad entre distintos Estados[34].

Para conseguirlo, propone un conjunto de medidas centradas principalmente en eliminar los obstáculos a la libre circulación de personas trabajadoras, ampliar el plazo para la exportación de las prestaciones y de los derechos reconocidos en el ámbito de la Seguridad Social, atender a las demandas de las personas trabajadoras transfronterizas y avanzar en la homologación de las cualificaciones profesionales a nivel europeo, así como fortalecer y reforzar la Red Eures.

[34] Monereo Pérez, J.L López Insua, Mª B. *La protección socio laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, Op. Cit. pág. 48.

A este último objetivo, precisamente, se ha dedicado un gran esfuerzo, después de la inactividad que en esta red de intermediación provocara la pandemia de la Covid-19. Con el fin de reactivar esta Red, se han venido diseñando Planes Específicos de Movilidad EURES, cuyo objetivo es ayudar a la ciudadanía de la Unión Europea que necesita asistencia personalizada para desarrollar un empleo, unas prácticas o un aprendizaje profesional en otro país de la Unión, Noruega o Islandia, y al mismo tiempo, ayudar a las empresas a encontrar personal motivado y cualificado con el que cubrir sus necesidades.

Para ello se brinda apoyo a los solicitantes de empleo para que superen las dificultades que supone trabajar en el extranjero, ofreciendo asignaciones económicas finalistas, destinadas a financiar los cursos de idiomas, el reconocimiento de las cualificaciones y los gastos de viaje y manutención a mayores de 18 años, nacionales de un Estado miembro de la UE, Noruega o Islandia o nacionales de terceros países que cuenten con permiso de residencia en estos mismos territorios.

Otra de las iniciativas europeas para promover la movilidad de los jóvenes solicitantes de empleo dentro de la Unión Europea es el programa Erasmus +. Se trata de un programa de la Unión Europea en los campos de la educación, la formación, la juventud y el deporte, centrado en la movilidad y la cooperación transnacional.

El 10 de mayo de 2021 el Parlamento adoptó el nuevo programa Erasmus+ para el periodo 2021-2027, que cuenta con un presupuesto de 28.000 millones de euros, procedentes de diferentes fuentes, casi el doble con el que contó este programa en el período anterior. En la misma línea que las recomendaciones más recientes de la Unión Europea, este programa se centra en la inclusión social, la transición ecológica y digital y la participación de personas con menos oportunidades.

Destaca también en este ámbito la iniciativa "Tu primer trabajo Eures", que tiene como objetivo promover la movilidad laboral haciendo que los jóvenes conozcan las oportunidades de empleo en otros países de la Unión Europea. A tal fin, se ha creado una plataforma donde se reúnen los currículos de los jóvenes que buscan empleo, con edades comprendidas entre los 18 a los 35 años, de todos los países de la Unión Europea, que estén interesados en desarrollar una experiencia profesional en el extranjero y, por otro lado, las ofertas de empleo y/o prácticas que envían los empleadores que buscan incorporar a trabajadores jóvenes a sus empresas.

Existen también otro instrumento de apoyo a los programas de movilidad laboral voluntaria entre los jóvenes europeos como el "Programa para el Empleo y la Innovación Social", con el que se apoya a los países de la Unión Europea, en su intento por concebir y llevar a cabo reformas en materia de empleo y en ámbitos sociales.

6. FONDOS DE LA UNIÓN EUROPEA ALINEADOS CON LOS OBJETIVOS DEL PAQUETE DE MEDIDAS DE APOYO AL EMPLEO JUVENIL

Como venimos poniendo de manifiesto, la competencia y, por ende, la responsabilidad en materia de empleo en general, y en particular en el ámbito del empleo juvenil, reside en cada uno de los Estados miembros, si bien, estos adoptan medidas para que su política en este ámbito permita alcanzar las orientaciones y recomendación que le dirige la Unión Europea, con el fin de obtener así, el importante apoyo financiero procedente de los distintos fondos europeo. Y es que, no hay duda de que el empleo juvenil se ha convertido en una prioridad clave en el presupuesto de la Unión Europea[35].

Las medidas proyectadas desde la Unión Europea para apoyar el empleo de la población joven suponen, como es lógico, un importante esfuerzo de financiación que se ha tratado de canalizar a través de distintas vías. Por una parte, mediante la propuesta de la Comisión de *Next Generation* UE y el propio presupuesto de la Unión a largo plazo. De ellos, una parte considerable[36] ha sido destinada en el periodo 2020 a 2022 a los Estados miembros para financiar su recuperación, teniendo en cuenta entre otros criterios, la repercusión que, en sus respectivos territorios, ha tenido la actual crisis sobre el empleo juvenil. De esta forma, la Comisión Europea viene instando a los Estados miembros a destinar una parte importante de la financiación que reciben a través de estos Fondos *Next Generation* para apoyar el empleo juvenil dentro de sus territorios.

Por otra parte, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia ha hecho posible acelerar el ritmo de las necesarias reformas estructurales, dotándose de un presupuesto de 560.000 millones de Euros en apoyo a inversiones y reformas esenciales, que sean capaces de provocar una recuperación estable y duradera. El apoyo a los Estados miembros a través de este Mecanismo quedó supeditado a la aprobación de planes de Recuperación y Resiliencia que cada Estado miembro debía de elaborar y presentar[37], a partir de unas recomendaciones específicas que dirigió la Comisión a cada uno de los países, en el que el refuerzo de las políticas

[35] Monereo Pérez, J.L López Insua, Mª B. *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, Op. Cit. Pág 44.

[36] En concreto, se preveía dedicar unos 55.000 millones de Euros como dotación adicional para los fondos de cohesión en este bienio. Fuente: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Apoyo al empleo juvenil: un puente para el empleo para la próxima generación", COM (2020) 276 final, Bruselas 1 de julio 2020.

[37] En el caso de España, el plan de recuperación fue presentado el 30 de abril de 2020 y aprobado por la Comisión el 16 de junio de ese mismo año. Este plan se encuentra disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621 Plan_ Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf

activas y la formación complementaria en el caso del empleo de los jóvenes, adquirió un amplio protagonismo.

Otra vía de financiación procede del Fondo Social Europeo Plus[38], cuyo periodo de ejecución comprende desde el año 2021 al 2027, dotado con un presupuesto de 86.000 millones de Euros. En concreto, la asignación prevista para España en el periodo 2021-2027 asciende a 11.153 millones de Euros. Con este fondo se pretende apoyar todas las medidas recogidas en la propuesta de refuerzo de la Garantía Juvenil, así como las reformas del sistema de educación y formación profesional y la formación de aprendices.

En el caso de los Estados miembros cuya tasa de desempleo juvenil es especialmente elevada, como es el caso en el que se encuentra España, Grecia, Italia y Portugal, la Comisión les ha propuesto un compromiso de financiación reforzado, por el que estos se comprometen a destinar al menos el 15% de la asignación que les corresponde de este Fondo, a la adopción de medidas de fomento del empleo entre su población juvenil, a través de fórmulas de apoyo a las ofertas de empleo, educación continua, formación de aprendices o las modalidades de periodo de prácticas.

Si bien las anteriores constituyen las fuentes de financiación básicas que van a movilizarse desde el ámbito europeo en apoyo a las iniciativas de empleo juvenil que llevan a cabo los distintos Estados miembros dentro de sus respectivos territorios, otros instrumentos de financiación de la Unión Europea pueden también contribuir a estos mismos objetivos.

De entre ellos, destaca el Fondo Europeo para el Desarrollo Regional, dotado de un componente de inversión social y capacidades, con un presupuesto estimado de 3600 millones de Euros, y su nuevo Mecanismo de Inversión Estratégica, con un presupuesto propuesto de 31.000 millones de Euros, que pueden financiar inversiones en infraestructuras educativas y de formación, destinadas a la modernización y adaptación de la educación y la formación profesionales a la tecnología y el desarrollo medioambiental. De igual forma, permite que las microempresas y las Pymes puedan beneficiarse de ayudas para contratar a jóvenes. A su vez, el Instrumento de Apoyo Técnico[39] puede ayudar a los Estados miembros en la preparación y ejecución de reformas en el ámbito de la educación y la formación profesionales y las políticas de mercado de trabajo, movilizando los fondos de la Unión Europea y los recursos técnicos hacia estos objetivos.

[38] Reglamentos de la Unión Europea 2021/1057 y 2021/1060.

[39] COM (2020) 409 final.

7. A MODO DE CONCLUSIONES FINALES

En las últimas etapas en la evolución de la Unión Europea venimos asistiendo a un reforzamiento de la dimensión social, lo cual, debe ser interpretado desde la perspectiva de su contribución al proyecto básico de construcción del mercado único que inspira su propio nacimiento.

Con el fin de contribuir al desarrollo de esta dimensión social, la Unión Europea ha reforzado el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, prestando un apoyo específico a un paquete de medidas destinadas a compensar los peores efectos y consecuencias que las crisis económicas por las que hemos venido atravesando, conllevan para la población joven, con el fin de apoyarlos en su incorporación al mercado de trabajo europeo.

El desempleo de los jóvenes en Europa aparece en nuestros días reconocido no sólo como problema económico, sino también como problema social y político de extraordinaria magnitud, poniendo en grave riesgo el propio sostenimiento futuro del Estado de Bienestar.

Sin embargo, el reconocimiento de estos efectos y consecuencias que soporta la población joven europea, contrasta con la falta de previsiones específicas que, en el concreto ámbito del empleo juvenil, contempla el propio Pilar Europeo de los Derechos Sociales, en cuanto que no han quedado fijados objetivos específicos de empleo para este concreto sector de la población, por lo que quedan subsumidos en el objetivo general de lograr que el 78% de la población con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años de edad estén participando en el mercado de trabajo en el año 2030. Con ello es evidente de que se actualiza el riesgo de que queden desatendidos los desafíos específicos que presenta este colectivo de la población, de cara a lograr su efectiva participación en el mercado de trabajo.

Al mismo tiempo, no podemos obviar que, de esta forma, la Unión Europea ha evitado el riesgo de empañar la consecución de los objetivos del Pilar Europeo de los Derechos Sociales fijados para el año 2030, y a la evaluación intermedia que de los mismos está previsto realizar en el año 2025. De haberse optado por fijar específicos objetivos respecto a este concreto sector de la población, los mismos deberían haber sido concebidos de forma ambiciosa, dada la especial situación de vulnerabilidad a que ha quedado sometida esta población joven europea en términos de oportunidades de empleo. En definitiva, se ha preferido no cuantificar los objetivos de empleo respecto al sector de la población europea que más dificultades tiene en su acceso al mercado de trabajo.

Por otra parte, este paquete de medidas de apoyo al empleo juvenil, más que de iniciativas novedosas, se trata más bien de una apuesta por la actualización de medidas que ya se venían poniendo en práctica en el ámbito de la Unión Europea, con el fin de potenciar las oportunidades de la población joven para acceder al mercado de trabajo, las cuales, tratan ahora de orientarse hacia los prósperos y emergentes sectores de la transición ecológica y digital.

Dada la competencia en materia de empleo que mantienen los Estados miembros, la actuación de la Unión Europea hacia la implementación de estas medidas y programas contenidos en el paquete de medidas de apoyo al empleo juvenil en cada uno de los Estados miembros, trata de canalizarse e impulsarse a través del importante apoyo presupuestario dispensado a los Estados, a través de los diferentes fondos europeos que, de forma directa o indirecta, confluyen en este objetivo.

El éxito en la consecución de los objetivos que propone este paquete de medidas de apoyo al empleo juvenil dependerá, por tanto, en última instancia, de la voluntad política de los Estados miembros, así como de la capacidad y voluntad del sector privado por crear oportunidades de empleo para la población joven en Europa. La contribución de la Unión Europea a la obtención de estos resultados, consistirá en identificar las reformas más críticas que es necesario emprender en cada uno de los Estados, a través de las Recomendación que les dirige, difundiendo las mejores prácticas para que puedan ser extrapolables a otros Estados miembros y canalizando la inversión de sus fondos hacia estos objetivos.

POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DE ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA

María Luisa Rodríguez Copé
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO **Palabras clave:** Política de asilo, inmigración económica, simplificación procedimientos, cooperación países de origen, reserva de talentos, sistema de admisión, cuidados, juventud, emprendimiento, capacidades/necesidades UE.

Partiendo de la base de que la inmigración laboral en la Unión Europea no sólo aporta beneficios económicos, sino que también puede mejorar la gestión global de las migraciones en el territorio, el estudio hace reflexionar sobre cómo las políticas implementadas en este ámbito deben tener visión de futuro, acompañando la transición a un nuevo panorama económico basado en la sostenibilidad y en la digitalización que, sin duda, va a requerir capacidades específicas y una reestructuración de las economías y mercados de trabajo de los países miembros. Bajo la premisa de que existen argumentos políticos y económicos sólidos para establecer vías legales más eficaces para que los migrantes entren en Europa, este trabajo desgrana las políticas más recientes dirigidas al control de los flujos migratorios, centrando la atención en dos ámbitos, diferentes pero estrechamente relacionados: por un lado, las políticas de asilo, de protección subsidiaria y de protección temporal que tratan de ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional, garantizando su integración sociolaboral. Por otro, las medidas que tienen como objetivo la simplificación de los procedimientos de gestión de la inmigración económica y la mejora de los derechos de las personas trabajadoras migrantes, incidiendo en los sistemas de admisión y en los instrumentos para favorecer la movilidad interna de las que ya se encuentran en la Unión.

ABSTRACT ***Key words*** *Asylum policy, economic immigration, simplification of procedures, cooperation with countries of origin, talent pool, admission system, care, youth, entrepreneurship, EU skills/needs.*

Labour immigration in the European Union not only brings economic benefits, it can also improve the overall management of migration in the territory by helping to strengthen cooperation with countries of origin and transit, the study reflects on how policies implemented in this area should have a vision for the future, accompanying the transition to a new economic landscape based on sustainability and digitalisation which, it will certainly require specific capabilities and a restructuring of member countries' economies and labour markets. On the premise that there are strong political and economic arguments for establishing more effective legal avenues for migrants to enter Europe, this work breaks down the most recent policies aimed at controlling migratory flows, focusing attention on two different but closely related areas: on the one hand, policies on asylum, subsidiary protection and temporary protection which seek to provide an appropriate status for any third-country national in need of international protection, ensuring their social and labour integration. On the other hand, the measures aimed at simplifying the procedures for managing economic immigration and improving the rights of migrant workers have an impact on admission systems and instruments to promote the internal mobility of those already in the Union.

ÍNDICE

1. Panorámica general
2. Un apunte a la compleja política comunitaria de asilo: la reforma del sistema
   2.1. Breve repaso a la historia más reciente
   2.2. Antecedentes inmediatos
   2.3. Estado actual de la cuestión
   2.4. Puntos clave para acciones venideras
3. La inmigración económica en la UE del siglo XXI: trazos de las políticas vigentes
   3.1. La política legislativa: modificaciones recientes propuestas
      3.1.1. La incorporación al ordenamiento nacional de la Directiva 2021/1883: la Ley 11/2023, de 8 de mayo. Breve reseña
      3.1.2. Otras modificaciones internas derivadas de la aplicación del derecho UE
   3.2. Implementación y refuerzo de las asociaciones de movilidad y reserva de talentos: las medidas ejecutivas
   3.3. Estrategias de futuro: una visión prospectiva

1. PANORÁMICA GENERAL

El pasado 9 de febrero de 2023, los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea (UE), reunidos en Bruselas[1], abordaron, entre otras, la cuestión migratoria, adoptando una serie de conclusiones sobre el fenómeno de las migraciones para lograr una acción exterior reforzada y un control más efectivo de las fronteras exteriores, además de avanzar en otros aspectos internos.

De la lectura de las mismas, y como primera impresión, podemos deducir fácilmente qué es lo que se quiere transmitir: la UE está dispuesta a intensificar sus esfuerzos en cuatro grandes ámbitos: la migración, el asilo, la gestión de las fronteras y los retornos, maximizando la utilización de los marcos existentes y de los canales disponibles, brindando apoyo a sus socios a la hora de abordar las causas profundas de la migración irregular, y apostando por una migración segura, ordenada y regular, lo que, teniendo presente la evolución de la política comunitaria en este ámbito, no reviste gran novedad.

Atendiendo a los puntos tratados, en particular con respecto a la gestión de los flujos, se insiste en la necesidad, urgente y crucial, de armonizar la política de visados, así como el refuerzo de la cooperación en materia de retorno y readmisión. El Consejo Europeo recuerda la importancia de que la política de la UE en estos

[1] Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (9 de febrero de 2023) – Conclusiones. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/02/09/european-council-conclusions-9-february-2023/

En las Conclusiones del Consejo Europeo, 23 de marzo de 2023, la Presidencia del Consejo y la Comisión informaron al Consejo Europeo de los avances en la aplicación de sus Conclusiones sobre migración de 9 de febrero de 2023. Recordando que la migración es un reto europeo que requiere una respuesta europea, el Consejo Europeo pide que se apliquen rápidamente todos los puntos acordados.

ámbitos sea uniforme, exhaustiva y eficaz haciendo hincapié, por un lado, en la necesidad de garantizar retornos efectivos a los países de origen y tránsito, utilizando como medios de estímulo todas las políticas, instrumentos y herramientas pertinentes de la UE[2]; por otro, insistiendo en el fomento de las oportunidades de la migración legal, implementando medidas para prevenir las salidas irregulares, la pérdida de vidas humanas y la presión en las fronteras exteriores.

Como podemos comprobar, continuando la línea de políticas anteriores[3], la UE sigue resuelta a garantizar un control efectivo de sus fronteras terrestres y marítimas. No obstante, y como aspecto más novedoso, el Consejo Europeo insta al Consejo y a la Comisión al desarrollo de una conciencia situacional común, para detectar con mayor rapidez nuevas tendencias migratorias y mejorar así el control de datos sobre las capacidades de acogida y sobre los flujos migratorios.

En relación directa con esta última cuestión, la política comunitaria más reciente pretende, en consonancia con la Agenda 2023–ODS 10.7[4]–, fomentar un marco más eficaz para las vías legales de entrada al mercado laboral de la Unión. Prueba de ello es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al

[2] En particular, la diplomacia, la cooperación y coordinación con los países de origen y de tránsito, el desarrollo, el comercio y la política de visados.

[3] La política común europea ha producido muchos más avances en la coordinación de la gestión de las fronteras y los medios necesarios para evitar la inmigración irregular que en la formulación de políticas positivas flexibilizadora de la migración regular, en particular la inmigración económica. En el documento de conclusiones, el Consejo expresa su pleno apoyo a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) en el cumplimiento de su principal cometido, consistente en apoyar a los Estados miembros a la hora de proteger sus fronteras exteriores, luchar contra la delincuencia transfronteriza y reforzar los retornos; reitera la importancia de que entren en funcionamiento lo antes posible del Sistema de Entradas y Salidas y del Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes; pide que concluyan con celeridad las negociaciones en torno a los acuerdos sobre el estatuto —nuevos y revisados— entre la Unión Europea y terceros países relativos al despliegue de Frontex como parte del empeño por reforzar la cooperación en materia de gestión de fronteras y migración; pide a la Comisión que financie las medidas que adopten los Estados miembros destinadas a contribuir directamente al control de las fronteras exteriores de la UE, como proyectos piloto relativos a la gestión de fronteras, así como las destinadas a contribuir a la mejora del control fronterizo en países clave situados en rutas de tránsito hacia la Unión Europea; pide a la Comisión que movilice de inmediato fondos y medios de la UE considerables para apoyar a los Estados miembros en el refuerzo de las capacidades e infraestructuras de protección fronteriza, los medios de vigilancia, en particular la vigilancia aérea, y los equipos. Finalmente, reconoce las especificidades de las fronteras marítimas, en particular por lo que respecta a la protección de las vidas humanas, y subraya la necesidad de una cooperación reforzada en materia de actividades de búsqueda y salvamento.

[4] El objetivo de desarrollo sostenible 10.7: "Políticas de migración responsables y bien gestionadas" se concreta en: "Facilitar la migración y la movilidad ordenada, segura, regular y responsable de las personas, incluso mediante la implementación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas".

Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones[5], que establece medidas legislativas, operativas y estratégicas con el fin primordial de atraer capacidades y talento a la UE a corto y largo plazo. Debemos ser conscientes de que la migración laboral no sólo aporta beneficios económicos, sino que también puede mejorar la gestión global de la migración en la UE, contribuyendo a reforzar la cooperación con los países de origen y tránsito. En este contexto, existen argumentos políticos y económicos sólidos para establecer vías legales más eficaces para que los migrantes entren en Europa.

En las próximas líneas trataremos de desgranar las políticas más recientes dirigidas al control de los flujos migratorios, centrando nuestra atención en dos ámbitos, diferentes pero estrechamente relacionados: por un lado, las políticas de asilo, de protección subsidiaria y de protección temporal que tratan de ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional garantizando el respeto del principio de no devolución. Por otro, las medidas que tienen como objetivo la simplificación de los procedimientos de gestión de la inmigración económica y la mejora de los derechos de las personas trabajadoras migrantes, incidiendo en los sistemas de admisión y en los instrumentos para favorecer la movilidad interna de las que ya se encuentran en la Unión.

2. UN APUNTE A LA COMPLEJA POLÍTICA COMUNITARIA DE ASILO: LA REFORMA DEL SISTEMA

2.1. Breve repaso a la historia más reciente

El primer método intergubernamental en materia de asilo fue incorporado al marco institucional de la Unión Europea en virtud del Tratado de Maastricht (1993). El Consejo actuaba como agente principal, dirigiéndose a la Comisión e informando al Parlamento sobre sus iniciativas; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) carecía de competencia en este ámbito. En 1999, el Tratado de Ámsterdam concedió a las instituciones de la Unión Europea nuevas competencias para elaborar legislación en materia de asilo. Con la adopción del Programa de Tampere, en octubre de 1999, el Consejo Europeo decidió que la aplicación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) debía llevarse a cabo en dos fases: la adopción a corto plazo de normas mínimas comunes debía desembocar, a largo plazo, en un procedimiento común y un estatuto uniforme para las personas a las que se concediese asilo válido en toda la UE. La consecuencia de todo esto fue la "primera fase" del Sistema Europeo Común de Asilo, entre 1999 y 2004,

[5] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Atraer capacidades y talento a la UE. COM (2022) 657 final. Bruselas, 27.4.2022.

que establecía los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de solicitudes de asilo (en sustitución del Convenio de Dublín de 1990, de carácter internacional e intergubernamental). Asimismo, estableció las normas mínimas comunes que los Estados miembros tenían que respetar en materia de acogida de los solicitantes de asilo, de los requisitos para la protección internacional y la naturaleza de la protección otorgada, y de los procedimientos para la concesión o retirada de la condición de refugiado. La protección temporal en caso de afluencia masiva fue abordada en otra normativa. En noviembre de 2004, el Programa de La Haya exigió que se aprobasen antes de finales de 2010 los instrumentos y las medidas de la segunda fase, quedando así de relieve el deseo de la Unión de ir más allá de las normas mínimas e instaurar un procedimiento de asilo único que incluyera garantías comunes y un estatuto uniforme para las personas a las que se concediera protección. En el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo (2008) este plazo fue ampliado hasta 2012.

El Tratado de Lisboa (2009) supuso una innovación al transformar las medidas a implementar con respecto al asilo, que pasaban del establecimiento de normas mínimas a la creación de un sistema común que incluía estatutos y procedimientos uniformes[6]. Si bien ya en 2008-2009 la Comisión había presentado las propuestas relativas a la siguiente fase, los avances en las negociaciones fueron lentos, por lo que la adopción de esta "segunda fase" del SECA se produjo a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que cambió el foco de atención de unas normas mínimas a un procedimiento común de asilo sobre la base de un estatuto de protección uniforme. En línea similar, el Programa de Estocolmo, adoptado por el Consejo Europeo el 10 de diciembre de 2009 para el período 2010-2014, reafirmó el objetivo de establecer un espacio común de protección y solidaridad basado en un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se concede protección internacional. En él se destacaba la necesidad de promover una verdadera solidaridad con los Estados miembros sometidos a presiones específicas y el importante papel de la nueva Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO).

Atendiendo a la presión migratoria experimentada desde 2014, en mayo de 2015 la Comisión presentó la Agenda Europea de Migración[7] en la que se proponían varias medidas para hacer frente a dicha presión y propuestas de reforma del SECA, que se presentaron en mayo y julio de 2016 y fueron debatidas entre el Parlamento

[6] Dicho sistema común debía comprender los siguientes elementos: un estatuto uniforme de asilo, un estatuto uniforme de protección subsidiaria, un sistema común de protección temporal, procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria, criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud, normas relativas a las condiciones de acogida, asociación y cooperación con terceros países.

[7] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: una agenda europea de migración. Bruselas, 13.5.2015 COM (2015) 240 final.

y el Consejo durante la legislatura que finalizó en mayo de 2019[8]. Este conjunto de iniciativas legislativas tenía por objeto, entre otras cuestiones, mejorar el SECA, para lo que se propuso la aprobación de reglamentos –de aplicación directa– en vez de directivas (a excepción de los instrumentos para regular las condiciones de acogida, caso en el que seguiría tratándose de una directiva que habría que incorporar a las legislaciones nacionales).

Siguiendo la línea trazada, y con el fin de dar un nuevo impulso a la estancada reforma del SECA, el 2 de septiembre de 2020, la Comisión publicó el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

2.2. Antecedentes inmediatos

En el contexto de una reforma más general de la normativa UE en materia migratoria y de protección internacional, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo ha establecido un marco europeo global para la gestión del asilo y la migración en la Unión Europea incluyendo varias propuestas legislativas con objetivos claros tendentes a establecer estrategias comunes para un enfoque integral de la gestión en este ámbito. Los fines estaba bien delimitados: crear un sistema más eficiente y resistente a la presión migratoria, luchar contra los abusos y prestar apoyo a los Estados miembros más afectados[9].

En particular, las iniciativas iban encaminadas a sustituir el sistema de Dublín[10] por un procedimiento de gestión que asignase de forma más coherente las solicitudes de asilo entre los Estados miembros mediante un nuevo mecanismo de solidaridad, garantizando la tramitación oportuna de las solicitudes y la previsión de medidas coyunturales para hacer frente a las situaciones extraordinarias de crisis[11] y de fuerza mayor para atender circunstancias excepcionales de afluencia

[8] No obstante, no se aprobó ningún acto legislativo debido al bloqueo de expedientes en el Consejo o a la suspensión de expedientes específicos debido a bloqueos de expedientes conexos.

[9] En 2022, según Eurostat, 962.160 personas solicitaron asilo en la UE, lo que representa un aumento notable con respecto a las 630.630 del año anterior. Alemania fue el primer país receptor de personas solicitantes de asilo en la UE, le siguió Francia. Por tercer año consecutivo, España se situó en la tercera posición. Estos tres países atendieron al 53% del total de solicitudes en el conjunto de la UE. Véase en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00191/default/table?lang=en

[10] Recordemos que el sistema de Dublín que se aplica en la actualidad se estableció por primera vez en 1990 y se actualizó posteriormente en 2003 y 2013. Su objetivo es determinar un único Estado miembro de la UE como responsable de la tramitación de una solicitud de asilo. El procedimiento se basa en varios criterios, incluido el de primer país de entrada. En la práctica, esto significa que un pequeño número de Estados miembros han sido responsables de tramitar la mayoría de las solicitudes de asilo, suponiendo una importante carga para los Estados miembros de "primera línea".

[11] Se prevé la aprobación de un nuevo estatuto de protección inmediata para las personas que huyen de conflictos armados en una crisis.

masiva de nacionales de terceros países o apátridas que lleguen de forma irregular a un país de la UE.

La propuesta de sustitución –o depuración– del Reglamento de Dublín pretendía determinar, con mayor eficacia, un único Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo, garantizando el reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros mediante un nuevo mecanismo de solidaridad que coadyuvase a erradicar los abusos y previniese el riesgo de movimientos secundarios de los solicitantes de asilo dentro de la UE.

Por otra parte, se pretendía reforzar el Reglamento Eurodac para mejorar la base de datos de impresiones dactilares de la UE de solicitantes de asilo; introducir un nuevo control obligatorio previo a la entrada, incluyendo pruebas sanitarias, de identificación y de seguridad, así como la toma de impresiones dactilares y el registro en la base de datos Eurodac; por último, crear el Reglamento regulador de la nueva Agencia de Asilo UE (importante paso en la modernización de las prácticas de asilo y acogida de la UE).

En línea similar, se propusieron la sustitución de dos directivas: la Directiva sobre procedimientos de asilo (Directiva 2013/32/UE) y la Directiva relativa a los requisitos de asilo (Directiva 2011/95/UE) por Reglamentos. La primera, por el Reglamento de armonización de los procedimientos, con el fin de establecer un procedimiento común en materia de protección internacional La segunda, por el Reglamento regulador de las normas de protección y los derechos de los solicitantes de asilo, para unificar criterios en la identificación de las personas realmente necesitadas de protección internacional y de establecer derechos comunes para las mismas en todos los Estados miembros.

Por otra parte, y como fin también prioritario, la reforma de la Directiva sobre las condiciones de acogida (Directiva 2013/33/UE), pretendiendo, en primer lugar, velar por unas normas de acogida armonizadas, unificadas y dignas para los solicitantes de asilo y, como segundo objetivo principal, reducir los movimientos dentro del territorio UE mediante limitaciones geográficas, permitiendo que los Estados miembros restrinjan la presencia del solicitante a una zona geográfica determinada y condicionando, con excepciones, la provisión de documentos de viaje.

Finalmente, la Comisión propuso crear un Marco de Reasentamiento de la UE permanente, que sustituiría a los programas de reasentamiento *ad hoc*.

2.3. Estado de la cuestión

En la fecha de elaboración de este estudio, tres años después de que la Comisión Europea presentase el Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, las negociaciones avanzan muy lentamente, complicando las posibilidades de

concluir, a medio o corto plazo, la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo iniciada en 2015[12].

En 2021, sí hubo acuerdo en el Parlamento Europeo y el Consejo sobre las nuevas normas para la entrada y residencia de trabajadores altamente cualificados de fuera de la UE en virtud de la revisión de la Directiva sobre la Tarjeta Azul. El acuerdo sobre la Tarjeta Azul, que analizaremos más adelante, fue para la Comisión un objetivo clave del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Igualmente, el 9 de diciembre de 2021, el Consejo adoptó finalmente el Reglamento por el que se creó la Agencia de Asilo de la UE (AAUE), cuyo objeto es mejorar la aplicación de la política de asilo en el territorio de la Unión[13] convirtiendo la anterior Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) en una agencia de pleno derecho que comenzó su funcionamiento el 19 de enero de 2022. Se convierte, así, en la segunda propuesta legislativa que se ha aplicado en el marco del Nuevo Pacto, tras la adopción de la directiva relativa a la Tarjeta Azul adoptada en octubre de 2021.

En 2022 el progreso fue escaso. No obstante, España y los países que son frontera sur de la Unión Europea aceptaron el enfoque gradual o avance por etapas propuesto por la Presidencia francesa del Consejo, con la condición de que se respetasen los principios del reparto equitativo de responsabilidad y solidaridad. Es necesario destacar que con la Presidencia checa (1 de julio al 31 de diciembre de 2022) se restableció el enfoque global defendido históricamente por el Parlamento Europeo, que aboga por una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo asegurando, de este modo, la necesaria revisión del Reglamento de Dublín; las instituciones europeas acordaron una hoja de ruta para la plena adopción del Pacto en 2024. No olvidemos que, en el anterior ciclo político europeo, la imposibilidad de un acuerdo de los colegisladores sobre el Reglamento de Dublín determinó el fracaso de la reforma del conjunto del SECA en 2019.

[12] Teniendo como punto de mira las elecciones de 2024, resulta poco probable que la tan ansiada reforma haya concluido para esas fechas. (Según Press office - General Secretariat of the Council-, las elecciones tendrán lugar del 6 al 9 de junio de 2024. "De conformidad con el Acta de 20 de septiembre de 1976 relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, y a resultas de los debates mantenidos sobre este asunto en los órganos preparatorios del Consejo, el Consejo toma nota de que las próximas elecciones al Parlamento Europeo se celebrarán durante el período resultante de la aplicación del artículo 11, apartado 2, párrafo primero, del Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo (DO L 278 de 8.10.1976, p. 5), es decir, del 6 al 9 de junio de 2024").

[13] Los objetivos de esta Agencia se focalizan en optimizar el funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo, mejorando la asistencia operativa y técnica que brinda a los Estados miembros y contribuyendo a una mayor convergencia en la evaluación de las solicitudes de protección internacional.

Los avances ulteriores en las negociaciones sobre el Reglamento de Control[14] y Eurodac[15], han incrementado considerablemente la responsabilidad y, por ende, la presión sobre los países fronterizos. En relación con este último, las cuestiones más controvertidas son el uso de datos biométricos y la protección de los datos personales, junto con el papel de las agencias de la UE (especialmente EUROPOL) en la adhesión a EURODAC.

En paralelo, algunos Estados han acordado una Declaración de Solidaridad Voluntaria[16], pero, sin duda, es necesario que en el marco del Pacto se avance de una forma conjunta e integral en estas cuestiones; lamentablemente, existen posiciones divergentes entre los países del Este, más centrados en las cuestiones de cribado, y la postura de los del Sur, más interesados en los mecanismos de solidaridad. Recientemente, bajo la presidencia de Suecia, las negociaciones han ido manteniendo el enfoque de externalización de fronteras, insistiendo en la oportunidad de aumentar los retornos (incremento de devoluciones y acuerdos de readmisión, a pesar de que la refundición de la Directiva de Retorno[17] está actualmente paralizada) forzando a los principales países emisores de migrantes a la UE para que cooperen en la readmisión de sus nacionales mediante restricciones en la política de visados y la condicionalidad en los acuerdos comerciales[18].

[14] Los principales puntos a debatir se han referido a la ficción de la entrada legal, el mecanismo de control, los motivos de detención, la relación entre el cribado y la Directiva sobre las condiciones de acogida y los recursos legales. Véase Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817. COM/2020/612 final.

[15] Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricas para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) XXX/XXX [Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración] y del Reglamento (UE) XXX/XXX [Reglamento sobre el Marco de Reasentamiento], para la identificación de un nacional de un tercer país o un apátrida en situación irregular, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818. COM/2020/614 final.

[16] Declaración de Solidaridad Voluntaria, firmada por 18 Estados Miembro, el 22 de junio de 2022 https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/migration-management/relocation-eu-solidarity-practice_en

[17] Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Los aspectos controvertidos que impiden avances en estas negociaciones continúan siendo, entre otros, el procedimiento fronterizo de retorno, el riesgo de fuga, la duración del internamiento y los recursos.

[18] En esta línea, debemos referirnos al nuevo instrumento de vecindad (NDICI-Europa Global) que materializa la instrumentalización de la cooperación en asuntos migratorios, introduciendo "mecanismos de financiación flexible" que permiten cambiar la asignación de los fondos según el grado de ejecución de los acuerdos en materia de migración; o el Código de Visados - Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y modificaciones posteriores, - cuyo artículo 25 bis condiciona la expedición de visados en función del "grado de

2.4. Puntos clave para acciones venideras

El contexto geopolítico actual de la UE, marcado por el desplazamiento de más de ocho millones de personas tras la invasión rusa de Ucrania –el mayor éxodo de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial– ha puesto a prueba los límites del sistema actual y, sin embargo, ha demostrado que con políticas adecuadas y consensuadas se puede garantizar la protección de forma ágil y eficaz. La activación sin precedentes[19] de la Directiva de Protección Temporal[20] en marzo de 2022 ha permitido obtener protección de manera rápida a millones de personas en el conjunto de los Estados miembros[21].

Sin embargo, esta respuesta positiva de la UE contrasta con evidentes medidas de defensa de fronteras, donde el único consenso posible radica en impedir que las personas en situación de vulnerabilidad lleguen a Europa. No cabe duda de que, en las últimas décadas, se han producido muchos más avances en la coordinación de la gestión de las fronteras y en los medios necesarios para evitar los desplazamiento al territorio UE que en la formulación de políticas positivas tendentes a una gestión óptima de la migraciones.

Ante este horizonte, es momento para la reflexión. El repaso a las políticas pendientes y a las propuestas normativas más recientes en fase de elaboración y/o

cooperación de un tercer país con los Estados miembros en materia de readmisión de migrantes en situación irregular". Esta condicionalidad se está extendiendo incluso a los acuerdos comerciales, como el nuevo Sistema de Preferencias Generalizadas (2024-2034) que pretende introducir esta cláusula como única obligación positiva, sin que exista todavía una sobre ratificación de los convenios de derechos humanos

[19] Todo esto contrasta con la situación en el año 2015, en la que más del 75% de quienes llegaron a Europa huían de la persecución y los conflictos en Siria, Afganistán o Irak. En esos momentos cada país optó por actuar según intereses individuales, incluso con medidas unilaterales como el cierre de sus fronteras nacionales. Entonces el Consejo Europeo y el Consejo de la UE escenificaron a través de sus cumbres la desunión, la diferencia de políticas, la descoordinación y el desacuerdo, optando por la reubicación de solicitantes de asilo desde Grecia e Italia y el reasentamiento de personas refugiadas desde terceros países. Grecia se convirtió en un enorme campo de refugiados, con una consecuencia inmediata e inaudita en la historia reciente de Europa.

[20] Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

[21] Recordemos que la Comisión también presentó unas directrices operativas para ayudar a los guardias fronterizos nacionales a gestionar eficazmente las llegadas a las fronteras con Ucrania. El 3 de marzo de 2022, los ministros de la UE (Consejo de Justicia y Asuntos de Interior) acordaron por unanimidad el establecimiento de un mecanismo de protección temporal en respuesta a la afluencia de personas desplazadas procedentes de Ucrania. La Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022, reconoció la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania como consecuencia de un conflicto armado en el sentido del artículo 5 de la Directiva de Protección Temporal, con el efecto de introducir la protección temporal, inactivada hasta esa fecha.

reformulación nos permitirá establecer las prioridades y concretos retos de futuro[22] por los que España, como Estado miembro –y país en la presidencia del Consejo UE durante el segundo semestre de 2023– debe apostar en el ámbito del asilo y de la protección internacional.

Destaquemos ahora los puntos esenciales partiendo de las propuestas de reforma.

En primer lugar, hay que reseñar que la penúltima propuesta de Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración (RAMM)[23] mantiene, de forma sustancial, la jerarquía de criterios del Reglamento de Dublín III para la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en la UE. De este modo, la responsabilidad por defecto sigue recayendo en el primer país de entrada, no proporcionando una solución real y efectiva a las deficiencias actuales del sistema, ni tampoco paliando o atenuando la situación de presión a la que se ven sometidos los Estados que son frontera exterior, como es el caso de España. Se hace pues, imprescindible, la necesidad de promover una reforma profunda de las normas de Dublín para garantizar un reparto verdaderamente equitativo de las responsabilidades compartidas entre los Estados Miembros, atendiendo al principio de solidaridad. Igualmente, es esencial la concienciación por parte de los países miembros de la puesta en marcha de mecanismos que prioricen las situaciones de enfermedad grave y/o discapacidad u otras situaciones de vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y que garanticen un tratamiento individualizado, y con plenas garantías, de las solicitudes de asilo, así como la asistencia jurídica gratuita en todas las fases de los procedimientos administrativos y judiciales.

En segundo lugar, la propuesta modificada de Reglamento sobre un Procedimiento Común en materia de protección internacional[24] pretende introducir nuevos sistemas fronterizos de asilo y retorno[25], con el fin de vincularlos entre

[22] Al respecto, véase el Informe CEAR "Hacia un Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo garantista y solidario. Recomendaciones de CEAR para la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea 2023". CEAR, abril 2023. Disponible en https://www.cear.es/propuestas-presidencia_espanola-ue-migracion-asilo/ También, Informe CEAR, 2022. "Las personas refugiadas en España y en Europa. La política de asilo en la Unión Europea" Disponible en: https://www.cear.es/informe-cear-2022/

[23] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración]. Disponible en: EUR-Lex - 52020PC0610 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

[24] Propuesta modificada de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE. COM (2020) 611 final Disponible en: EUR-Lex - 52020PC0611 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

[25] En relación a nuestro marco normativo interno, recordemos la entrada en vigor, el 31 de marzo de 2022, del Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento

sí y con el Reglamento de Control (screening) y la futura Directiva de Retorno refundida. Destaquemos tres aspectos: por una parte, y aunque los Estados miembros no han logrado aún ponerse de acuerdo sobre su carácter obligatorio, el procedimiento de asilo en frontera pasa a ser de aplicación obligatoria en determinados supuestos, ampliándose su duración máxima. En segundo lugar, el registro de las solicitudes de asilo sólo se realizará una vez finalizado el *screening*, retrasando, por tanto, el acceso al procedimiento de protección internacional, y bajo presunción de una "ficción jurídica de no entrada" difícilmente compatible ésta con el Derecho Internacional, si consideramos que las personas nacionales de terceros países que se encuentran en las fronteras europeas ya están en el territorio de la UE y, por tanto, desde el momento en el que manifiestan su voluntad de solicitar protección internacional han de garantizarse inmediatamente sus derechos a través del registro de su solicitud. En tercer lugar, por otro lado, el nuevo procedimiento fronterizo de retorno se prevé de aplicación inmediata para las solicitudes de protección internacional que sean rechazadas en el procedimiento fronterizo de asilo. Atendiendo a ello, consideramos que la emisión automática de una decisión de retorno, junto con la decisión de denegación de protección internacional en el procedimiento de asilo en frontera, supone una merma de garantías procesales y pone en peligro una valoración individualizada establecida en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Del análisis de su contenido, esta propuesta parece estar basada en la presunción de que la mayoría de las personas que llegan a la Unión Europea no tienen necesidades de protección y que el estudio de las solicitudes puede hacerse en el plazo más breve posible, prejuzgando situaciones que deben ser analizadas individualmente y en los plazos adecuados que los procedimientos acelerados no permiten. Las políticas UE diseñadas a corto y medio plazo deberían oponerse a la obligatoriedad de los procedimientos fronterizos acelerados y rechazar la ficción jurídica de no entrada; sin duda, retrasan el acceso al procedimiento de protección internacional y a las garantías procedimentales básicas, además ponen en riesgo el respeto del principio de no devolución.

por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, y se incorpora, parcialmente, al derecho español la Directiva 2013/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. El real decreto se estructura en un artículo que aprueba el reglamento, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Por su parte, el reglamento que aprueba este real decreto se compone de cincuenta y tres artículos, divididos en cinco títulos. Su objeto es desarrollar lo dispuesto en el capítulo III del título II de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, configurando el sistema de acogida en materia de protección internacional acorde a las líneas marcadas desde la Unión Europea.

Más recientemente, el 8 de junio de 2023, el Consejo adoptó dos nuevas propuestas sobre estos Reglamentos[26] que constituirán la base de las negociaciones a partir de ahora. La intención manifestada es que los textos definitivos, una vez debatidos e incluidas, en su caso, nuevas modificaciones y/o matizaciones, se aprueben antes de las próximas elecciones europeas.

La nueva propuestas continúan en la línea de racionalización del procedimiento de asilo, simplificando la duración del mismo y estableciendo normas sobre los derechos de las personas solicitantes (derecho a intérprete, a la asistencia jurídica y representación). También se pretende prevenir los abusos estableciendo obligaciones claras para que los solicitantes cooperen con las autoridades durante todo el procedimiento. En particular, la propuesta de Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, de 6 de junio de 2023, insiste en el mecanismo de solidaridad, combinando solidaridad obligatoria y flexibilidad para que los Estados miembros decidan las contribuciones individuales sobre aspectos como la reubicación, las aportaciones financieras o las acciones solidarias alternativas como el despliegue de personal, o medidas centradas en el desarrollo de capacidades. Como puntos clave, los Estados miembros tienen plena discrecionalidad en cuanto al tipo de solidaridad con la que contribuyen. Además, ningún Estado miembro estará obligado en ningún caso a efectuar reubicaciones. Igualmente, se contemplan medidas destinadas a prevenir abusos por parte del solicitante de asilo y evitar movimientos secundarios[27]. Por último, aunque esta nueva versión del Reglamento preserva las principales normas sobre determinación de la responsabilidad, las medidas acordadas modifican los plazos de duración[28].

En tercer lugar, la propuesta del Reglamento sobre Crisis y Fuerza Mayor[29] prevé disposiciones para adaptar las normas del mecanismo de solidaridad del RAMM, el Reglamento de Procedimientos y la Directiva de Retorno, con el fin

[26] Véase comunicado de prensa: https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/06/08/migration-policy-council-reaches-agreement-on-key-asylum-and-migration-laws/

[27] El Reglamento establece, por ejemplo, la obligación de que los solicitantes de asilo presenten la solicitud en el Estado miembro de primera llegada o estancia legal. Desincentiva los movimientos secundarios al limitar las posibilidades de cese o transferencia de responsabilidad entre Estados miembros y, por tanto, reduce las posibilidades de que el solicitante elija el Estado miembro en el que presenta su solicitud.

[28] El Estado miembro de primera llegada será responsable de la solicitud de asilo durante un período de dos años; cuando un país desee trasladar a un migrante al Estado miembro que sea realmente responsable del migrante y este se fugue (por ejemplo cuando se oculte para eludir un traslado), al cabo de tres años la responsabilidad pasará al Estado miembro que ejecuta el traslado; si un Estado miembro rechaza a un solicitante en un procedimiento fronterizo, su responsabilidad sobre esa persona finalizará al cabo de 15 meses (en caso de renovación de la solicitud).

[29] Propuesta de Reglamento relativo a las situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo. COM (2020) 613 final. Disponibe en: EUR-Lex - 52020PC0613 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

de responder a situaciones excepcionales de afluencia masiva de llegadas (o el riesgo de que se produzcan) que puedan poner en peligro o dificultar gravemente la continuidad de los sistemas de acogida, asilo y retorno de los Estados miembros. En particular, cuando confluyan determinadas circunstancias, posibilita que un Estado miembro declarado en situación de crisis o fuerza mayor se aparte del acervo regular de asilo, lo que puede dar lugar a procedimientos fronterizos ampliados y a la suspensión del tratamiento de solicitudes[30]. No obstante, la respuesta ante situaciones de crisis debe ser el acceso al procedimiento de protección internacional con todas las garantías y la solidaridad obligatoria y compartida.

Debemos señalar que, en último término, el objetivo del Reglamento de Crisis es la derogación de la Directiva de Protección Temporal 2001/55/CE[31] y su sustitución por el estatuto de "protección inmediata". La definición de dicho estatuto se limita a personas que se vean obligadas a desplazarse por violencia generalizada por conflictos armados, dejando fuera otros factores igualmente relevantes (motivos medioambientales, persecución por razón de género…); además, el plazo de concesión de la protección inmediata es menor que el de la protección temporal y no se incluye el reconocimiento colectivo.

Forma ya parte de la historia reciente la respuesta de la Unión Europea al desplazamiento forzado tras la invasión de Ucrania; su posición y actuaciones demostraron que la resolución eficaz de las crisis exige garantizar los derechos y el acceso a la protección y que es posible hacerlo de forma ágil y eficaz. Esta respuesta debe servir como precedente y tomarse como referencia para responder ante futuras crisis. La Directiva de protección temporal se erige en el instrumento idóneo para apoyar tanto a los Estados miembros más afectados por las crisis como para proteger a las personas desplazadas como consecuencia de éstas. En consecuencia, creemos oportuno apoyar la vigencia Directiva de Protección Temporal frente al riesgo de su derogación y sustitución por la "protección inmediata", menos garantista, así como promover su aplicación para responder a situaciones futuras de crisis.

En cuarto lugar, debemos centrar nuestra atención en dos propuestas que, consideramos, son los pilares del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo para la gestión de las fronteras exteriores de la UE: la que afecta al Reglamento de Control y la propuesta modificada del Reglamento Eurodac.

[30] La Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo *(LIBE)* adoptó su posición sobre esta propuesta el 28 de marzo de 2023. El texto aporta una definición de qué se entiende por "crisis" (incluyendo como tal la situación recurrente de llegadas por desembarco tras operaciones de salvamento y rescate en el mar), elimina el concepto de fuerza mayor y limita el margen de discrecionalidad de los Estados para aplicar excepciones a sus obligaciones en virtud del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

[31] La Comisión LIBE del Parlamento Europeo ha defendido y protegido la Directiva de Protección Temporal, complementando dicho instrumento con el reconocimiento *prima facie* de protección internacional.

En cuanto a esta última, lo que más debe preocuparnos es la ampliación del alcance de la base de datos Eurodac para controlar los flujos migratorios, incluyendo el uso de nuevos datos biométricos como el reconocimiento facial y su aplicación a menores. Las políticas que se implementen en este ámbito deberían evitar la elaboración de perfiles raciales, controles intrusivos o el abuso de discrecionalidad en el tratamiento de los citados datos biométricos. En la misma línea, la recogida de los mismos no debe realizarse de manera coercitiva, siendo recomendable la inclusión de una perspectiva de infancia, de protección y de derechos humanos.

Respecto a la propuesta del Reglamento de Control, introduce la novedad de un control previo a la entrada (screening) de las personas extracomunitarias que se encuentren en las fronteras exteriores sin cumplir las condiciones de entrada, o que provengan del desembarco tras una operación de búsqueda y rescate en el mar, incluyendo a los solicitantes de asilo. Este proceso puede demorar el acceso al procedimiento de protección internacional y a todas sus garantías, lo que genera un riesgo de vulneración del principio de no devolución. En paralelo, lo más preocupante sea, quizás, la introducción de la ficción jurídica de "no entrada"[32], que debería eliminarse por posible vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (TEDH) sobre lo que se considera ejercicio de jurisdicción de un Estado Parte. Es obvio que, si la persona está bajo control efectivo de las autoridades del Estado Miembro, debería aplicarse toda la normativa vigente de protección de los derechos humanos.

A la vista de lo analizado, podemos concluir afirmando que el Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo hace una apuesta insuficiente por aumentar las vías legales y seguras para acceder a la protección internacional en la Unión Europea[33]. No obstante, recordemos que en diciembre de 2022 el Parlamento Europeo y el Consejo desbloquearon las negociaciones y validaron el acuerdo provisional de 2018 sobre el Reglamento para un Marco de Reasentamiento de la UE[34]. Si bien se trataría de la única normativa de la UE que abre una vía legal y segura para personas refugiadas que necesitan protección en Europa, no podemos obviar que la participación de los Estados Miembros será voluntaria y no habrá cuota obligatoria.

[32] En base a ella, una persona no ha llegado a la UE hasta que el Estado Miembro en cuestión no autorice su entrada, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

[33] Y ello a pesar de la Recomendación (UE) 2020/1364 de la Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre las vías legales para obtener protección en la UE: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias, que lo acompañaba. En ella se plantea el reasentamiento como una herramienta fundamental para abordar las necesidades de protección internacional y demostrar la solidaridad de la Unión con terceros países. Disponible en EUR-Lex - 52020PC0614 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

[34] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) n.º 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo. COM/2016/0468 final.

Una política congruente con el mensaje que la UE quiere transmitir tendría que ir encaminada a impulsar un mecanismo de reasentamiento con cuotas obligatorias para todos los Estados Miembros. Asimismo, habría que asumir un mayor compromiso para la adopción de vías de acceso óptimas, promoviendo la posibilidad de solicitar asilo en embajadas y consulados en exterior, mediante la expedición de visados humanitarios, flexibilizando los requisitos para la reagrupación familiar, así como facilitando el acceso a programas de movilidad laboral o formativa en el territorio de la Unión.

En relación directa, el Nuevo Pacto profundiza en el modelo de externalización de fronteras como eje principal de la política migratoria europea, dejando buena parte de la gestión de los flujos migratorios en manos de terceros países, especialmente en el contexto de las rutas migratorias del continente africano y el Mediterráneo. En este marco, se firman acuerdos con los países de origen y tránsito para que colaboren en la contención de flujos migratorios y en la readmisión de las personas expulsadas que, en muchas ocasiones, como ya expusimos en el apartado anterior, condicionan la ayuda oficial destinada al desarrollo de estas zonas a la cooperación en el control de fronteras, creando mecanismo de gran presión con consecuencias evidentes para los propios Estados y para miles de personas migrantes y refugiadas que quedan atrapadas en países donde no se respetan los derechos humanos ni, por ende, pueden aspirar a obtener una protección efectiva.

Huelga decir que estas políticas no coadyuvan al diseño y puesta en práctica de una política europea de gestión de flujos migratorios que dice tener puesto el foco en la Agenda 2030. Sin duda alguna, los instrumentos del Pacto deben sentar las bases de una política migratoria y de asilo verdaderamente común, garantista y capaz de articular una respuesta estructural a los retos actuales y futuros de la Unión Europea.

3. LA INMIGRACIÓN ECONÓMICA EN LA UE DEL SIGLO XXI: TRAZOS DE LAS POLÍTICAS VIGENTES

Para el estudio de este apartado, debemos partir de una premisa: la política migratoria es una competencia compartida entre la Unión Europea y sus Estados miembros. Son estos últimos los que deciden quiénes y de qué manera van a formar parte de ellos y, en consecuencia, el número de nacionales extracomunitarios que pueden acceder a su territorio para trabajar o buscar trabajo. Este carácter esencial de la soberanía nacional sobre la población se convierte en un motivo sustancial de la resistencia de los Estados a ceder competencias en este ámbito para europeizar las políticas de gestión de flujos migratorios, en particular las dirigidas a la inmigración económica, y se ha traducido en un continuo entorpecimiento de las propuestas de la comisión. Los Estados europeos han elaborado en las dos últimas décadas políticas radicalmente diferentes para administrar la entrada legal de ciudadanos de terceros

países para trabajar en sus respectivos territorios, algunas bastante restrictivas, otras de carácter marcadamente liberal; desde políticas de cuotas, a medidas de regularización *a posteriori*. Sin duda, la posibilidad de una política europea de gestión óptima de flujos migratorios ha estado frenada hasta el momento por la gran diversidad de intereses de los Estados Miembros[35]. La gama de tendencias y preferencias políticas que se deduce de estos diferentes entornos y circunstancias socioeconómicas ha hecho muy difícil hasta el momento la homogeneización de políticas migratorias. No obstante, con vistas a encontrar respuestas adaptadas a las múltiples necesidades y abordar las deficiencias jurídicas y operativas, la Comisión ha llevado a cabo consultas dirigidas a la ciudadanía[36] a los Estados miembros, al Parlamento Europeo, a los interlocutores sociales europeos y a la sociedad civil[37], en general.

En los últimos veinte años la UE ha ido desarrollando un marco jurídico que ha tratado de armonizar las condiciones de entrada y residencia de los Estados miembros para determinadas categorías de nacionales de terceros países con fines laborales, como los trabajadores altamente cualificados[38], los trabajadores temporeros[39] y las personas desplazadas en un marco intraempresarial[40]. El marco jurídico de la UE también regula las condiciones de admisión y los derechos

[35] Desde países que son emisores netos de migrantes (varios de los de la Europa del Este) a países que reciben altos volúmenes de migrantes laborales de baja o media cualificación (los del Sur), pasando por el caso del Reino Unido, en el que los inmigrantes cualificados superan en número a los descualificados. También podemos hablar de países con puertas cerradas a la inmigración, salvo la que se produce por la reagrupación familiar (Dinamarca, por ejemplo), o los que reciben más asilados que inmigrantes económicos (Suecia).

[36] Comisión Europea, Dirección General de Migración y Asuntos de Interior, Analysis of the responses to the public consultation on the future of legal migration – Synthesis report [«Análisis de las respuestas a la consulta pública sobre el futuro de la migración legal: Informe de síntesis», documento en inglés], Oficina de Publicaciones 2021, https://data.europa.eu/doi/10.2837/92995 .

[37] Reuniones organizadas durante la elaboración de las evaluaciones de impacto de las Directiva sobre residencia de larga duración y la Directiva sobre el permiso único [SWD (2022) 651 y SWD (2022) 656] y reunión de 17 de marzo de 2022.

[38] Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, publicada en DOUEL núm. 382 de 28 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, por la que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009.

[39] Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros (DO L 94 de 28.3.2014, p. 375).

[40] Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales (DO L 157 de 27.5.2014, p. 1).

de los estudiantes e investigadores[41], el derecho a la reagrupación familiar[42] y las condiciones y procedimientos para que los nacionales de terceros países obtengan un derecho de residencia permanente o de larga duración[43]. Asimismo, la legislación establece un procedimiento único –y un permiso único que combina la autorización para trabajar y residir– para los trabajadores de terceros países admitidos en virtud de los regímenes nacionales de los Estados miembros[44]. En la actualidad, la legislación no cubre otras categorías de migrantes laborales, ni a los trabajadores por cuenta propia.

En marzo de 2019, la Comisión finalizó una evaluación global del mencionado marco jurídico[45] que dio lugar a conclusiones dispares y subrayó la necesidad de aumentar el impacto del marco de migración legal de la UE en los retos demográficos, económicos y migratorios. El control de adecuación concluyó que existían varias deficiencias inherentes en el sistema de migración legal, como la fragmentación, la cobertura limitada de las normas de la UE, la incoherencia entre diversas directivas, la complejidad de los procedimientos y la aplicación incorrecta del marco vigente. En 2021, el Parlamento Europeo adoptó dos Resoluciones[46] en las que instaba a la Comisión a que mejorara y desarrollara el marco jurídico y político de la UE en materia de migraciones legales y laborales. Sobre la base del artículo 225 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que presentara un paquete de propuestas para facilitar

[41] Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación "au pair" (DO L 132 de 21.5.2016, p. 21).

[42] Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251 de 3.10.2003, p. 12).

[43] Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23.1.2004, p. 44).

[44] Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (DO L 343 de 23.12.2011, p. 1).

[45] El objetivo fue determinar si la normativa vigente sobre migración legal proporcionaba una gestión eficaz de la migración a la UE y un trato justo de los migrantes; se pretendía indagar sobre la pertinencia de las normas atendiendo a los flujos migratorios reales y detectar si, realmente, aportaban un valor añadido en comparación con las normas nacionales. También se evaluó la aplicación de la normativa más antigua y el coste de la misma. Por último, la evaluación trató de determinar si las siete directivas diferentes referidas "ut supra" funcionan bien juntas y cómo interactuaban con otras políticas y leyes de la UE.

[46] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2021, sobre nuevas vías para la migración laboral legal [2020/2010(INI)] ;Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre política y legislación en materia de migración legal [2020/2255(INL)] .

y fomentar la entrada y la movilidad en la Unión de migrantes legales nacionales de terceros países. Los objetivos estaban claros: reducir la burocracia, mejorar la armonización, promover los derechos fundamentales y la igualdad de trato y evitar la explotación laboral.

Para conseguir los fines propuestos, estas políticas más flexibles, en particular las dirigidas a la inmigración económica, deben reforzarse para todas las categorías de migrantes, adoptando, en paralelo, medidas para luchar contra la explotación laboral[47] y la discriminación[48]. En esta línea se han diseñado e implementado otras políticas, como programas de movilidad laboral con terceros países, que tratan de satisfacer las necesidades de los empleadores[49] reforzando al mismo tiempo el desarrollo del capital humano en los países socios[50]. En sentido similar, se ha abierto la movilidad de estudiantes y personal de Erasmus + en el ámbito de la educación y formación profesional a países no pertenecientes a la UE[51].

La oportunidad política y económica de la migración laboral aparece claramente descrita en la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2022 (Atraer capacidades y talento a la UE), que hace, además, una radiografía del contexto sociodemográfico de los países miembros destacando factores claves como el envejecimiento y la reducción de la población activa –y el consecuente aumento de presión en los sistemas de pensiones y de protección social– y cómo estas tendencias influyen negativamente en los mercados de trabajo, debilitando la competitividad y el crecimiento económico. La proporción de la población en edad laboral disminuye al tiempo que la proporción de personas mayores aumenta,

[47] Por lo que se refiere a la lucha contra la explotación laboral de los migrantes irregulares, en septiembre de 2021 la Comisión adoptó una Comunicación [COM (2021) 592 final] relativa a la Directiva 2009/52/CE sobre sanciones a los empleadores, en la que se señalaban varias medidas necesarias para reforzar la aplicación y la eficacia de la Directiva.

[48] En este sentido, y como política reciente, se ha elaborado un conjunto de herramientas para el uso de los fondos de la Unión Europea para la integración de las personas de origen migrante en el período de programación 2021-2027. También es pertinente el Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-anti-racism-action-plan-2020-2025_en .

[49] Véase, al respecto, Eurofound. Hacer frente a la escasez de mano de obra en los Estados miembros de la UE, julio de 2021, https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2021/tackling-labour-shortages-in-eu-member-states

[50] Es muy probable que, por ejemplo, sectores como la construcción, la energía, la industria manufacturera y el transporte se vean afectados por la transición a una economía climáticamente neutra y necesiten mano de obra adicional y nuevas capacidades.

[51] Ocho Estados miembros han participado o participan actualmente en seis proyectos de este tipo con Egipto, Moldavia, Marruecos, Nigeria, Senegal y Túnez. Entre los temas clave figuran la movilidad circular para los expertos en TIC, las oportunidades para emprendedores, estudiantes y períodos de prácticas.

situación especialmente apreciable en algunos Estados miembros[52]. No cabe duda de que para hacer frente a estas necesidades cada vez mayores del mercado laboral, vinculadas a las tendencias demográficas y a la escasez de mano de obra, no basta con movilizar la mano de obra nacional o facilitar la movilidad dentro de la UE[53].

En esta línea, tanto la Agenda de Capacidades Europea como el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo reconocen la necesidad de aplicar un enfoque más estratégico, orientado a atraer y mantener mejor el talento para fomentar el potencial de crecimiento e innovación y canalizar la migración legal hacia las regiones y ocupaciones que sufren escasez de capacidades. Sin embargo, actualmente existen dos grandes obstáculos para lograr este fin: por una parte, los largos y complicados procedimientos de inmigración y las diferencias entre los requisitos que, en el ejercicio de su soberanía, establece cada Estado miembro; por otra, la dificultad para conectar talentos de terceros países con empleadores potenciales en los Estados miembros.

Atendiendo a ello, las líneas o estrategias de actuación aparecen claras, concretándose en dos frentes: el primero, la revisión del marco normativo para lograr la simplificación de los procedimientos; la segunda, la implementación de políticas tendentes a mejorar la adecuación de las necesidades/capacidades de la UE y las de los terceros países. Por otra parte, en línea similar, un análisis prospectivo exigiría encauzar las políticas venideras hacia nuevos derroteros, concentrando los esfuerzos en los cuidados, la juventud y la innovación. Veamos algunas cuestiones al respecto.

3.1. La política legislativa: modificaciones recientes propuestas

Con el fin principal de reducir los costes y la carga administrativa para los empleadores, prevenir la explotación laboral y apoyar una mayor integración y movilidad dentro de la UE de los nacionales de terceros países que ya residen y trabajan en la UE, la Comisión ha propuesto una refundición global de dos Directivas emblemáticas: la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración

[52] Según datos de Eurostat, tomando como punto de partida el año 2019, y hasta 2070, el tamaño de la población en edad laboral irá disminuyendo, pasando de alrededor del 65% en 2019 a entre el 56% y el 54% de la población total de la UE en la Europa de los Veintisiete. Véase: Eurostat, Estructura demográfica y envejecimiento; Comisión Europea, Atlas de Demografía, Impacto de la migración en la población en edad laboral. Disponible en: https://migration-demography-tools.jrc.ec.europa.eu/atlas-demography/stories/AoD/2/migration/S4 .

[53] Según relata la Comunicación, los empleadores de la UE se enfrentan a escasez de trabajadores en hasta veintiocho profesiones que empleaban al 14% de la mano de obra de la UE en 2020. Entre estas profesiones están los fontaneros e instaladores de tuberías, profesionales de enfermería, analistas de sistemas, soldadores y oxicortadores, conductores de camiones pesados, ingenieros civiles y desarrolladores de software.

(está infrautilizada por los Estados miembros y no prevé un derecho efectivo a la movilidad dentro de la UE) y la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre el permiso único, que no ha logrado plenamente su objetivo de simplificar los procedimientos de admisión para todos los trabajadores de terceros países. La Comisión propone una refundición global de las dos Directivas[54] para simplificar y aclarar el ámbito de aplicación de la legislación. Las metas a medio plazo son la racionalización del procedimiento para la obtención del permiso único y la mejora del estatuto de residente de larga duración UE con el reconocimiento de un estatus de derechos similares al del ciudadano de la Unión Europea.

Sin lugar a duda, permitir que los nacionales de terceros países que ya son residentes de larga duración en un Estado miembro cambien de empleo y se trasladen a otro Estado miembro para trabajar, sin trabas burocráticas, puede contribuir a incrementar la eficacia del mercado laboral en toda la UE, abordando, por una parte, la escasez de capacidades y compensando, por otra, los desequilibrios regionales. También puede mejorar el atractivo general de la UE para el talento extranjero. Con la propuesta se pretende facilitar la obtención del estatuto de residente de larga duración en la UE, permitiendo a los nacionales de terceros países acumular períodos de residencia en diferentes Estados miembros para cumplir el requisito relativo a la duración de la residencia, y precisando que todos los períodos de residencia legal deben contabilizarse en su totalidad, incluidos los períodos de residencia como estudiantes, beneficiarios de protección temporal o períodos de residencia basados inicialmente en motivos temporales. Asimismo, se pretende reforzar los derechos de los residentes de larga duración y de los miembros de su familia, en particular el derecho a desplazarse y trabajar en otros Estados miembros.

En relación con el permiso único, las modificaciones propuestas van encaminadas a que el citado permiso no esté vinculado a un único empleador. Esto supone que, durante el período de validez de éste, los trabajadores tendrán derecho a cambiar de contratante sin dejar de residir legalmente en el Estado miembro

[54] Al respecto, COM (2022) 650 (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (refundición) y, más reciente, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un procedimiento único de solicitud de un permiso único de residencia y trabajo de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro y sobre un conjunto común de derechos para trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (refundición), de 17 de mayo de 2023; véase: https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/06/08/legal-migration-council-settles-on-negotiating-position-for-review-of-single-permit-directive/ En relación a la Directiva de Permiso único , hubo una propuesta de actualización anterior (COM (2022) 655, de fecha 27 de abril de 2022. Estas propuestas en curso forman parte del paquete de medidas "Habilidades y talento" propuesto como seguimiento de la Comunicación de la Comisión sobre un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y son coherentes con el plan de acción 2021-2027 sobre integración e inclusión que proporciona un marco político común para ayudar a los Estados miembros a que desarrollen y fortalezcan sus políticas nacionales de integración para los nacionales de terceros países y las personas con origen migrante, incluidos los residentes de larga duración de la UE.

por ello. Estas medidas podrían contribuir a adecuar la mano de obra con las necesidades reales de los mercados de trabajo nacionales y reducir la vulnerabilidad a la explotación laboral. Además, se incluye nuevas obligaciones en virtud de las cuales los Estados miembros han de prever inspecciones, mecanismos de control y sanciones contra los empleadores que infrinjan las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con la Directiva. En la actualidad, la duración total de los procedimientos de solicitud (el tiempo necesario para solicitar un visado en ocasiones extiende considerablemente el procedimiento global, en algunos casos en hasta tres meses) disuade a los empleadores de la contratación internacional.

Continuando en este línea, sería conveniente prever la necesidad de futuras modificaciones en Directivas sectoriales sobre trabajadores temporeros (la Comisión evaluará si las normas en vigor ofrecen a los trabajadores temporeros una protección suficiente contra la explotación laboral) y sobre las personas desplazadas en un marco intraempresarial.

Para finalizar este repaso a las propuestas de modificación de la regulación vigente, recordemos que un primer paso importante para mejorar el atractivo de la UE fue la revisión de la Directiva sobre la tarjeta azul de la UE[55], que ha pretendido permitir a los migrantes altamente cualificados disfrutar de mayores derechos y, en particular, del derecho a desplazarse y trabajar en otros países de la UE, así como de procedimientos más rápidos y simplificados.

La nueva regulación simplifica y unifica creando un solo régimen con dos modalidades –europea y nacional– complementarias, y no alternativas como hasta ahora[56]. Elimina, además, requisitos de tamaño y volumen de facturación de las empresas en el esquema nacional, favoreciendo a las PYMEs; flexibiliza los umbrales salariales para la concesión de la autorización a estos profesionales; se instituye un régimen de agrupamiento familiar por el que los titulares pueden venir acompañados de sus familiares y éstos pueden trabajar desde el momento que tienen la autorización de residencia sin limitación ni geográfica ni sectorial y se facilita la incorporación de profesionales de sectores tecnológicos al requerirles tres años de experiencia y no los cinco que se exigen con carácter general. En particular, recapitulando, se establecen criterios de admisión más inclusivos, se facilitan la movilidad y la reagrupación familiar dentro de la UE, se simplifican los

[55] Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por la que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo. Su artículo 31 deja establecido como fecha límite para la transposición a los ordenamientos internos el 18 de noviembre de 2023.

[56] En este sentido, también reduce las cargas administrativas con medidas como ampliar la duración de las autorizaciones desde los dos años actuales a tres años prorrogables hasta cinco. Además, se instituye un sistema de ventanilla única por el que todas las solicitudes se examinarán por la Unidad de Grandes Empresas, y el silencio administrativo se considerará positivo.

procedimientos para los empleadores reconocidos, se concede un nivel muy elevado de acceso al mercado laboral y se amplía el ámbito de aplicación para incluir a los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la UE y a los beneficiarios de protección internacional.

No obstante, hay que apuntar que los Estados miembros podrán mantener los regímenes nacionales destinados a los trabajadores altamente cualificados en paralelo con el sistema de tarjeta azul, si bien las nuevas normas deberán introducir algunas disposiciones destinadas a garantizar unas condiciones de competencia equitativas, de modo que los titulares de la tarjeta azul de la UE y sus familias no se encuentren en desventaja con respecto a los titulares de permisos nacionales.

La reciente incorporación de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico exige una llamada de atención. Veamos, someramente, algunas cuestiones de interés.

3.1.1. La incorporación al ordenamiento nacional de la Directiva 2021/1883: la Ley 11/2023, de 8 de mayo. Breve reseña

El Preámbulo de la Ley 11/2023, de 8 de mayo[57] expone de manera clara que la incorporación y correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea debe ser uno de los objetivos prioritarios para la próxima Presidencia del Consejo de la Unión[58]; atendiendo a su tenor literal –*sólo presentándonos como un Estado miembro diligente tendremos plena capacidad de influencia en los asuntos europeos*– se vislumbra claramente la razón de ser y la intención de la Ley [59], que viene a transponer seis directivas UE.

La directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales

[57] Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE núm. 110 de 09 de mayo de 2023).

[58] Desde el 1 de julio de 2023 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, corresponde a España la presidencia rotatoria de la Unión Europea.

[59] Recordemos que el Consejo Europeo, ha establecido como objetivo primordial que cada Estado miembro debe transponer a su derecho interno, al menos, el 99% de las directivas de mercado interior (Déficit 1) y como objetivo adicional, el 100% de las directivas de mercado interior que tuvieran un retraso en su transposición superior a dos años con respecto a la fecha de su vencimiento (Déficit 0). Desde el verano de 2019 España no consigue cumplir con el objetivo del Déficit 1, presentando unos niveles de déficits que vienen oscilando desde el 1,1% (invierno de 2019) al 2,2% (invierno de 2021), y en lo que se refiere al Déficit 0, España lleva sin cumplir dicho objetivo desde el verano de 2017. El 15 de julio de 2022 se publicó el Informe Anual sobre Aplicación del Derecho de la UE correspondiente al año 2021, en el que España figuraba, a 31 de diciembre de 2021, como el Estado miembro con mayor número de procedimientos de infracción abiertos por la Comisión,

de terceros países con fines de empleo de alta cualificación se transpone, de forma parcial[60], en el Titulo II de la citada Ley, con la perspectiva de garantizar que los diferentes sectores económicos sean capaces de incorporar a las personas necesarias, con las cualificaciones y competencias requeridas, con mayor agilidad. Asimismo, y en relación directa, la incorporación al orden interno se hace con el fin de que nuestro país pueda abordar con éxito los objetivos previstos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; éstos, sin duda, pueden verse afectados por las tensiones existentes para cubrir la demanda de determinados perfiles, así como a la disponibilidad de las competencias que la economía española requiere en el corto y medio plazo.

La transposición se lleva a cabo mediante la modificación de la Ley 14/2013[61], y no del Reglamento de Extranjería, como sí se había hecho con la Directiva 2009/50/CE; implica la derogación de un amplio número de preceptos del Reglamento 557/2011, de 20 de abril, además del art. 38 ter de la Ley Orgánica 4/2000, sobre la residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados[62]. Sin

con 105. Debemos hacer hincapié que el cumplimiento de los objetivos de transposición en plazo resulta aún hoy más prioritario habida cuenta del nuevo escenario diseñado por el Tratado de Lisboa para este tipo de incumplimientos, para los que la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la imposición de importantes sanciones económicas de manera acelerada en base al artículo 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El impacto económico por la inadaptación de nuestro orden interno a la normativa comunitaria puede suponer un lastre para la competitividad de nuestras empresas y un perjuicio para ciudadanos y operadores jurídicos, además de un deterioro de la imagen de país ante nuestros socios e instituciones de la Unión Europea, como advierte la Exposición de Motivos de la Ley.

[60] Se excepcionan de la transposición que se lleva a cabo en esta norma los artículos 3.2.d), 17.7, 18 y 19 de la directiva, relativos a la introducción de excepciones a la aplicación del estatuto de residente de larga duración y a la expedición de autorizaciones de residencia autónomas a los miembros de la familia de los titulares de la Tarjeta azul-UE, que se prevén transponer en un futuro real decreto de modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

[61] Se modifican los artículos 22, 61, 62, 71, 73, 74 y 76 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, añadiendo un nuevo artículo 71 bis y una nueva disposición adicional vigésima a la misma. Asimismo, y por cuestiones de sistemática normativa, se incluye la modificación de la letra a) del artículo 22.1 de la mencionada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que amplía los trámites que podrán realizarse por vía telemática a través del Punto de Atención al Emprendedor.

[62] Se deroga el capítulo V del título IV, que regula la residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE, el título IX, que versa sobre procedimiento "para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurran razones de interés económico, social o laboral, o cuyo objeto sea la realización de trabajos de investigación o desarrollo o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural", y la disposición adicional primera.3, primer párrafo ("corresponde al titular de la Dirección General de Inmigración la competencia para tramitar y resolver sobre las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de este Reglamento, cuando las solicitudes sean presentadas por empresas que, teniendo diversos centros de trabajo en distintas provincias, cuenten con una plantilla superior a 500 trabajadores"), del Reglamento.

También, la tasa número 5.1.III «Autorizaciones de trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE», a la que se refiere el anexo de la Orden

duda, guarda muchos puntos de conexión con la última reforma del Reglamento de Extranjería, llevada a cabo por Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, que modifica la determinación de la situación nacional de empleo, recogida en el artículo 65 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de cara a conformar un Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura que permita una fotografía más exacta de las necesidades del mercado de trabajo a fin y efecto de facilitar la rápida, y ágil, contratación de personal extranjero cualificado en aquellos sectores en los que se demande mano de obra por parte empresarial, intentando atraer talento a España.

Debemos apuntar que, *paralelamente, y de forma adicional a la inclusión en el ordenamiento jurídico español de los nuevos elementos del régimen de Tarjeta azul-UE, el título II de la Ley 11/2023 introduce mejoras en el régimen nacional de autorización de entrada y residencia de profesionales altamente cualificados regulados en la citada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, complementando de este modo el régimen de la Unión Europea, con el fin de atraer profesionales y especialistas no incluidos en el ámbito subjetivo de la Directiva (UE) 2021/1883, de 20 de octubre de 2021. Entre los principales avances en el marco nacional se encuentran la* ampliación del marco subjetivo a titulados de formación profesional de grado superior, la eliminación de requisitos de tamaño y facturación de los empleadores, ampliando su alcance a pequeñas y medianas empresas, y la ampliación de la vigencia de todas las autorizaciones de residencia reguladas en la Ley a tres años renovables por dos más.

3.1.2. Otras modificaciones internas derivadas de la aplicación del derecho UE

Continuando con el repaso a reformas recientes en este ámbito, recordemos que la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, se llevó a cabo por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto[63], preservando la premisa de que la acción básica del estudiante extranjero en España era su actividad formativa. Como se

PRE/1803/2011, de 30 de junio, por la que se establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados en frontera y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería.

[63] La disposición derogatoria única del real decreto-ley derogó el artículo 38 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como el Capítulo IV del Título IV (artículos 73 a 84, del Reglamento), que transponían a nuestro ordenamiento la Directiva 2005/71/CE, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, que quedó derogada por la Directiva (UE) 2016/801.

expone en la propia norma de reforma, esta circunstancia determinó que el tránsito entre la categoría de estudiante a la de trabajador no fuera automático, estableciendo que los estudiantes extranjeros no pudiesen trabajar, salvo excepciones, de manera simultánea con los estudios, ya que, entre otras consideraciones, el salario que estuviese previsto obtener no podía servir para su sostenimiento económico. Sin embargo, la Directiva (UE) 2016/ 801, de 11 de mayo de 2016, establecía un margen de discrecionalidad a los Estados miembros más amplio para que se pudiese compatibilizar la realización de un empleo con los estudios. Tras la reforma*, se permite que los estudiantes compaginen trabajo y formación, siempre que sean compatibles con los estudios realizados y no superen las 30 horas semanales y se eliminan las restricciones a la incorporación de los estudiantes al mercado laboral tras la finalización de los estudios (hasta ahora era necesaria una estancia de tres años en España para poder obtener una autorización para trabajar).*

La reforma del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, afecta a los artículos 37, 42, y 199 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RLOEX), para dar respuesta a una demanda planteada por estudiantes e instituciones universitarias. *En particular, la modificación del artículo 199 del RLOEX va a flexibilizar los requisitos para la modificación de la situación administrativa del estudiante, que podrá cambiar su condición de titular de una autorización de estancia por estudios a la de una* autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre que acredite que ha finalizado los estudios y que cuenta con una oferta de empleo de carácter indefinido que le va a garantizar la percepción de una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional. Esta autorización, será tramitada como una autorización inicial, con una validez de un año; transcurrido este periodo se deberá proceder a la renovación. Recordemos que hasta la entrada en vigor de la reforma del RLOEX el 16 de agosto de 2022, a estos requisitos se añadían otros: llevar en España como estudiante tres años y no haber sido becados o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo –españoles o del país de origen–, condiciones que hasta ese momento eran imprescindibles para proceder al cambio de situación administrativa y que, tras la reforma, han quedado eliminadas de la regulación normativa.

En otro orden, un repaso a las últimas o más recientes modificaciones exige traer a colación la del Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre[64], que establece un

[64] Las modificaciones afectan a los artículos 196, 197 y 198 RLOEX. En primer lugar, se modifica el artículo 196 del reglamento de extranjería para simplificar el procedimiento de documentación cuando son menores. En segundo lugar, se incrementa la vigencia de la autorización inicial de uno a dos años (homogeneizando el plazo con otras normas) y de la autorización de renovación a tres años. En tercer lugar, se exime de la exigencia de acta notarial para la cédula de inscripción y se sustituye por un informe de la entidad de protección de menores. Finalmente, se consolida que las autorizaciones de residencia habiliten para trabajar cuando el menor alcance los 16 años. Con la modificación de los artículos 197 y 198 del Reglamento de Extranjería, se

régimen propio para los menores extranjeros y jóvenes inmigrantes extutelados con requisitos más acordes a su realidad, alargando la duración de las autorizaciones de residencia y permitiendo que los jóvenes inmigrantes entre 18 y 23 años que se han visto abocados a la irregularidad sobrevenida puedan acceder a una autorización de trabajo. El objetivo final de la reforma ha sido promover la inclusión y reducir la vulnerabilidad de estas personas evitando que lleguen a la mayoría de edad menores extranjeros no acompañados indocumentados, consolidando que puedan acceder al mercado laboral a partir de los 16 años[65] (y tras cumplir 18 años), promoviendo la inclusión de este colectivo y homologando la normativa española con la de países de nuestro entorno. Ello, en consonancia con el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la protección de los menores migrantes no acompañados en Europa[66], en el que el Comité Social y Económico Europeo insta a la UE a que desarrolle un enfoque coherente y armonizado para su protección.

3.2. Implementación y refuerzo de las asociaciones de movilidad y reserva de talentos: las medidas ejecutivas

Paralelamente a las propuestas normativas, la política comunitaria hace hincapié en la necesidad de mejorar la cooperación con los terceros países a través de asociaciones en materia de talentos[67], que tienen como objetivo impulsar la movilidad laboral internacional y el desarrollo del talento de manera circular, mejorando la adecuación de las capacidades y las necesidades de la UE y de los países socios en beneficio de todas las partes. Podrían llevarse a cabo en sectores económicos tan diversos como las TIC, la ciencia, la ingeniería, la salud

crea un régimen propio para los menores no acompañados que alcanzan la mayoría de edad. Para aquellos que llegan a los 18 años documentados (artículo 197), se establece un régimen propio sin referencias a residencia no lucrativa, lo que favorece la continuidad de la autorización que tenía como menor. Además, se reduce la acreditación de medios suficientes a una cuantía más adecuada. En el caso de los menores que llegan a los 18 años sin documentar, se modifica el artículo 198 para establecer un nuevo sistema para documentar a aquellos jóvenes que no lo están al llegar a la mayoría de edad. Estos jóvenes accederían a una autorización para residir y trabajar con los mismos requisitos mencionados anteriormente. En ambos casos, tanto para quienes hayan llegado a la mayoría de edad documentados como sin documentar, se tendrán en cuenta los informes sobre esfuerzo de integración, continuidad de estudios o formación.

[65] En 2020, el Ministerio de Inclusión realizó varias mejoras en la normativa de este colectivo, como la instrucción SEM 1/2020, que habilitaba a los menores a trabajar a partir de los 16 años, de forma análoga al resto de menores, y el RD 19/2020, que otorgó autorización de trabajo y residencia por dos años para los jóvenes extutelados que trabajaron en el campo durante la pandemia del Covid-19.

[66] (Dictamen de iniciativa) (2020/C 429/04).

[67] La iniciativa de las asociaciones en materia de talentos se puso en marcha en junio de 2021. Desde entonces, la Comisión ha intercambiado puntos de vista con los Estados miembros sobre la conceptualización y puesta en funcionamiento de las asociaciones, ha mantenido diálogos con los países socios y ha incorporado las asociaciones en materia de talentos en la planificación del marco financiero plurianual para el período 2021-2027. Disponible en: Talent Partnerships (europa.eu).

y los cuidados de larga duración, la agricultura, el transporte, la horticultura, la transformación de alimentos y el turismo, la construcción y el trabajo portuario, el transporte y la logística etc., lo que permitiría abordar las necesidades del mercado laboral de los países miembros. Las estrategias a seguir estarían basadas en combinar el apoyo directo destinado a programas de movilidad con fines laborales o de formación con el desarrollo de capacidades y la inversión en capital humano, incluido el desarrollo de capacidades, la educación y formación profesionales y la puesta en marcha de programas de intercambio de formación en el puesto de trabajo[68]. En esta línea, la Comisión propuso en 2020 establecer la primera plataforma y herramienta para conectar capacidades con las necesidades de los empleadores –la denominada reserva de talentos[69]– con el fin de ayudar a que la UE resulte más atractiva para los nacionales de terceros países y abordar el reto de poner en contacto a los empleadores con el talento que no pueden encontrar en el mercado laboral europeo.

Actualmente, para facilitar el acceso al mercado laboral de los beneficiarios de protección temporal víctimas de la invasión rusa en Ucrania, está en marcha una iniciativa piloto en línea[70]. Mediante la misma se pretende aprovechar al máximo las capacidades de las personas desplazadas, reforzando la cooperación con las autoridades ucranianas para, de manera prioritaria, facilitar el reconocimiento de cualificaciones, en consonancia con la Recomendación (UE) 2022/554 de la Comisión[71]. El proyecto –en cooperación con los Estados miembros, así como en consulta con los empleadores, los interlocutores sociales y todas las demás partes interesadas– puede servir de punto de partida para facilitar la puesta en correspondencia de las capacidades y las necesidades dentro de la UE y ofrecer a las autoridades una visión general del amplio abanico de capacidades que podrían movilizarse en sus países. En este sentido, se apuesta por desarrollar una reserva de talentos de la UE permanente y general para todos los nacionales de terceros países que estén interesados en migrar para vivir y trabajar en la UE, en estrecha

[68] De este modo, su objetivo es garantizar que los países socios, los Estados miembros, las comunidades empresariales de ambas partes y las personas que se benefician de las asociaciones obtengan igual provecho.

[69] La reserva de talentos de la UE debe estar integradas por candidatos procedentes de países no pertenecientes a la UE, seleccionados sobre la base de niveles de capacitación, criterios y requisitos de migración específicos.

[70] El programa piloto de reserva de talentos de la UE se aplica utilizando la plataforma informática de EURES, a través de una página de inicio específica, que contiene información e instrucciones sobre cómo utilizar el Programa piloto y las funcionalidades subyacentes de EURES. La participación de los Estados miembros en esta iniciativa del Programa piloto de reserva de talentos sigue siendo voluntaria. Véase: *EU Talent Pool Pilot***,** disponible en: https://eures.ec.europa.eu/eu-talent-pool-pilot_es?etrans=es

[71] Recomendación (UE) 2022/554 de la Comisión de 5 de abril de 2022 sobre el reconocimiento de las cualificaciones de las personas que huyen de la invasión de Ucrania por parte de Rusia. DOUE núm. 107, de 6 de abril de 2022.

consulta con los Estados miembros participantes y otras partes interesadas, como las organizaciones patronales, los interlocutores sociales y los centros de educación y de formación profesional.

Sin embargo, hasta la fecha, no existe una base jurídica para la creación de estos instrumentos, su gobernanza y su responsabilidad. Puede ser preocupante la tendencia a utilizar acuerdos bilaterales de migración laboral y asociaciones con terceros países como medio de control de las migraciones laborales[72]. Las que están en vigor y las que se desarrollarán necesitan mayores garantías, protección y derechos para las personas trabajadoras migrantes, pues no se trata sólo de reconocer sus competencias sino de darles la posibilidad de acceder a puestos de trabajo decentes y de buena calidad sobre la base del principio de igualdad de trato y no discriminación. Aspectos claves, como quién y cómo se comprobarán las condiciones de trabajo y empleo, deben esclarecerse; hasta ahora, la responsabilidad ha recaído en cada Estado miembro, por lo que existen diferentes niveles de protección, siendo, por ende, necesario una base jurídica formal que unifique criterios obligatorios para todos los Estados UE.

3.3. Estrategias de futuro: una visión prospectiva

Desde una visión prospectiva, la política migratoria debería centrarse, además, en atraer a trabajadores con cualificaciones bajas y medias en sectores en los que existen importantes carencias y necesidades de mano de obra; desde esta base, es necesario articular otras vías para la inmigración económica a medio y largo plazo dirigidas a ámbitos concretos, en particular, atendiendo a las líneas esgrimidas desde la Comisión, al sector de los cuidados, a las políticas de movilidad juvenil y a la innovación y emprendimiento.

Comenzando por este último, las medidas deberían ir en la línea de facilitar el acceso de los emprendedores innovadores y los fundadores de empresas emergentes a todo el mercado único de la UE, apoyando su admisión y la creación de su empresa. Sin duda, esto coadyuvaría a la atracción de los mejores talentos, en pro de la innovación y el espíritu empresarial, en consonancia con la Agenda de Innovación para Europa y el apoyo general de la UE a la creación de empresas, el fomento del espíritu empresarial, la mejora del acceso a nuevos mercados y la internacionalización, la facilitación del acceso a la financiación y el apoyo a la competitividad y la innovación de las pequeñas y medianas empresas.

Las empresas emergentes y el emprendimiento en general pueden propiciar el desarrollo económico y la innovación de la UE. En este contexto, el Plan de

[72] En este sentido, véanse los comentarios de la Confederación Europea de Sindicatos, Posición de la CES sobre el "Paquete de Capacidades y Talento" de la Comisión Europea. Adoptado en el Comité Ejecutivo de 27-28 de octubre 2022.

Acción sobre Integración e Inclusión 2021-2027[73] pone de relieve la importante contribución de los emprendedores migrantes al crecimiento económico y la creación de empleo y el papel esencial de las mismas en la doble transición hacia una economía sostenible y digital[74].

Otros de los retos futuros es la promoción de la movilidad juvenil, en particular el diseño de vías para que los jóvenes cualificados de terceros países puedan residir, viajar y trabajar durante un período de tiempo limitado en la UE barajando también la posibilidad de conceder a estos jóvenes derechos de movilidad dentro del territorio. En este sentido, la Comisión estudia la viabilidad de desarrollar un programa europeo de movilidad juvenil poniendo a prueba diversas opciones, en particular acuerdos con países, no pertenecientes a la UE, que permitan la reciprocidad.

No obstante, desde nuestro punto de vista, los esfuerzos deberían centrarse en primer lugar en un sector en el que la actuación a escala de la UE podría suponer un claro beneficio: los cuidados de larga duración. En el sector de los cuidados de larga duración, se espera que para 2030[75] se creen hasta siete millones de puestos de trabajo para profesionales de nivel medio de la salud y trabajadores de los cuidados personales[76], que solo estarán cubiertos parcialmente por el mercado laboral de la UE. Los Estados miembros tienen dificultades para atraer y retener a los cuidadores. Las vías legales para los cuidadores de larga duración están reguladas a nivel nacional, por lo que existe un mosaico de normas y condiciones diversas; es necesario evaluar si intervenir a escala de la Unión podría contribuir a mejorar la admisión en la UE de esta categoría de trabajadores esenciales y en qué medida. Esta mejora beneficiaría tanto a los Estados miembros como a los

[73] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027. COM (2020) 758 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0758

[74] Así, por ejemplo, la Alianza de Naciones de Startup de la UE, que recientemente ha ampliado a 15 países miembros **(***European Start-up Nations Alliance*) es una iniciativa política encuadrada en la Estrategia para las Pymes cuyo objetivo es movilizar a los Estados miembros para que compartan y adopten las mejores prácticas destinadas a crear un entorno que propicie el crecimiento de las pymes de alta tecnología, incluidas las mejores prácticas para atraer y retener el talento en la UE.

[75] Véase, European Commission Long-Term Care Report: Trends, challenges and opportunities in an ageing society, 2021. [Informe de la Comisión Europea de 2021 sobre los cuidados de larga duración: tendencias, retos y oportunidades en una sociedad que envejece].

[76] Los cuidadores de larga duración profesionales incluyen a los trabajadores sociales (como los cuidadores personales o los orientadores) y los trabajadores sanitarios (como los enfermeros geriátricos o de otra especialidad), así como a grupos específicos, como los cuidadores internos (trabajadores que viven en el hogar del beneficiario de la asistencia y prestan apoyo asistencial). La gran mayoría de los cuidadores de larga duración profesionales son cuidadores personales, y el grueso de la mano de obra trabaja en cuidados residenciales.

países de origen, al tiempo que garantizaría una contratación ética y unas normas estrictas. Las asociaciones en materia de talentos podrían respaldar este objetivo promoviendo la formación de cuidadores de larga duración, en colaboración con los países de origen.

Para finalizar este repaso, insistimos en que para atraer las capacidades y el talento que necesitamos, la UE tiene que construir un sistema más atractivo y eficiente. Esto requiere una revisión del marco legislativo, una cooperación reforzada con los países socios, una mejor gobernanza de la inmigración económica en la que participen todas las partes interesadas clave, así como, de cara al futuro, nuevos ámbitos de actuación[77].

[77] En este sentido, de nuevo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Atraer capacidades y talento* a la UE, cit.

2
Condiciones de trabajo justas

LA DIRECTIVA 2023/970, POR LA QUE SE REFUERZA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN A TRAVÉS DE MEDIDAS DE TRANSPARENCIA EN MATERIA RETRIBUTIVA Y DE MECANISMOS PARA SU CUMPLIMIENTO

FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

Palabras clave: Empleo; igualdad; trabajo de igual valor; retribución; transparencia

EXTRACTO

Con fecha 17 de mayo se publicó en el DOUE la Directiva 2023/970, norma cuyo objetivo es establecer medidas para reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución. Pese a que dicha norma centra su denominación en la transparencia retributiva no va a ser solamente a esta materia a la que se dedique, sino que atiende, además, a otros aspectos que se han revelado asimismo como determinantes negativos a la hora de la efectiva aplicación del principio de igualdad retributiva, a saber, la falta de un concepto claro de lo que es trabajo de igual valor y los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de la discriminación.

Key words: *Employment; equality; work of equal value; pay; transparency*

ABSTRACT

On May 17, Directive 2023/970 was published in the DOUE, a regulation whose objective is to establish measures to reinforce the application of the principle of equal pay. Despite the fact that said norm focuses its denomination on pay transparency, it will not only be dedicated to this matter, but also attends to other aspects that have been revealed as negative determinants to the effective application of the principle of equal pay, namely the lack of a clear concept of work of equal value and the procedural obstacles faced by victims of discrimination.

Recepción original: 29.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción
2. Medidas de transparencia en materia retributiva
   2.1. Publicidad activa
      2.1.1. Información sobre la brecha retributiva
      2.1.2. Información sobre la política de fijación de retribuciones
      2.1.3. Información sobre el derecho de acceso a la información
   2.2. Derecho a acceso a la información
3. Medidas en relación con la valoración y evaluación del trabajo
   3.1. Estructuras retributivas neutras
   3.2. Evaluaciones retributivas conjuntas
4. Medidas para garantizar la igualdad en el acceso al empleo
5. Medidas en materia de tutela del derecho de igualdad de retribución
   5.1. Acceso a los procedimientos
   5.2. Derecho a obtener una indemnización
   5.3. Medidas en materia probatoria
   5.4. Prescripción y caducidad
   5.5. Costas procesales
   5.6. Sanciones frente al incumplimiento
6. Las previsiones de la directiva en relación con la actuación de los interlocutores sociales
7. Transposición, seguimiento y control

1. INTRODUCCIÓN

No es necesario recordar que la Directiva 2023/970 no es la primera norma que viene a reconocer el principio de igualdad de retribución en el ámbito de la Unión Europea. Dicho principio se encontraba ya enunciado en el propio Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957) como derecho a la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, si bien más con el objetivo de evitar lo que se ha denominado *dumping social* que con el de garantizar los derechos de las personas trabajadoras. La Directiva 75/117[1], en desarrollo de este precepto y siguiendo los postulados de los convenios de los OIT en la materia[2], se encargó de ampliar el concepto introduciendo la noción de *trabajo de igual valor* y conectándolo con el otro gran referente a tener en cuenta, la clasificación profesional, al añadir que "cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las

[1] Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

[2] Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración (1950) y Recomendación nº 90 (1951) que lo acompaña; Convenio nº 117 sobre política social (1962). Al respecto, vid. Saldaña Valderas, E., *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico y jurídico*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2004, pág. 55.

retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo", expresiones que se mantienen casi inalteradas en el art. 4 de la Directiva 2006/54[3], en la que se refunden las directivas en materia de igualdad entre mujeres y hombres emanadas hasta ese momento.

El principio de igualdad de retribución, como parte integrante del más genérico derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, se va a erigir como uno de los pilares básico de la política social europea, en coincidencia con las normas internacionales[4], y así se plasma en el artículo 157 del TFUE y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales (Capítulo I, 02. b). Para su consecución en 2014 se adopta la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, en la que se dan orientaciones a los Estados miembros sobre la adopción de medidas para hacer efectivo el principio de igualdad de retribución.

A pesar del tiempo transcurrido, de los esfuerzos normativos y de la labor del TJUE, la igualdad de retribución entre mujeres y hombres está lejos de ser una realidad y la brecha retributiva no desaparece, sino que se mantiene en el conjunto de países de la Unión, como se pone de manifiesto en la evaluación de la Directiva de 2006/54 llevada a cabo en 2020. En dicha evaluación se constata que la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve entorpecida por tres factores principales: de un lado, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de "trabajo de igual valor"; de otro, la falta de transparencia en los sistemas retributivos, que hace que la discriminación retributiva y los sesgos de género puedan pasar desapercibidos y/o sean difíciles de demostrar; finalmente, los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación.

En este contexto se plantea una nueva intervención legislativa que dé un impulso a la consecución de la igualdad de retribución y en 2021 se presenta una propuesta que ha cristalizado, finalmente, en la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia

[3] Artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, 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: "Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución".

[4] Además de la ya citada acción normativa de la OIT en la materia: art. 23.2 de la Declaración Universal de Derecho Humanos de Naciones Unidas (adoptada en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948); art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación contra la Mujer (adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979); art. 20 de la Carta Social Europea, adoptada en el seno del Consejo de Europa (versión revisada, abierta a la firma en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996).

retributiva y de mecanismos para su cumplimiento[5]", norma en la que se van a abordar los tres aspectos que el citado informe de evaluación de la Directiva de 2006 señala como principales obstáculos para la consecución de la igualdad de retribución, estableciendo mecanismos de refuerzo de dicho principio.

Antes de entrar en el análisis de las medidas concretas que se incorporan en la norma europea conviene señalar los que, a nuestro juicio, son los caracteres esenciales de esta norma:

De un lado, es una Directiva compleja, pues trata materias tanto de Derecho sustantivo como de Derecho procesal, añadiendo obligaciones para los empleadores y para los propios Estados desconocidas hasta el momento, entre ellas las de publicidad activa de la situación de las empresas en materia retributiva. Muestra de esta complejidad es el mandato a los Estados de dar apoyo, en forma de asistencia técnica y formación, a aquellos empleadores que tengan una plantilla inferior a 250 trabajadores, así como a los representantes de los trabajadores, o el establecimiento de un plazo de tres años (y no los dos acostumbrados) para la transposición de la norma, o la previsión de un plazo de cumplimiento para las empresas que puede llegar hasta junio de 2031.

Se trata, sin embargo, de una norma de mínimos, como señala la propia Directiva en su artículo primero[6] y reitera a lo largo del articulado, que permite niveles de protección más altos por parte de los Estados miembros.

Es una norma con vocación de universalidad en su ámbito de aplicación, que está integrado por todos los empleadores, públicos y privados y todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral, así como por las personas solicitantes de empleo o incluso por aquellas cuya relación laboral se haya extinguido (en aquellos aspectos que la norma expresamente lo establece) sin que se prevea que los Estados miembros puedan llevar a cabo exclusiones de determinados trabajadores a tenor de las características de su contrato[7]. A modo ejemplificativo, en el considerando 18 de la Directiva lleva a cabo la enumeración de trabajadores a los que debe aplicarse la norma, en un intento por abarcar todas las situaciones contractuales y sectores de actividad posibles, abundando además en la irrelevancia del *nomen iuris* a la hora de la determinación de la existencia de

[5] DOUE L132, de 17 de mayo de 2023.

[6] "La presente Directiva establece requisitos mínimos para reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres (en lo sucesivo, «principio de igualdad de retribución») consagrado en el artículo 157 del TFUE, y la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, en particular mediante la transparencia retributiva y el refuerzo de los mecanismos para su cumplimiento".

[7] Exclusión que si se permite en la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, en relación con determinados trabajadores a tiempo parcial.

una relación laboral[8]. Pese a ello, el artículo 5 de la Directiva remite la calificación del contrato de trabajo o relación laboral a la definición que de ellos se haga en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro por lo que, aunque añade la referencia a la jurisprudencia del TJUE, va a quedar un amplio margen a los Estados para determinar el ámbito de la aplicación de la norma.

El centro de imputación normativa a los efectos de las obligaciones establecidas en la Directiva es la empresa, y no el centro de trabajo, lo cual puede implicar un desajuste entre el número de empresas que van a tener obligaciones en materia de información y las que pueden tener representación de toda su plantilla en aquellos países, como el nuestro, en que el ámbito de la representación de los trabajadores es el centro de trabajo y no la empresa en su conjunto.

La norma incorpora, si bien de forma muy tangencial, referencias a la discriminación interseccional[9] y a la que tenga su causa en el cambio de sexo[10].

Finalmente, prevé que su aplicación se puede confiar a los interlocutores sociales en la medida de sus competencias, lo cual no sólo es recomendable sino absolutamente necesario en determinados aspectos, como veremos y, en otros, totalmente imposible por tratarse, precisamente, de materias excluidas de la negociación colectiva.

Con este marco general, la Directiva va a establecer medidas para tratar de paliar las dificultades que se vienen encontrando en la práctica para conseguir la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, algunas de las cuales, ya previstas en la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, han sido incorporadas a nuestro ordenamiento[11]. En el presente trabajo intentaremos

[8] En nuestro sistema jurídico dicho principio está formulado en diversas resoluciones judiciales; vid., entre otras, la STS 743/2019, de 29 de octubre (Rec.1338/2017) ECLIECLI:ES:TS:2019:3511 y las en ella citadas.

[9] Esta se define en la Directiva (art. 3.2,e) como "la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE" y a ella se alude en distintos considerandos, si bien se aclara en el número 25 que el hecho de adoptar un enfoque interseccional para comprender la brecha retributiva de género no debe cambiar el ámbito de aplicación de las obligaciones de los empleadores con respecto a las medidas de transparencia retributiva y que no debe exigirse a los empleadores que recopilen datos relacionados con motivos de discriminación protegidos distintos del sexo.

[10] Considerando 5 de la Directiva: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a la naturaleza de los derechos que pretende proteger, dicho principio debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo".

[11] 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; Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

hacer una aproximación de carácter general a las materias que se contienen en la Directiva y su grado de transposición al ordenamiento español, en la convicción de que la amplitud y complejidad de la norma europea la harán merecedora de futuros tratamientos en profundidad de cada uno de los aspectos que aborda.

2. MEDIDAS DE TRANSPARENCIA EN MATERIA RETRIBUTIVA

Como hemos señalado, uno de los factores que el informe sobre la Directiva de 2006 ha revelado como esencial para impedir la consecución de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, hasta el punto de que da nombre a la norma que estamos analizando, es la falta de transparencia, que impide conocer las diferencias retributivas que puedan existir y los criterios conforme a los cuales se adoptan las decisiones en la materia, dificultando que las personas trabajadoras puedan plantearse reclamar, o que puedan hacerlo con posibilidades de éxito. Para para superar esta situación la Directiva 2023/970 va a establecer una serie de obligaciones, tanto de publicidad activa como de derecho de acceso a la información.

Antes de entrar en el contenido de estas obligaciones cabe señalar es que la Directiva que nos ocupa no es la primera norma europea en establecer el derecho a la información en materia de condiciones de trabajo; la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[12] ya prevé el deber del empleador de suministrar información al trabajador sobre las condiciones de su relación de trabajo, entre las que se encuentra, como no podía ser de otra manera, "la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador"[13]. No obstante, la Directiva recién aprobada, sobre la base de la Recomendación de 2014 (aunque no en los mismos términos exactamente) va a introducir novedades importantes respecto de la de 2019.

En primer lugar, por lo que se refiere al contenido de la información en materia retributiva, se amplía de forma notable pues la Directiva 2019/1152 se refiere a la información del trabajador respecto de las condiciones de su propio contrato de trabajo, en tanto que la de 2023 establece el derecho de la persona trabajadora a tener información no sólo sobre su retribución, sino sobre la situación retributiva en su empresa, el salario de otros trabajadores comparables (medias, medianas), con el objetivo de saber si se está vulnerando su derecho a la igualdad retributiva.

[12] Vino a sustituir a la Directiva 91/533 relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

[13] Sobre la misma vid. Rodríguez-Piñero Royo, M.,"La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea", Derecho de las Relaciones Laborales n1 11, diciembre 2019, pág. 1089 y ss.

En segundo lugar, en cuanto a los destinatarios de la información, se establece la obligación de los empleadores de facilitar información sobre su situación retributiva no sólo a los trabajadores o a sus representantes, sino a los organismos públicos, como seguidamente veremos.

Por lo que se refiere al carácter de la obligación de información, en la Directiva de 2019, a tenor los términos en que está configurada, parece una obligación de tracto único, en la medida en que sólo se prevé que el empleador suministre de nuevo información al trabajador cuando se produzca un cambio en los aspectos de la relación laboral, no considerándose como cambios que hayan de comunicarse documentalmente aquellos que se limiten a reflejar una modificación de las fuentes reguladoras de la relación laboral. Sin embargo, la Directiva 2023/970 va a establecer una periodicidad en el suministro de información e incluso de la información sobre el derecho a obtener información.

Finalmente, en cuanto al tratamiento de la información, se establecen previsiones en aras a hacer compatible la transparencia informativa con la protección de datos de carácter personal. En efecto, en la sociedad en que vivimos la transparencia se ha convertido en una garantía de la democracia; en el ámbito que nos ocupa, además, se postula como una garantía del cumplimiento de los derechos de igualdad y no discriminación retributiva pero, por otro lado, la protección de los datos de carácter personal es un derecho asimismo digno de tutela. La coexistencia de ambos valores lleva a la necesidad de establecer principios de convivencia, que en el caso de la Directiva se encuentran en el artículo 12, en el que se dispone que "en la medida en que implique el tratamiento de datos personales" toda la información que el empleador deba suministrar se facilitará de conformidad con el Reglamento europeo de protección de datos[14], que en España ha sido transpuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Eso implica que los datos habrán de ser tratados conforme a los principios de licitud, lealtad y transparencia respecto del interesado, de exactitud, integridad y confidencialidad, de limitación de la finalidad, de minimización y de limitación del plazo de conservación. Conforme los mismos, la Directiva establece determinadas cautelas expresas en el tratamiento de la información:

Por un lado, se dispone que ningún dato personal podrá utilizarse con fines distintos de la aplicación del principio de igualdad de retribución.

Por otro, se prevé que los Estados miembros puedan limitar el acceso a la información en aquellos casos en que la divulgación de la información pueda

[14] 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).

suponer la divulgación, directa o indirecta, de la retribución de un trabajador identificable, de forma que sólo tengan acceso los representantes de los trabajadores, el organismo de fomento de la igualdad o la inspección de trabajo. Los dos primeros pueden asesorar a los trabajadores sobre la posibilidad de interponer una demanda al amparo de la Directiva, sin revelar los niveles retributivos efectivos de cada uno de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

La información estará disponible, sin restricciones, para el organismo de seguimiento que el Estado designe para velar por la aplicación de la Directiva que, obviamente, como responsable del tratamiento de los datos suministrados por los empleadores, deberá actuar conforme a los principios señalados.

2.1. Publicidad activa

Una de las grandes novedades de la Directiva 2023/970 es el establecimiento para los empleadores de obligaciones de publicidad activa, es decir, obligaciones de suministrar información sin estar condicionadas a que haya una petición previa por parte de un sujeto interesado, siendo esta una de las materias en que, creemos, será necesaria una más intensa labor de transposición en el ordenamiento español, dado que, hasta el momento, no encontramos previsiones en el mismo que permitan entender cumplido los mandato de la norma comunitaria.

2.1.1. Información sobre la brecha retributiva

Por lo que se refiere al contenido, el art. 9.1 dispone que los Estados garantizarán que los empleadores faciliten la siguiente información sobre su organización (art. 9.1):

a) Brecha retributiva de género, entendiendo por tal la diferencia entre los niveles retributivos medios de las mujeres y de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo medio de los trabajadores de género masculino.
b) Brecha retributiva de género en los componentes complementarios o variables. En este caso parecen confundirse los conceptos, ya que no todos los componentes complementarios son variables, pero a tenor de lo que persigue el precepto cabe entender que sólo se excluiría el salario base.
c) Brecha retributiva de género mediana, entendiendo por tal la diferencia entre el nivel retributivo mediano de las mujeres y el nivel retributivo mediano de los hombres que trabajan para un empleador, expresada como un porcentaje del nivel retributivo mediano de los trabajadores de género masculino.
d) Brecha retributiva de género mediana en los componentes complementarios o variables.
e) Proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables.

f) Proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva, esto es, en cada uno de los cuatro grupos iguales de trabajadores en los que estos se dividen en función de sus niveles retributivos, del más bajo al más alto.

g) Brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

La Directiva impone esta obligación sólo para las empresas de más de 100 trabajadores, con un calendario de implantación y una periodicidad diferente según su volumen de plantilla[15], pero contiene dos previsiones expresas en relación con las empresas que no lleguen a ese umbral:

De un lado, que los Estados miembros pueden establecer la obligación de que faciliten información (no necesariamente la misma que se acaba de reseñar, entendemos) sobre las remuneraciones, términos más amplios y menos exigentes, en la línea de intentar evitar cargas para las pequeñas empresas que sean difíciles de asumir.

De otro lado, los Estados no pueden establecer disposiciones que impidan que aquellos empleadores que así lo deseen faciliten información que acabamos de listar, con carácter voluntario.

Señala la Directiva que la información en cuestión debe ser elaborada por la empresa (se encarga de establecer que sea el equipo de dirección de la misma) previa consulta con los representantes de los trabajadores, que deben conocer la metodología utilizada (art. 9.6), sin que se establezca un modo concreto de hacerlo. No obstante, parece razonable pensar que debe hacerse a través de algún método similar al registro retributivo previsto en el art. 28.2 del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado en el RD 902/2020[16].

Pese a lo que pudiera parecer lógico a tenor del objetivo declarado y reiterado de la Directiva, los trabajadores y sus representantes no van a ser los destinatarios del conjunto de la información listada en el apartado 1 del artículo 9, o no al menos de forma directa. El artículo 9, en sus apartados 7 a 10, establece un complejo panorama de sujetos destinatarios que debe contemplarse en su conjunto para ver el alcance de la obligación empresarial de información.

[15] Empresas de entre 100 y 149 trabajadores, plazo límite el 7 de junio de 2031 facilitar la información relativa al año anterior natural, y a partir de ahí cada tres años; empresas de entre 150 y 249 trabajadores, plazo límite con el 7 de junio de 2027 para facilitar la información relativa al año anterior natural, y a partir de ahí cada tres años; empresas de más de 250 trabajadores, plazo límite con el 7 de junio de 2027 para facilitar la información relativa al año anterior natural, y a partir de ahí anualmente.

[16] Acceso a la herramienta de registro retributivo en https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm

Así, en primer lugar, toda la información deberá comunicarse al organismo de seguimiento de la Directiva establecido por cada país; no obstante, la propia norma establece que los Estados pueden compilar por sí mismos (no se alude al órgano competente para ello, pero lo lógico sería entender que es el organismo de seguimiento) la información, salvo la relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables, atendiendo a los datos presentados por los empleadores a las autoridades fiscales o de seguridad social.

Señala la Directiva que el empleador *podrá* publicar la información relativa a los apartados a) a f) (es decir, todos, salvo la relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables) en su sitio web o divulgarla por otros medios, expresión condicional que es razonable pensar que se refiere al medio de hacer efectiva la publicidad de la información, y no a la obligación misma de suministrarla.

Por otro lado, los empleadores deberán suministrar a los trabajadores y sus representantes la información relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables (9.1g). Esta información deberá ser facilitada a la inspección de trabajo y a los organismos de fomento de la igualdad si estos organismos la solicitan. Señala la Directiva que cualquiera de los sujetos que acabamos de señalar tiene derecho a solicitar al empleador aclaraciones y pormenores adicionales sobre los datos *publicados* (entendemos que no sólo sobre los que hayan sido objeto de publicación, sino también sobre aquellos que la empresa les haya suministrado directamente) incluidas las explicaciones oportunas sobre cualquier diferencia retributiva de género y que el empleador debe dar una respuesta motivada en un plazo razonable (no se dice cuál sería este, pero por analogía con lo dispuesto en relación con el derecho de información de los trabajadores podríamos estimar que es el de dos meses).

Lo más relevante del precepto es el efecto que tiene el conocimiento de la situación de la empresa que puede extraerse de toda esta información, que al fin y a la postre es lo que persigue la Directiva: cuando las diferencias retributivas no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros los empleadores deben corregir la situación en un plazo razonable en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad. La cuestión, en la práctica, será quién decide si las diferencias retributivas están basadas o no en criterios objetivos y neutros respecto al género, dando paso, en este último caso, a la necesidad de adoptar medidas correctoras y, en última instancia, a llevar a cabo una evaluación retributiva conjunta, en los términos que examinaremos más adelante.

2.1.2. Información sobre la política de fijación de retribuciones

Dispone el artículo 6 de la Directiva que los empleadores deben poner a disposición de su personal los criterios que se utilizan para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva, si bien en su apartado segundo prevé que los Estados miembros puedan eximir de la obligación de informar sobre la progresión retributiva a las empresas de menos de 50 trabajadores. Estos criterios, añade el precepto, serán objetivos y neutros con respecto al género.

No se define en la Directiva qué es la progresión retributiva, concepto que en nuestro ordenamiento pudiéramos referir al de "promoción económica", contemplado en el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual "el trabajador, en función del trabajo desarrollado, *podrá tener derecho* a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual".

2.1.3. Información sobre el derecho de acceso a la información

El artículo 7. 3 de la Directiva establece la obligación de que el empleador informe anualmente a todos los trabajadores del derecho que tienen de acceder a la información retributiva, en los términos que veremos a continuación, y de los pasos que debe seguir el trabajador para ejercer ese derecho.

2.2. Derecho de acceso a la información

Los trabajadores tendrán derecho a solicitar y recibir información por escrito sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios[17], desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. La dificultad que vemos en el ejercicio de este derecho en la práctica es que, si bien resulta fácil para la persona trabajadora conocer qué categorías de trabajadores realizan un mismo trabajo, no lo es el saber qué categorías de trabajadores realizan un trabajo de igual valor que no esté reconocido como tal en el organigrama de la empresa o en el convenio colectivo de aplicación[18], por lo que no tendría elementos de juicio para poder siquiera solicitar la información pertinente.

[17] Dado que el término "nivel retributivo medio" no se define en el listado contenido en el art. 3, habremos de acudir a los conceptos de la Estadística, según la cual la media es el valor promedio del grupo datos, es decir, la cifra que se obtiene al sumar todos los datos y dividir el resultado entre la cantidad de los mismos.

[18] El reconocimiento de que un trabajo, no siendo el mismo, es de igual valor, se produce cuando dicho trabajo tiene la misma retribución asignada en la clasificación profesional, aun perteneciendo a categorías o grupos diferentes.

Prevé la Directiva que este derecho de acceso a la información puede ejercerse de forma directa por la persona trabajadora o bien puede ejercerse a través de los representantes de los trabajadores o a través de un organismo de fomento de la igualdad, sujetos ambos que, entendemos, pueden tener más datos que la persona trabajadora para poder solicitar la información pertinente.

Establece la norma, asimismo, una especie de "derecho de aclaración" al disponer que si la información recibida es inexacta o está incompleta los trabajadores tienen derecho a solicitar aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada. Lo que sucede es que quizá sea fácil (y no siempre) poder saber que la información es incompleta, pero no que es inexacta, salvo que se refiera a la información sobre su propia retribución. Llama la atención que se disponga que estas aclaraciones pueden pedirse por el trabajador o sus representantes sin aludir a los organismos de igualdad a través de los cuales puede solicitarse la información misma, pero entendemos que se trata de una omisión por error, dado quien está habilitado para solicitar la información debe estarlo también para solicitar aclaraciones sobre la misma.

La información debe facilitarse por el empleador "en un plazo razonable" (se establece un máximo de dos meses para hacerlo) y suministrarse en un formato que sea accesible a las personas con discapacidad y que tenga en cuenta sus necesidades específicas (art. 8).

Respecto del deber de reserva respecto de la información recibida se contienen dos previsiones en la Directiva:

En primer lugar (art. 8.5), la prohibición de que los empleadores impidan a los trabajadores revelar su retribución a los efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución, dando a los Estados la función de establecer medidas que impidan el establecimiento de cláusulas contractuales que impidan a los trabajadores divulgar información sobre su retribución.

En segundo lugar (art. 8.6), la posibilidad de que los empleadores puedan exigir que los trabajadores no utilicen la información que hayan podido obtener (que no sea la relativa su retribución) para fines distintos al ejercicio de su derecho a la igualdad de retribución. Que este deber de reserva no se formule como una obligación del trabajador con carácter general, sino que se haga depender de que el empleador así lo exija resulta extraño, pero además nada se establece respecto de la forma de expresar esta exigencia, lo cual plantea la duda de si es necesario que se haga de forma específica en la respuesta a la solicitud de información, o se puede hacer de forma genérica, por ejemplo, en el momento de informar a los trabajadores del derecho de acceso que tienen; desde nuestro punto de vista, esta última opción sería perfectamente viable, si bien sería más cuestionable que pudiera hacerse a través de la mención de esta exigencia en una cláusula genérica del convenio colectivo de aplicación en la empresa.

En nuestro ordenamiento jurídico el acceso de las personas trabajadoras a la información retributiva de su empresa está reconocido en el art. 28 del ET, como derecho a acceder al registro salarial, si bien debe ejercerse a través de la representación legal de los trabajadores en la misma, que podrá el conocer el contenido íntegro del registro; el RD 902/2022 prevé que cuando se solicite el acceso al registro por parte de la persona trabajadora por inexistencia de representación legal, la información que se facilitará por parte de la empresa se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable. Previsiones que no se ajustan a la regulación de la norma europea, por lo que será necesaria, también en esta materia, una intervención legislativa que permita una adecuada transposición.

3. MEDIDAS EN RELACIÓN CON LA VALORACIÓN Y EVALUACIÓN DEL TRABAJO

3.1. Estructuras retributivas neutras

Otro de los problemas que apunta el informe sobre la aplicación del Directiva 2006/54 como perpetuador de la desigualdad retributiva va a estar en la falta de seguridad jurídica en el concepto de "trabajo de igual valor", si bien la propia Directiva no va a resultar muy esclarecedora al respecto, al señalar, con una expresión un tanto tautológica, que lo es "un trabajo que se considere de igual valor con arreglo a los criterios no discriminatorios, objetivos y neutros con respecto al género a que se refiere el artículo 4, apartado 4" (art. 3.1.g), esto es, criterios que no se basen, ni directa ni indirectamente, en el sexo de los trabajadores, señalando dicho precepto que estos criterios deben incluir las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico, especificando que "en particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes".

Más clara nos parece la norma española, art. 28.1[19], al disponer que "un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes", previsión desarrollada por el Reglamento

[19] En la redacción dada por el RDL 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 (BOE nº 57, de 7 de marzo de 2019).

902/2020, en el que llega a un alto grado de concreción[20] que resulta muy de agradecer cuando ha de llevarse a la práctica la determinación del valor de un trabajo.

Pues bien, además de la definición contenida en el art. 3, la Directiva, bajo la rúbrica "mismo trabajo y trabajo de igual valor", va a contener en el art. 4 varias previsiones en orden a reforzar la efectiva consecución de la igualdad de retribución mediante la correcta valoración del trabajo.

La primera, la obligación de que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, a cuyos efectos los Estados adoptarán las medidas necesarias (art. 4.1). Varios son los elementos a tener en cuenta en este mandato:

De un lado, que el término "retribución" de la expresión "igualdad de retribución" se define en la Directiva (en similares términos a como lo hace la Directiva 2006/54) como "el salario o sueldo base o mínimo ordinario y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en efectivo o en especie («componentes complementarios o variables»), por el empresario al trabajador *en razón de la relación de trabajo*". El considerando 21 realiza una enumeración de conceptos que deben estar incluidos y otro que pueden estarlo, señalando, finalmente, que el concepto «retribución» debe incluir todos los elementos de la remuneración exigibles con arreglo al Derecho, los convenios colectivos o las

[20] Un trabajo es de igual valor que otro cuando sean equivalentes: la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, entendiendo por tal "el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada" (4.2.a RD); las condiciones educativas, las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad (4.2.b RD); las condiciones profesionales o de formación exigidas para su ejercicio: aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad (4.2.c); los factores estrictamente relacionados con el desempeño y las condiciones laborales en que las actividades se llevan a cabo diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad (4.2.d). A tales efectos, podrán ser relevantes, entre otros factores y condiciones, con carácter no exhaustivo, la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización, en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad a que se refiere el apartado siguiente en relación con el puesto de trabajo que valoran (4.3 RD). La valoración de puestos de trabajo debe atender a los criterios de adecuación (los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurran en la misma, incluyendo la formación necesaria), totalidad (para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore) y objetividad (deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género).

prácticas de cada Estado miembro. Por lo que respecta al ordenamiento español, no cabe duda que han de incluirse todos los conceptos retributivos, al disponer el artículo 28.1 ET que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, *salarial o extrasalarial*, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

De otro lado, que, por el contrario, no se define (aunque hubiera sido deseable) qué se ha de entenderse por estructura retributiva[21], noción cuyo referente más cercano en la tradición laboral española sería el de "estructura del salario". Sobre el encaje del precepto de la Directiva con el ordenamiento español cabe apuntar, sin embargo, que, siendo el concepto retribución es más amplio que el de salario, como acabamos de señalar, la noción de la estructura retributiva debe ser más amplia que la de estructura salarial, incluyendo asimismo las percepciones extrasalariales. Por otro lado en nuestro país, derogado desde hace tiempo el Decreto de ordenación del salario[22], la fijación de la estructura salarial se deja en manos de la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual (art. 26.3 ET), limitándose la intervención estatal en materia de estructura del salario a enunciar que esta deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa. Los criterios para el cálculo de estos complementos se dejan en manos asimismo del pacto que a tal efecto se lleve a cabo, así como el carácter consolidable o no de los mismos.

En este contexto y en esta materia cobra sentido la previsión de la Directiva de confiar su aplicación a los interlocutores sociales, pudiendo el Estado en el caso español, si no se pretende intervenir en la configuración de la estructura salarial, reforzar el principio de igualdad mediante la revisión del contenido de los convenios colectivos por parte de la autoridad laboral en el trámite de depósito, con remisión a la autoridad judicial de aquellos que puedan vulnerar el mandato de contener estructuras retributivas neutras, así como mediante el posterior control por parte de la Inspección de Trabajo.

Estas estructuras retributivas, dispone el artículo 4.4, deberán permitir evaluar si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, sobre la

[21] Señala Sánchez Marín, G. "Dispersión retributiva, estructura salarial y resultados de la organización: un modelo de investigación", Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa Vol. 14, Nº 3, 2008, pp. 91, que "la estructura retributiva supone el establecimiento de unas diferencias salariales entre puestos que responden a factores relacionados con la organización formal que tienen detrás".

[22] Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario, Disposición derogatoria de la Ley 11/1994.

base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, acordados con los representantes de los trabajadores, si es que estos existen. Estos criterios, como veíamos, deben incluir las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y cualquier otro factor pertinente para el puesto o empleo específico, sin subestimar las aptitudes interpersonales.

Para facilitar su tarea a los sujetos responsables de la clasificación profesional y de la valoración de puestos de trabajo, empleadores o interlocutores sociales en la negociación colectiva, se establece la obligación de que los Estados adopten, en consulta con los organismos de fomento de la igualdad, las medidas necesarias para asegurar que se facilitan herramientas o metodologías analíticas de fácil acceso para proporcionar ayuda y orientación a la hora de evaluar y comparar el valor del trabajo con arreglo a los criterios que se establecen en el citado artículo. En el ordenamiento español esta obligación puede considerarse atendida con la Herramienta de Valoración de Puestos de Trabajo y su correspondiente Guía de uso, elaboradas por los ministerios competentes en colaboración con los interlocutores sociales[23].

3.2. Evaluaciones retributivas conjuntas

Todo el complejo entramado de información que ha de hacerse visible por parte de los empleadores ha de servir, obviamente, para que las personas trabajadoras puedan reclamar sobre una base sólida si se sienten objeto de un tratamiento discriminatorio en materia salarial. Pero ese no ha de ser el único objetivo, sino que, además, tiene que servir a la propia empleadora para detectar se si se están produciendo sesgos de género y. en caso afirmativo, poder corregirlos. Por ello, la Directiva dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empleadores que tiene obligación de informar lleven a cabo una evaluación retributiva conjunta, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

Que de la información presentada se desprenda una diferencia en el nivel retributivo *medio* de las trabajadoras y los trabajadores de, al menos, el 5% en cualquier categoría. Quizá hubiera sido más correcto utilizar como referencia el nivel retributivo mediano, ya que la media, como sabemos, no da una imagen clara de la situación (unos pocos casos pueden distorsionar la imagen).

Que el empleador no haya justificado esa diferencia sobre la base de criterios objetivos y neutros.

Que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la

[23] Herramienta en la que han participado el Ministerio de Igualdad, el Ministerio de Trabajo, CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT y que puede encontrarse en https://www.mites.gob.es/es/portada/herramienta_valoracion_puesto/index.htm

información sobre las retribuciones, plazo que nos parece poco realista, sobre todo teniendo en cuenta que muchas de las diferencias retributivas van a venir de la aplicación de los conceptos salariales contenidos en el convenio colectivo, cuya modificación no puede hacerse de forma unilateral por cada empleador.

Dicha evaluación retributiva conjunta ha de incluir la siguiente información: análisis de la proporción de trabajadoras y trabajadores en cada categoría; niveles retributivos medios de trabajadoras y trabajadores; componentes complementarios o variables para cada categoría; diferencias en los niveles retributivos medios de las trabajadoras y trabajadores en cada categoría; razones, si las hay, de tales diferencias en los niveles retributivos medios sobre la base de criterios objetivos y neutros, determinadas de forma conjunta por el empleador y los representantes de los trabajadores; porcentaje de trabajadoras y trabajadores que han recibido una mejora en su retribución tras su reincorporación después de un permiso de maternidad o paternidad, un permiso parental o un permiso para cuidadores, si esa mejora se produjo en la categoría en la que estaban integrados durante el período de disfrute del permiso. (a los efectos que nos interesan ns parece que hubiese sido más procedente analizar si ha habido merma en la retribución, y no mejora de la misma); medidas para resolver las diferencias en la retribución, si no están justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros; por último, evaluación de la eficacia de las medidas de anteriores evaluaciones retributivas conjuntas que se hayan podido hacer.

En nuestro ordenamiento, la figura equivalente sería la de la "auditoría retributiva", introducida por el RDL 6/2019 al modificar el art. 46 de la ley de Igualdad y regulada en el RD 902/2022. En ambos casos se trata de hacer un análisis de la situación en materia retributiva y, en caso de detectarse diferencias no basadas en criterios objetivos, establecer medidas de corrección de estas desigualdades. Se dan, sin embargo, dos diferencias importantes, a favor de mayor cobertura de la norma española, desde nuestro punto de vista:

La norma europea establece la obligación para empresas de más de 100 trabajadores, y siempre que se den las condiciones que hemos señalado, en tanto que en la norma española se prevé la auditoría retributiva como parte del diagnóstico del Plan de Igualdad, de obligada elaboración para todas las empresas de más de 50 trabajadores.

El contenido de la evaluación que prevé la norma europea se corresponde *groso modo* con el contenido del registro retributivo exigido en nuestro país a cualquier empresa, mientras que la auditoría retributiva exige hacer una valoración de los puestos de trabajo y el análisis de otros factores que pudieran desencadenar la diferencia retributiva.

4. MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO

En relación con el acceso al empleo, la Directiva prevé mecanismos de refuerzo del principio de igualdad, pero no sólo retributiva, que deberán ser incorporados al ordenamiento español mediante la correspondiente labor de transposición.

Facilitar a los solicitantes de empleo información sobre "la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran". En realidad, la obligación formulada es la de facilitar información sobre la retribución que recibiría el trabajador en el puesto al que aspira, y ello será en todo caso, aunque la misma no esté basada en criterios objetivos y neutros con respecto al género, pues el inciso que hace la Directiva es su redacción debe entenderse exclusivamente como un refuerzo de la idea de que toda retribución ha de estar basada en estos criterios.

Se alude en el precepto a la banda retributiva, concepto que no se define, pero que remite a la idea de existencia de un rango máximo y mínimo, dentro del cual se fija el nivel retributivo concreto de cada persona trabajadora.

Sí que se contiene el término entre las definiciones que hace la Directiva en su artículo 3, al enunciar el concepto de "cuartil de la banda retributiva", si bien parece poco adecuado. en la medida en que los cuartiles se podrán establecer respecto de retribuciones concretas, en tanto que el, concepto de banda retributiva se refiere, como hemos señalado, a rangos dentro de los cuales puede moverse el salario efectivamente percibido.

Asimismo, ha de darse información sobre "las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador respecto al puesto". Esta obligación de información, que no estaba prevista en el texto inicial de la propuesta de Directiva, debe entenderse como adicional a la relativa a la información concreta enunciada en el apartado anterior, y no sustitutiva (la conjunción "y" no deja dudas al respecto), por lo que se completa el ámbito material del derecho de información del aspirante al empleo.

Esta información, señala la Directiva, se facilitará de tal forma que garantice una negociación informada y transparente sobre la retribución, poniendo como ejemplo "el anuncio de la vacante que se publique o por otro medio". Desaparecen del texto final de la Directiva dos elementos que aparecían en la propuesta y que, desde mi punto de vista, contribuían a la efectividad del derecho de información; en primer lugar, que esta debía ser facilitada por el empleador antes de la entrevista de trabajo; en segundo lugar, que debía ser facilitada sin que el solicitante de empleo tuviera que pedirla. La redacción finalmente adoptada no impide que esta información se suministre antes, obviamente, pero no lo exige, dejando abierta la posibilidad de que se facilite en el mismo momento de la entrevista y, puede incluso interpretarse que, a demanda del trabajador, al configurarse el derecho de

información como un derecho de éste (ejercitable o no) y no como una obligación del empleador.

Se establecen, adicionalmente, obligaciones referidas al proceso selectivo: obligación de no hacer preguntas a los solicitantes sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores; obligación de garantizar que los anuncios de las vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros respecto al género y obligación de garantizar que los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio. Aunque la Directiva vincula estas dos últimas obligaciones con el derecho a la igualdad retributiva ("a fin de no socavar el derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o trabajo de igual valor") parecería más lógico que estas previsiones se vinculasen con la prohibición de discriminación en el acceso al empleo enunciada en el artículo 14 de la Directiva 2006/54.

5. MEDIDAS EN MATERIA DE TUTELA DEL DERECHO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN

Con carácter general debe señalarse que en los preceptos de la Directiva contenidos en el Capítulo III, relativo a "Vías de reparación y cumplimiento efectivo", vamos a encontrar mandatos dirigidos a los Estados miembros en orden a garantizar la tutela de los derechos de los trabajadores en materia de igualdad retributiva de forma genérica, y no específicamente respecto de los derechos consagrados en la propia Directiva, si bien estos pueden considerarse integrados en aquellos, lo cual no sólo se desprende del articulado sino que se explicita en el artículo 26 de la propia Directiva, al señalar que dicho capítulo se aplicará a los procedimientos referentes a cualquiera de los derecho u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2006/54[24] que, no obstante, no se van a extender a la tutela de otros posibles derechos relativos a la igualdad de trato.

Siendo uno de los factores que el informe de 2020 sobre la aplicación de la Directica 2006 entendía como problemático, la Directiva 2023 va a establecer determinadas disposiciones, que en ocasiones no son sino recordatorio de medidas ya previstas en Directivas anteriores, y ya incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico, pero en otras van a suponer novedades que requerirán una intervención legislativa de transposición.

[24] "Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo".

5.1. Acceso a los procedimientos

Dispone el art. 14 de la Directiva que los Estados velarán por que todos los trabajadores tengan a su alcance procedimientos judiciales para reclamar el cumplimiento de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución. Dichos procedimientos deberán ser de fácil acceso para los trabajadores y quienes actúen en su nombre, incluso después de terminada la relación laboral en que se haya producido la presunta discriminación. La facilidad en el acceso a la vía judicial no significa que el procedimiento establecido no pueda establecer la posibilidad de acudir con carácter previo a la interposición de la demanda a un medio de solución no jurisdiccional, que la propia Directiva indica como "conciliación", pero que entendemos puede ser de igual manera la mediación. En el ordenamiento español el acceso a la tutela judicial en caso de lesión del derecho a la igualdad retributiva se lleva a cabo mediante el proceso de tutela de los derechos fundamentales previsto en los artículos 177 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), respecto del cual se exceptúa la necesidad de conciliación o mediación previas como requisito de admisibilidad de la demanda (art. 64).

Asimismo, los Estados deben velar por que los organismos (públicos o privados) que tengan interés legítimo en garantizar la igualdad entre hombre y mujeres y los representantes de los trabajadores puedan participar en cualquier procedimiento administrativo o judicial respecto de una presunta infracción en materia de igualdad de retribución, especificando la Directiva que podrán actuar en nombre o en favor de la persona trabajadora, con la autorización de ésta. Posibilidad que ya se contempla en el ordenamiento procesal español, tanto por lo que se refiere a la figura del representante[25] como a la del coadyuvante[26].

Finalmente, como medida de garantía del acceso a la tutela del derecho a la igualdad retributiva en el artículo 25 de la Directiva se contempla la garantía de indemnidad tanto respecto de las personas trabajadoras como de los representantes de estas, garantía que goza de pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico

[25] Art. 20 de la LRJS: "Los sindicatos podrán actuar en un proceso, en nombre e interés de los trabajadores y de los funcionarios y personal estatutario afiliados a ellos que así se lo autoricen, para la defensa de sus derechos individuales, recayendo en dichos afiliados los efectos de aquella actuación".

[26] Art. 177.2 de la LRJS: 2. En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado".

español[27], el que se va a considerar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional[28].

5.2. Derecho a obtener una indemnización

Los Estados miembros deben asegurarse de que todo trabajador que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la infracción de cualesquiera derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución tenga derecho a reclamar y obtener una indemnización o reparación íntegra, que deberá ser efectiva por los daños y perjuicios sufridos, disuasoria y proporcionada.

La Directiva especifica que la indemnización o reparación restituirá a la persona trabajadora que se haya visto perjudicada a la situación en que se encontraría si no hubiese sido discriminada por razón de sexo o no se hubiera producido ninguna infracción de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución. Esto incluirá la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o pagos en especie correspondiente, el resarcimiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes (entre lo que se puede incluir la discriminación interseccional, dice la Directiva), así como los intereses de demora, sin que la cuantía resultante pueda estar sujeta a ningún límite máximo fijado previamente.

Obligaciones ambas que podemos entender atendidas por estar incorporadas las previsiones de la Directiva en los preceptos correspondientes del proceso de tutela de los derechos fundamentales, tanto en el relativo a la sentencia (art, 182 LRJS) como en el específicamente dedicado a las indemnizaciones (art. 183 LRJS).

5.3. Medidas en materia probatoria

Son varias las medidas que contiene la Directiva en materia probatoria.

En primer lugar, dispone que los Estados miembros deben adoptar las medidas oportunas para que en aquellos procedimientos judiciales en los que se reclame por vulneración del principio de igualdad de retribución y el demandante demuestre hechos que permitan presumir una discriminación directa o indirecta, se traslade a la parte demandada la carga de probar que no se ha producido dicha

[27] Art. 17.1 ET: "Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación".

[28] Vid., entre otras, SSTC 7/1993, 14/1993 o 101/2000. En relación con esta rema vid. Castro Argüelles, M.A., Derechos fundamentales en el proceso laboral. Universidad de Navarra, 2014, pág. 67 y ss., en https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10906/Maria_Antonia_Castro.pdf?sequence=1

discriminación. No queda claro el tipo de procedimiento al que se refiere el precepto dado que, si bien en un primer momento señala que esta medida deberá adoptarse por los Estados de acuerdo con sus sistemas judiciales nacionales, en un momento posterior se refiere a que los hechos se hayan demostrado ante *una autoridad competente* u órgano jurisdiccional nacional. Los Estados miembros pueden, sin embargo, no aplicar estas previsiones en materia probatoria cuando la investigación de los hechos corresponda a las autoridades competentes o a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Dicha traslación de la responsabilidad, tanto en sede judicial como administrativa, de probar que no se ha producido discriminación, operará de forma automática en los supuestos en que el empleador no haya cumplido con sus obligaciones de transparencia en materia retributiva (las que sean que le correspondan a tenor de su tamaño y de sus circunstancias, a excepción, incomprensiblemente, de la obligación relativa a a la accesibilidad de la información para personas con discapacidad), salvo que el empleador demuestre que el incumplimiento de sus obligaciones fue involuntario y de carácter menor; en la práctica el problema será llegar a concretar qué significa que incumplimiento sea de carácter menor y, sobre todo, si de debió o no a una actuación voluntaria del empleador.

En el ordenamiento español, este mecanismo de inversión o traslación de la carga de la prueba está contemplado en el artículo 96.1 de la LRJS, al disponer que "en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

En segundo lugar, para la determinación de si una persona trabajadora realiza un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la evaluación de la situación comparable se ve reforzada de varias formas en la Directiva (art. 19), de acuerdo con la doctrina del TJUE:

> de un lado, no se limita a los supuestos en que se trabaje para un mismo empleador, sino que se amplía a la fuente única que determine las condiciones de retribución, si es que esta existe, como sería el caso de fijación de las retribuciones por convenio colectivo o, como señala la Directiva, cuando esas condiciones se establezcan de forma centralizada para más de una dentro de un grupo de empresas; de otro lado, la comparación no se limita a trabajadores que estén trabajando al mismo tiempo; finalmente, si no hay ningún referente de comparación real se podrá utilizar cualquier otra prueba, incluidas las estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador comparable.

Por lo que se refiere al acceso a las pruebas dispone el art. 20.1 de la Directiva que los Estados miembros velarán por que en los procedimientos de reclamación de igualdad retributiva los órganos competentes puedan ordenar a la parte reclamada que exhiba cualquier prueba pertinente que obre en su poder. El apartado 2 del precepto contempla, de forma específica, al supuesto de que la información necesaria para la reclamación sea de carácter confidencial, en cuyo caso se aclara que las autoridades que reclamen dicha información han de disponer de medidas eficaces para protegerla. Entendemos que el concepto información confidencial no es idéntico al de información sobre datos de carácter personal, al que nos referimos al tratar las medidas sobre transparencia retributiva, sino que parece referirse más bien a datos sobre estructura organizativa de la empresa, sobre desarrollo de productos, etc.; en definitiva, un concepto más cercano al de información de carácter reservado que se contiene en el art. 65.2 del ET a la hora de regular el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores.

5.4. Prescripción y caducidad

Interesantes son las disposiciones del art. 21 de la Directiva en cuanto a la prescripción de las acciones relativas a la igualdad de retribución, en las que se prevé que las normas reguladoras habrán de establecer el plazo para reclamar y las circunstancias en las que este puede suspenderse o interrumpirse; debe determinarse, asimismo el momento de inicio del plazo, que debe ser aquel en que la parte reclamante tenga conocimiento de la infracción o quepa esperar razonablemente que lo tenga. La norma deja en manos de los Estados miembros que, en su regulación, establezcan que el plazo de prescripción no se inicie mientras una infracción esté en curso o antes de que se finalice la relación laboral.

En cualquier caso, dispone la norma europea, los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años, previsión que va a hacer necesaria una modificación del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores, en el que el plazo de prescripción de las reclamaciones salariales se sitúa en un año desde que la acción pudiera ejercitarse.

Además, se prevé que el plazo de prescripción se suspenda o se interrumpa, dependiendo de lo que disponga la legislación nacional, tan pronto como la persona trabajadora reclame al empleador, directamente o en vía judicial, bien de forma personal o a través de los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad.

Estas disposiciones no van a ser aplicables, sin embargo, a las normas nacionales relativas a la caducidad de la demanda, por lo que este refuerzo en la vía de tutela del derecho va a depender del cómo el legislador califique un plazo para ejercer la acción. En el caso español la interposición de una demanda por despido en la que se invoque, además, lesión del principio de igualdad de retribución, es un plazo de caducidad que no se va a ver, por tanto, afectado por la ampliación que lleva a cabo la Directiva.

5.5. Costas procesales

Finalmente, como mecanismo para facilitar la interposición de reclamaciones en vía judicial y que la posible imposición de costas procesales no suponga un desincentivo para la persona trabajadora, la Directiva prevé que los Estados miembros habrán de garantizar la posibilidad de que, en caso de que la demanda no prospere, los órganos jurisdiccionales puedan avaluar si la parre demandante tenía motivos fundados para interponerla y, en caso afirmativo, se proceda a eximirla del pago de las costas procesales. Medida que en nuestro ordenamiento jurídico se contempla de forma inversa, pues estando el proceso laboral regido por el principio de gratuidad, se prevé que puedan imponerse sanciones y el abono por el empleador condenado de los honorarios de abogado o graduado social sólo en los casos en que se litigó de mala fe o con temeridad o no se acudió al acto de conciliación (debe entenderse que también de mediación) previa injustificadamente (art. 97 LRJS).

5.6. Sanciones frente al incumplimiento

El conjunto de medidas de refuerzo de la tutela del derecho a la igualdad de retribución se completa con el mandato a los Estados miembros de prever un régimen de sanciones frente los incumplimientos de las obligaciones relativas a dicho derecho; sanciones que habrán de ser efectivas, debiendo los Estados establecer medidas para garantizar su aplicación (art. 23.1, reiterada en el 23.5 de la Directiva), proporcionadas y disuasorias. En relación con el efecto disuasorio que se pretende, la Directiva señala de forma imperativa que "dichas sanciones incluirán multas, que se fijarán sobre la base del derecho nacional"; esto no quiere decir que no puedan establecerse otro tipo de sanciones, como las accesorias que se prevén en el art. 46.bis de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), pero sí que no puede sustituirse la multa por otro tipo de sanción.

En relación con la proporcionalidad, se establece que las sanciones tengan en cuenta cualquier factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias de la infracción, señalando expresamente la discriminación interseccional que, aunque enunciada de forma indistinta, desde nuestro punto de vista sólo puede ser considerada como agravante. Asimismo, se prevé que habrán de aplicarse sanciones específicas para los casos de reincidencia.

En esta materia entendemos que debe llevarse a cabo una labor de transposición de la norma europea, dado que si bien se prevé en la LISOS que son infracciones muy graves las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas en materia de retribuciones "por circunstancias de sexo", no hay regulación específica para la infracción de los derechos en materia de transparencia retributiva, por lo que no cabría integrarlos más que en el tipo previsto como infracción leve en el art. 6.6. "cualesquiera otros incumplimientos

que afecten a obligaciones meramente formales o documentales"[29], lo cual no responde al mandato de la norma europea.

Disposición en materia de sanciones puede considerarse, asimismo, el art. 24 de la Directiva que (tras recordar que los Estados miembros deben garantizar que, en la ejecución de contratos o concesiones públicas los operadores cumplan con el principio de igualdad de retribución) da la posibilidad a los Estados miembros (creemos que sólo así puede interpretarse el término "considerarán") de exigir a los poderes adjudicadores que introduzcan sanciones o condiciones de rescisión que garanticen el cumplimiento del principio de igualdad de retribución; se prevé asimismo la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan excluir a cualquier operador económico de participar en una licitación pública si pueden demostrar, bien que ha incumplido las obligaciones en materia de transparencia retributiva, bien que tiene una brecha retributiva de más del 5% en cualquier categoría que no esté justificada sobre la base de criterios objetivos y neutros. Medidas estas que pueden incluso ser más efectivas de cara al cumplimiento de las obligaciones derivadas de principio de igualdad de retribución que las consistentes en meras sanciones pecuniarias.

6. LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA EN RELACIÓN CON LA ACTUACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

Tres son las previsiones contenidas en la Directiva en relación con el papel de los interlocutores sociales.

La primera, bajo la rúbrica "Diálogo Social", se enmarca en el Capítulo II, relativo a la transparencia retributiva, y, con todas las cautelas posibles ("sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales", "de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales) mandata a los Estados a que garanticen la participación efectiva de los interlocutores sociales a través del diálogo sobre los derechos y obligaciones que se establecen en la Directiva (de nuevo las cautelas, "si procede", "cuando estos así lo soliciten"). La utilización del término "diálogo" y no negociación parece indicar que lo que está pidiendo la Directiva es que los interlocutores sociales participen en la actividad normativa en relación con esta materia, idea que se refuerza al someter esta participación a dos condicionantes (que dicha participación proceda y que los interlocutores sociales así lo soliciten) que no serían tales si se estuviera refiriendo a negociación colectiva en sentido estricto.

[29] Señala Ballester Pastor, M.A., "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol", Femeris, Vol. 4, No. 2, pp. 14-38 / doi: https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763 http://www.uc3m.es/femeris, que una de las carencias del RDL 6/2019, que introdujo la obligación de llevar un registro retributivo pero no estableció una sanción específica para su incumplimiento.

La segunda previsión, contenida en el mismo precepto que la anterior, se refiere, esta vez sí, específicamente a la negociación colectiva, señalando que los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para promover el papel de los interlocutores sociales y fomentar la negociación colectiva sobre las medidas para "luchar contra la discriminación retributiva y su repercusión negativa en la valoración de los puestos de trabajo desempeñados predominantemente por trabajadores de un mismo sexo". Pese a que la Directiva se expresa en los términos que aparecen entrecomillados nos parece que la idea está expresada incorrectamente, en la medida en que no es la discriminación retributiva la que repercute negativamente en la valoración de puestos de trabajo, sino que es al revés, la discriminación que se produce a la hora de valorar determinados puestos de trabajo (los feminizados, con carácter general) la que va a influir negativamente en la retribución.

La tercera previsión se contiene en el artículo 30 de la Directiva, en el que se especifica que la misma no afectará en modo alguno al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales.

7. TRANSPOSICIÓN, SEGUIMIENTO Y CONTROL

Además de los mandatos contenidos a lo largo de la Directiva para que los Estados miembros pongan los medios necesarios para garantizar la efectividad de los derechos y obligaciones que se establecen en la misma, como corresponde a una norma de este tipo y para cuyo cumplimiento (transposición) se establece como fecha tope el 7 de junio de 2026, se van a establecer una serie de disposiciones dirigidas al seguimiento y control de la norma:

En relación con los organismos públicos a los que se asignan estas funciones puede haber cierta confusión, al otorgar genéricamente las funciones en relación con la Directiva a un órgano (organismo de fomento de la igualdad) para, a continuación, asignar funciones específicas a otro órgano (organismo de seguimiento) que puede, o no, coincidir con el primero.

Así, se establece que los organismos competentes para las cuestiones que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva serán los organismos de fomento de la igualdad que los Estados miembros tengan establecidos conforme a la Directica 2006/54, a los que deberá dotarse de los recursos necesarios a tal fin. Ello sin perjuicio de la competencia que pueda corresponder a la inspección de trabajo o a los representantes de los trabajadores conforme a las normas de cada Estado miembro, debiendo, en todo caso, garantizarse la cooperación entre todos ellos.

Asimismo, se dispone que cada Estado deberá designar un organismo para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas previstas en la Directiva,

que puede ser novedoso o formar parte de un organismo o estructura ya existente, y adoptará las medidas necesarias para su buen funcionamiento. Entre sus funciones deben incluirse: la sensibilización sobre el objetivo de promover la igualdad de retribución, abordando la discriminación interseccional, y el derecho a la transparencia retributiva: el análisis de las causas de la brecha retributiva de género y creación de instrumentos de evaluación de las desigualdades retributivas; la recopilación de los datos recibidos de los empleadores, en los términos que hemos visto, y publicación de los mismos en un formato de fácil acceso y manejo y que permita la comparación entre empleadores, sectores y regiones. Deberán publicarse los de los cuatro años anteriores, si están disponibles: la recopilación de los informes de las evaluaciones retributivas conjuntas; finalmente, la recopilación de datos sobre número y tipos de denuncias por discriminación retributiva interpuestas ante los organismos competentes.

Se establecen, asimismo, determinadas obligaciones de transmisión de información a la Unión Europea:

Informar a la Comisión de la transposición de la Directiva. De forma simultánea se debe presentar un resumen de los resultados de la evaluación de impacto de las medidas de transposición respecto de los trabajadores y de los empleadores con una plantilla de menos de 250 trabajadores, haciendo referencia al ligar de publicación de dicha evaluación (art. 34).

Comunicar a la Comisión el régimen de sanciones previstas frente a los incumplimientos de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución (art. 21).

Facilitar a la Comisión cada dos años los datos sobre brecha retributiva de género, nivel retributivo mediano y brecha retributiva de género mediana. El primer informe deberá trasladarse a la Comisión como muy tarde el 7 de junio de 2028 (art. 29. 4).

Facilitar a la Comisión anualmente datos nacionales actualizados, sin ajustar, para el cálculo de la brecha retributiva de género. Estas estadísticas deberán estar desglosadas por sexo, sector económico, jornada laboral (tiempo completo o parcial), control económico (propiedad pública o privada) y edad. Los datos se transmitirán a partir del 31 de enero de 2028 para el año de referencia 2026 (art. 31).

Informar a la Comisión sobre el cumplimiento de la Directiva y sus repercusiones en la práctica, como muy tarde el 7 de junio de 2031 (art. 35.1).

Finalmente, se establece la obligación de la Comisión de presentar un informe al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva, sobre la base del cual propondrán, si correspondiera, las modificaciones legislativas pertinentes (35.2).

ASPECTOS LABORALES DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE PERSONAS INFORMANTES*

Rafael Gómez Gordillo**
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

EXTRACTO **Palabras clave:** informantes, Autoridad Independiente de Protección del Informante, libertad de expresión, canales

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, procede a transponer a nuestro ordenamiento interno la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. La norma que es objeto de análisis e interpretación en el presente artículo afecta el ámbito de las relaciones laborales desde una doble vertiente. De un lado, establece la obligación empresarial de crear y gestionar canales internos de información sobre delitos e infracciones administrativas graves y muy graves. De otro, las personas reconocidas como informantes gozarán de un estatuto especial que debe protegerles frente a cualquier tipo de represalias, también en el ámbito laboral o profesional, relacionadas con su actividad como informante. Como instrumento de control del adecuado funcionamiento del sistema de protección, la nueva normativa crea la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI), que será responsable tanto de la gestión del canal externo de información como de la aplicación del correspondiente régimen sancionatorio. El presente trabajo abordará únicamente los aspectos típicamente laborales que la norma regula, esto es, los derechos y obligaciones que, en cada caso, afectan al sistema de relaciones laborales y a las personas, entidades y organizaciones involucradas.

ABSTRACT ***Keywords:*** *informants, Independent Whistleblower Protection Authority, freedom of expression, channels*

Law 2/2023, of 20 February, transposes Directive (EU) 2019/1937, of 23 October 2019, on the protection of persons who report breaches of Union law. The rule that is the subject of analysis and interpretation in this article affects the field of labor relations from a double aspect. On the one hand, it establishes the business obligation to create and manage internal channels of information on serious and very serious crimes and administrative infractions. On the other hand, persons recognised as informants will enjoy a special status that should protect them against any type of retaliation, including in the workplace or professional, related to their activity as a whistleblower. As an instrument for controlling the proper functioning of the protection system, the new regulations create the Independent Whistleblower Protection Authority (AAI), which will be responsible for both the management of the external information channel and the application of the corresponding sanctioning regime. This paper will only address the typical labor aspects that the standard regulates, that is, the rights and obligations that, in each case, affect the labor relations system and the people, entities and organizations involved.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial" (PID2021-122537NB-100).

** ORCID 0000- 0002-8149-8503.

 Recepción original: 30.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción
2. Principios informadores de la nueva ley
3. El canal interno en el sector privado
   3.1. Empresas obligadas
   3.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno
   3.3. Procedimiento de gestión de las informaciones
   3.4. Protección de datos
4. El canal interno en el sector público
   4.1. Entidades obligadas
   4.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno
   4.3. Procedimiento de gestión de las informaciones
   4.4. Protección de datos
5. Elementos subjetivos y objetivos
   5.1. La pertenencia al entorno laboral
   5.2. El contenido de la información
   5.3. La elección del canal de información
   5.4. La revelación pública
6. El sistema de protección
   6.1. Condiciones de acceso al sistema de protección
   6.2. La prohibición de adoptar represalias
   6.3. Las medidas de apoyo
7. El régimen sancionador

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión[1] (en adelante, Directiva) establece un plazo de trasposición a los ordenamientos internos, coincidente con la entrada en vigor de la obligación de activar canales de información en las empresas, públicas y privadas, y en las administraciones públicas (en adelante, AAPP), que se hace acompañar de una suerte de moratoria para las medianas empresas del sector privado. En aplicación del primero, los Estados miembros disponían de un plazo de algo más de dos años, que finalizó el día 17 de diciembre de 2021, para aprobar y poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento al contenido de la norma europea (art. 26.1 Directiva). En segundo lugar, una norma especial demoraba dos años la exigencia del cumplimiento de la obligación de establecer canales internos de información para las empresas de tamaño mediano, hasta el 17 de diciembre de 2023 (art. 26.2 Directiva).

[1] Diario Oficial de la Unión Europea, de 26 de noviembre de 2019. Sobre su contenido, véase, Sáez Lara, C. "La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing", Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Por su parte, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción[2] (en adelante, LPI) vio la luz con más de un año de retraso, respecto del plazo máximo establecido por la norma europea, y después de que la Comisión Europea haya denunciado a España ante el Tribunal de Justicia, por incumplimiento del plazo de transposición. Quizás por ello, la norma española ofrece un magro plazo de tres meses, a contar desde su entrada en vigor, para que las empresas y entidades públicas cumplan con las obligaciones que de ésta se derivan. En atención a lo establecido en sus disposiciones transitorias segunda y final duodécima, desde el día 13 de junio del presente año, administraciones, organismos, empresas y demás entidades obligadas deben contar con un canal interno de información. Como excepción a la anterior regla general, las empresas del sector privado cuyo volumen de empleo se sitúe en el umbral cincuenta a doscientas cuarenta y nueve personas y los municipios que censen a menos de diez mil personas dispondrán de un plazo bastante más razonable, aunque inferior al inicialmente previsto en la Directiva, para implantar su sistema de información interno, que se extiende hasta el 1 de diciembre de 2023. En definitiva, al finalizar el presente año, todas las empresas privadas y entidades públicas comprendidas en el ámbito de aplicación de la LPI deberán disponer de un canal interno de información.

No obstante, la completa aplicación de las previsiones contenidas en la LPI no se producirá en los términos cronológicos más arriba previstos, pues el sistema de información se completa con la implantación de un canal externo de naturaleza pública, que deberá poner en marcha un organismo de nueva creación. A tales efectos, la disposición final undécima LPI concede al Consejo de Ministros un plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de la propia norma, para la aprobación del Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (en adelante, AAI), en el que deberá fijarse su organización, estructura y funcionamiento interno. En la medida en que el art. 16 LPI encomienda a dicha autoridad la implantación y gestión del canal externo, debe entenderse que, al menos, hasta mediados de marzo del año 2024 no será posible acceder a dicho canal. En suma, durante parte del próximo año, las personas informantes podrán acceder a los canales internos, pero no a los externos y, lo que resulta más perjudicial, tampoco podrán gozar de las medidas de apoyo a las que hace referencia el art. 37 LPI, ni serán objeto de sanción administrativa las empresas que incumplan sus obligaciones en la materia pues, como establece el art. 43 LPI, la adopción de aquellas medidas, la tramitación del procedimiento sancionador y la imposición de las sanciones corresponden también a la AAI. Es cierto que la disposición adicional sexta LPI extiende la protección del sistema a las informaciones que hubieran podido ser comunicadas desde la entrada en vigor de la Directiva, pero, con toda probabilidad, dicha previsión únicamente permitirá invocar la prohibición

[2] (BOE de 21 de febrero 2023).

de medidas de represalias en procesos judiciales que, en su caso, tengan origen en informaciones cubiertas por el ámbito de aplicación de la LPI. En resumen, es previsible que la habilitación de los canales internos no resulte inicialmente muy eficaz pues, en ausencia de garantías externas, las personas informantes prefieran aplazar unos meses el uso del nuevo instrumental de colaboración ciudadana.

La demorada labor legislativa de transposición de la Directiva en España se concreta en una norma compuesta por sesenta y ocho artículos, seis disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y doce disposiciones finales, extensión material que permite hacerse una idea de la complejidad de su contenido. El Título I, a modo de preámbulo, informa sobre los aspectos teleológicos que justifican la actividad legislativa y define los elementos materiales (art. 1 LPI) y subjetivos (art. 2 LPI) que configuran los ámbitos sobre los que se proyecta la norma. El Título II regula el sistema interno de información y contiene una serie de disposiciones de general aplicación (arts. 4 a 9 LPI), que se complementan con un grupo de previsiones específicas aplicables al sector privado (arts. 10 a 12 LPI) y otro reservado al sector público (arts. 13 a 15 LPI). El Título III diseña el sistema externo de información, la AAI y las normas básicas sobre su funcionamiento, trasladando la regulación sobre su régimen jurídico (arts. 42 a 52 LPI) y organización (arts. 53 a 59 LPI), al Título VIII. Por su parte, el Título IV regula la publicidad de los canales y el registro de las comunicaciones (arts. 25 y 26), el Título V limita la posibilidad de revelar públicamente las informaciones (arts. 27 y 28), el Título VI regula la protección de datos personales (arts. 29 a 34) y el Título VII establece el resto de las medidas de protección que deberán dispensarse a la persona que informa (arts. 35 a 41). Por último, el Título IX ordena el régimen sancionador aplicable (arts. 60 a 68 LPI).

Desde la perspectiva disciplinar, una somera lectura del texto normativo permite reconocer que la autoría del Anteproyecto corresponde al Ministerio de Justicia, opción gubernativa que puede ser compartida en atención al objeto de regulación, aunque quizás hubiera sido deseable que las previsiones relacionadas con las materias laborales hubieran sido objeto de un tratamiento más cuidado. Aunque las incorreciones técnicas más relevantes serán señaladas en el apartado oportuno, baste por ahora con advertir de la utilización de la expresión "infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo" (art. 2.3 LPI) que bien podría haberse sustituido por "infracciones en materia de prevención de riesgos laborales", en concordancia con lo establecido en la Sección Segunda del Capítulo II de la LISOS. Entre los descuidos conceptuales, cabe citar cómo la expresión "las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena" (art. 3.1.a LPI) parece considerar excluyentes o alternativos los conceptos "empleado público" y "trabajador por cuenta ajena", olvidando que la relación de trabajo dependiente encuentra acomodo legal tanto en el sector público como en el privado y, por ello, las personas que sin ostentar la condición de funcionario o personal estatutario prestan servicio para el sector

público poseen la doble condición de empleado público y trabajador por cuenta ajena. Por último, la prácticamente nula atención que la norma presta a los sujetos colectivos condicionará notablemente su eficacia, sin perjuicio de las correcciones que puedan instrumentarse vía autonomía colectiva.

2. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA NUEVA LEY

El diseño de la nueva norma se levanta sobre una serie de ejes que establecen un sistema de protección de naturaleza mixta, con intervención privada y pública, y un alto nivel de descentralización administrativa, pues prescribe la participación tanto de la Administración General del Estado como de las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, la LPI se autodefine como una norma promocional, que pretende fomentar la colaboración ciudadana en la persecución de determinados incumplimientos normativos. Sin embargo, puede afirmarse que más que una norma de fomento se trata de una norma de garantías, en el sentido de que su articulado ofrece sólo un sistema de protección contra represalias al que podrán acogerse las personas que asumen la responsabilidad de desvelar determinadas actividades ilegales. La experiencia muestra que estas personas, según se afirma en la propia exposición de motivos, sufren a menudo "consecuencias penosas". Evitar la generalización de estas prácticas de represalia es el objetivo inmediato de la LPI, para con ello conseguir su finalidad última, que las empresas y las AA.PP. respeten el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el legislador español no ha considerado adecuado, tampoco parece que la Directiva apunte en esa línea, incrementar el efecto motivador, mediante el ofrecimiento de compensaciones de naturaleza económica a las personas que informan. Sin perjuicio de lo anterior y en determinados supuestos, la norma permite atenuar o eximir a la persona informante de las sanciones que le hubieran correspondido por su participación en las infracciones objeto de información (art. 40 LPI).

En segundo lugar, en aplicación del principio de especialidad, la norma excluye de su ámbito de aplicación material los supuestos que ya se rigen por una normativa específica, como es el caso de los mecanismos previstos por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937 (art. 2.6 LPI). En la misma línea, las previsiones de la nueva norma no afectarán a las diligencias penales (art. 2.2 LPI) ni al régimen sancionador administrativo (arts. 2.3 y 67 LPI) ni, por supuesto, a las informaciones que se vean afectadas por el secreto profesional del personal sanitario, de la abogacía, de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de la judicatura (art. 2.4 LPI). También se aplicará la normativa específica en la materia a los supuestos de infracciones en los procedimientos de contratación cuando contengan información secreta, clasificada o reservada (art. 2.5 LPI).

En tercer lugar, la corriente iniciada en el espacio de influencia cultural anglosajona ha tenido ya reflejo en nuestro país en algunas CCAA (Cataluña, Valenciana, Illes Balears, Navarra, Principado de Asturias o Andalucía), que han establecido canales externos para facilitar a la ciudadanía la transmisión de comunicaciones sobre irregularidades y proteger a las personas que hacen uso de ellos. Se trata de regulaciones parciales que circunscriben el objeto de comunicación al ámbito del uso inadecuado de los fondos públicos. Por otra parte, tanto en el sector privado como en el sector público, algunas entidades han puesto en marcha canales de información interna sobre determinadas materias, como medidas de prevención del acoso y del acoso sexual y como instrumento de control de los incumplimientos normativos de distinta índole (*compliance*). En aplicación del principio de economía de medios, la LPI convalida, a efectos de su cumplimiento, los canales internos y los sistemas de protección preexistentes que superen los requisitos que la norma establece (disposición transitoria primera) y facilita un plazo de adaptación, de seis meses de duración, a la nueva normativa de los canales externos (disposición transitoria segunda), obliga a unificar los canales internos preexistentes sobre materias incluidas en su ámbito y permite que los canales internos mantengan la posibilidad de informar sobre cuestiones ajenas al ámbito de aplicación material de la norma, sin perjuicio de que sobre dichos ámbitos no resulta obligatorio para las empresas proyectar la totalidad del sistema de protección desplegado por la LPI (arts. 7.1, 7.4 y 9.2 LPI). En otras palabras, la LPI diseña canales de información estandarizados, mínimos y unificados sobre determinadas materias y deja en manos de las empresas y administraciones la posibilidad de ampliar su marco protector.

En cuarto lugar, la norma española tiende a la universalidad objetiva pues, junto a los incumplimientos del derecho de la UE ampara también la denuncia de la generalidad de incumplimientos normativos en la esfera penal y administrativa. Si la norma europea persigue fundamentalmente incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción, el legislador español ha considerado adecuado proveer a los canales de información de un enfoque más amplio, para con ello fomentar la denuncia de incumplimientos normativos no relacionadas exclusivamente con dicha lacra, que poseen una conexión más robusta con la disciplina jurídico laboral a través de la LISOS y el Código Penal (Título XV). Esta opción de política legislativa, aunque no requiere autorización expresa de la norma europea, se encuentra contemplada en el art. 2.2 de la Directiva.

En quinto lugar, la nueva ley también apunta a la universalidad subjetiva y afecta tanto al sector público como al sector privado. En el ámbito privado, todas aquellas empresas que tengan cincuenta o más trabajadores, limitación cuantitativa que no afecta a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales (art. 10 LPI), deberán crear y gestionar canales internos de denuncia. Por su parte, la afectación en el sector público es completa, incluyendo a los órganos constitucionales (art. 13 LPI). Sin perjuicio de lo anterior, estas limitaciones en

atención al volumen de empleo solo afectan a las obligaciones relacionadas con los canales internos, por lo que las personas informantes sobre infracciones cometidas en empresas privadas de menor tamaño podrán hacer uso de los canales externos de información y tendrán derecho a acceder al sistema de protección que establece la norma en igualdad de condiciones.

En sexto lugar y con relación a las personas que pueden hacer uso de los canales de información, la norma establece un enfoque de laboralidad extendida o profesionalidad (art.3 LPI). De esta manera, la protección se extiende a todas aquellas personas que mantienen vínculos profesionales o laborales, pero también a aquellas otras que dejaron de mantener este vínculo (extrabajadores) e, incluso, a algunas otras que jamás lo llegaron a tener (familiares, voluntariado, participantes en procesos de selección).

En séptimo lugar, la actuación de las personas informantes debe estar inspirada por el principio de buena fe, entendido como expresión del comportamiento cívico objeto de protección. En sentido contrario, la norma intenta proteger a las entidades públicas y privadas, y a las personas que forman parte de ellas, de los daños que puedan desprenderse de la difusión de informaciones falsas o tergiversadas, así como de aquellas obtenidas de manera ilícita (arts. 35 y 39 LPI).

En octavo lugar, la norma ofrece un sistema de información o comunicación multicanal (interno, externo e, incluso, revelación pública). Aunque la norma muestra específicamente su preferencia por el canal interno, en la inteligencia de que la inmediata actuación de la propia organización es el medio más eficaz de limitar el impacto negativo de los incumplimientos, la norma permite a la persona informante dirigirse directamente al canal externo, cuando el uso del canal interno resulte ineficaz o incremente el riesgo de represalias, pero también se protege la revelación pública de la información cuando se advierte una amenaza inminente de interés general (Títulos II, III y V).

En noveno lugar, la norma consagra un principio de libertad de elección del modo de traslado de la información, que podrá transmitirse vía oral, presencial o a distancia, de forma escrita, mediante algún tipo de soporte digital e, incluso, de forma anónima, a elección de la persona informante (arts.7 y 17 LPI).

En décimo lugar, de conformidad a la estructura política de nuestro país, el sistema de información ha sido diseñado para alcanzar altos niveles de descentralización, mediante la habilitación de canales externos autonómicos de información y autoridades independientes autonómicas dotadas de similares competencias, que serán ejercidas en sus respectivos ámbitos territoriales, de conformidad con la distribución prevista en el art. 24 LPI, aunque también podrán ceder a la AAI el ejercicio de estas competencias, previa firma del correspondiente convenio (disposición adicional segunda LPI).

En undécimo lugar, la especialidad de los bloques normativos cuya vulneración persigue la adopción de la Directiva, estrechamente vinculados con la corrupción, exige dotar de independencia y autonomía a los canales de comunicación externa y a las entidades que apliquen el régimen sancionador (art. 42 LPI).

Por último, el objetivo del sistema de protección, que justifica la aprobación de la norma europea y su transposición en España, es garantizar la indemnidad de las personas que informan pues, en caso contrario, las personas que conocen una información en su entorno laboral tendrán fundados motivos para callar, al menos mientras se mantenga vigente la relación laboral o de otro tipo. La eficacia de la prohibición de represalias (art. 36 LPI), de las medidas de protección frente a estas (art. 38 LPI) y de las medidas de apoyo (art. 37 LPI) condicionarán decisivamente el efecto útil de la norma.

3. EL CANAL INTERNO EN EL SECTOR PRIVADO

3.1. Empresas obligadas

La obligación de implantar un sistema interno de información se proyecta sobre las empresas privadas, independientemente de la forma jurídica que adopten y sin que sea preciso que operen con ánimo de lucro. Sin perjuicio de lo anterior, con el objetivo de evitar la imposición de cargas excesivas a las pequeñas empresas, la letra a) del art. 10.1 LPI, interpretado en sentido contrario, excluye a las empresas de menor tamaño, esto es, las que emplean a cuarenta y nueve personas o a una cifra inferior. Aunque, como se afirma, en las pequeñas empresas no existe obligación de establecer canal interno de información, este tipo de empresas pueden también verse afectadas por las actuaciones de la AAI, cuando eventuales infracciones cometidas en su seno sean objeto de denuncia en el canal externo que administra aquélla. No obstante, estas empresas podrán establecer canales internos de denuncia si así lo desean, si bien se trataría de un supuesto de sumisión voluntaria por lo que, puesto en marcha el canal interno, la pequeña empresa se verá obligada a cumplir con todas las previsiones contenidas en la LPI en la recepción, gestión y tramitación de las informaciones (art. 10.2 LPI).

En la determinación del volumen de empleo de las empresas, la norma no parece tener en cuenta las peculiaridades del mercado de trabajo español, en el que operan numerosas entidades económicas especializadas en actividades de temporada y, por ello, su plantilla, en términos cuantitativos, sufre grandes oscilaciones a lo largo del año. Hubiera sido deseable que la norma legal estableciese un sistema de cálculo ponderado, fijase el momento en el que debe realizarse tal cálculo y determinase cómo actuar en los supuestos de descensos notables del volumen de empleo. Estas previsiones hubieran permitido trasladar a este tipo de empresas, y a las personas que prestan servicio en ellas, un mayor grado de seguridad jurídica.

En mi opinión, podría resultar algo forzada la interpretación analógica que tomase como referencia el sistema previsto en el art. 3 del Reglamento de los Planes de Igualdad[3]; sin embargo, en ausencia de normativa específica, puede que esta sea la solución más ajustada a derecho.

Como primera excepción a la regla general sobre volumen de empleo, la letra b del art. 10.1 LPI señala a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los actos de la UE en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente (I.B y II del anexo de la Directiva). Estas empresas, incluso cuando empleen a un número inferior a cincuenta personas, se verán afectadas por lo dispuesto en la LPI en las materias no reguladas en su normativa específica.

Como segunda excepción a la regla general sobre volumen de empleo, la letra c) del art. 10 LPI señala a los partidos políticos, a los sindicatos, a las organizaciones empresariales y a las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que perciban o gestionen fondos públicos. Estas organizaciones y fundaciones, incluso cuando empleen a menos de cincuenta personas, se verán afectadas por lo dispuesto en la LPI. Por el contrario, el resto de las organizaciones privadas financiadas con fondos públicos solo deberán crear un canal interno de denuncias cuando superen el umbral mínimo de empleo establecido en la ley.

3.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno

La norma responsabiliza directamente al órgano de administración de la empresa, previa consulta con la representación de las personas trabajadoras, de la puesta en marcha del canal interno de información (art. 5 LPI). Aunque la letra de la norma no hace referencia expresa, el precepto crea un nuevo supuesto de consulta al Comité de Empresa que, en ausencia de regulación específica, deberá someterse a los requisitos y exigencias previstas en el art. 64 ET[4]. Si, como se ha dicho más arriba, en cada empresa debe crearse un canal interno, en las empresas que posean más de un centro de trabajo la información y la consulta podrá instrumentarse ante el Comité Intercentros. En los supuestos en los que el convenio colectivo no prevea esta figura, cabría plantearse la posibilidad de constituir un órgano de consulta *ad hoc*, siguiendo las reglas de representatividad exigidas para la constitución de los Comités Intercentros (art. 63.3 ET).

[3] Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad (BOE 14 de octubre).

[4] Sobre la sustanciación de los procedimientos de información y consulta, Gómez Gordillo, R. "Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras" Temas Laborales, núm. 158/2021, pp. 161 a 182.

Para los supuestos de grupos de sociedades, el art. 11.1 LPI encomienda a la empresa dominante la responsabilidad del diseño de su propio sistema de información. Entre otras cuestiones, corresponde al órgano de dirección de esta decidir si unifica el canal interno y encomienda a dicho canal la gestión de las informaciones relativas a todas y cada una de las empresas del grupo. Alternativamente, la dirección de la empresa matriz puede decidirse por una opción multicanal y crear en cada una de las empresas del grupo un canal interno para la gestión de sus respectivas informaciones (art. 11.2 LPI). Mayores dudas interpretativas ofrece la posibilidad de establecer varios canales internos, cuyo ámbito de actuación se limite a un "subgrupo o conjunto de sociedades". A tales efectos, aunque el precepto hace referencia expresa a la posibilidad de asignar a una misma persona la condición de responsable del sistema en estos ámbitos intermedios, no extiende expresamente dicha alternativa respecto de la posibilidad de crear varios canales internos. En los supuestos de unificación del sistema de información, debe interpretarse que el procedimiento de información y consulta deberá materializarse con el comité de grupo, cuando dicho órgano de representación haya sido constituido. En caso contrario, el procedimiento de información y consulta deberá tramitarse con cada uno de los órganos de representación de las personas trabajadoras de las empresas del grupo.

Aunque la obligación de implantar y gestionar el sistema interno no es delegable, con carácter general, las empresas pueden contratar con un tercero las actividades de recepción de las informaciones, siempre que esta decisión no suponga menoscabo alguno de las garantías que exige la norma (art. 6 LPI). Por otra parte, las medianas empresas podrán optar por compartir los recursos necesarios para gestionar el canal interno de información (art. 12 LPI). Aunque el precepto hace exclusivamente referencia a las "personas jurídicas", no existe razón alguna para que las empresas propiedad de una persona física, siempre que su volumen de empleo se encuentre en el correspondiente umbral cuantitativo, accedan a esta posibilidad. La decisión de compartir los recursos debe garantizar que cada entidad cuente con un sistema independiente y diferenciado respecto de los sistemas internos del resto de las entidades u organismos que comparten los mismos recursos (art. 5.2.f y 10 LPI). En estos supuestos, parece interpretarse que es posible externalizar también las tareas de tramitación de las informaciones, si bien deberán respetarse las garantías establecidas en la norma legal.

Los órganos de administración de las empresas podrán confiar la responsabilidad de gestionar el sistema a una persona física o a un órgano colegiado. Corresponde también al órgano de administración de la empresa la tarea de designar y, en su caso, cesar a la persona física responsable o a quienes integren el órgano colegiado que asumirá las tareas de gestión (art. 8.1 LPI). En caso de que la responsabilidad de la gestión del sistema recaiga en un órgano colegiado, sus miembros designarán a la persona física que asumirá la responsabilidad de la tramitación de las informaciones (art. 8.2 LPI). Tanto el nombramiento como el

cese de la persona o personas responsables deben ser comunicados, en el plazo de diez días, a la AAI o, en su caso, a las agencias autonómicas (art. 8.3 LPI). En los supuestos de cese, la comunicación deberá incluir las razones que justifican dicha decisión. La responsabilidad, individual o plural, del sistema recaerá siempre en personal de la empresa que, a pesar de ello, deberán actuar con independencia de su órgano de administración. Cuando por razones materiales no sea posible la dedicación a esta actividad en exclusiva, estas personas podrán realizar otras funciones en la empresa, siempre que se garantice la inexistencia de conflicto de intereses entre las distintas tareas. Aunque nada dice la norma sobre este particular, no existe obstáculo legal que impida que el comité de empresa designe a una o a varias de las personas que integran el órgano colegiado responsable del sistema de información, opción que incrementaría la credibilidad del sistema.

3.3. Procedimiento de gestión de las informaciones

El art. 9.1 LPI encomienda también al órgano de administración de la empresa la competencia para aprobar el procedimiento de gestión de informaciones en el canal interno. Sin perjuicio de lo anterior, las previsiones contenidas en este precepto, y en algunos otros pues en este apartado la norma no resulta particularmente metódica, constituyen un modelo de mínimos que podrá ser obviamente mejorado por la empresa. Aunque tampoco en este caso se hace referencia a la participación del comité de empresa, nada impide que, durante el procedimiento de información y consulta, se alcance un acuerdo sobre esta materia entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras en la empresa. En ausencia de acuerdo sobre este particular, la empresa adoptará la decisión correspondiente de manera unilateral.

El art. 9.2 LPI impone a las empresas la obligación de publicitar suficientemente la estructura del sistema de información, de manera que la persona informante pueda identificar con claridad el canal de información al que debe dirigirse. El procedimiento de recepción debe prever el traslado de informaciones de forma escrita u oral, y por cualquier tipo de medio material que garantice la integridad de su contenido (art. 7.2 LPI). No se hace necesaria la comparecencia física de la persona informante, ni siquiera en los supuestos de transmisión oral, pues también debe admitirse la transmisión mediante cualquier canal de telefonía o de mensajería de voz. La necesidad de documentar las informaciones trasmitidas por vía oral, hayan sido realizadas de manera presencial o mediante otras fórmulas, obliga al responsable del sistema a solicitar el consentimiento de la persona informante para grabar, en un formato seguro, duradero y accesible, o a transcribir la conversación. En este segundo caso, se ofrecerá a la persona informante "la oportunidad de comprobar, rectificar y aceptar mediante su firma la transcripción de la conversación". Por último, el art. 7.3 LPI obliga a las empresas a establecer medios adecuados para recibir y tramitar informaciones de origen anónimo.

En la misma lógica de fomento, se obliga a las empresas a informar sobre la existencia de canales externos de información, acusar recibo de las informaciones vertidas en el canal interno y concluir la gestión de las solicitudes en plazos razonables, cuya duración máxima debe ser conocida y nunca superior a tres meses, ampliables por otros tres en supuestos excepcionales (art. 7 LPI). El procedimiento de información debe posibilitar también que la persona informante proceda a ampliar la información trasladada en un primer momento, cuando se considere necesario (art. 9.2 LPI). Desde la vertiente contraria, el procedimiento de información debe garantizar que las personas a quienes se les atribuyen acciones u omisiones objeto de información sean convenientemente informadas sobre el contenido de la denuncia, en tiempo y forma adecuados, asegurar que se respeta su presunción de inocencia y que se les facilita el correspondiente trámite de audiencia (letra f art. 9.2 LPI).

De mayor complejidad interpretativa resultan las previsiones normativas relativas a la gestión de la información recibida pues, más allá de las obligaciones de confidencialidad, la norma es oscura a la hora de determinar qué tareas de comprobación o investigación debe poner en marcha la empresa y a qué personas correspondería hacerlo. De un lado, el art. 8.2 LPI se refiere a la tramitación de "expedientes de investigación"; de otro lado, el art. 8.4 LPI obliga a las empresas a facilitar al responsable del sistema los medios personales y materiales necesarios para llevar a cabo sus funciones. En resumidas cuentas, en términos laborales, la investigación de la información se concretaría en una suerte de expediente contradictorio, que corresponderá instruir al responsable del sistema, aunque hubiera sido preferible un mayor grado de concreción.

Por otra último, la letra j) del art. 9.2 LPI obliga al responsable del sistema, cuando existan indicios de la comisión de algún delito, a informar inmediatamente al Ministerio Fiscal, o a la Fiscalía de la Unión Europea cuando se vean afectados los fondos europeos. Sorprende que en este punto el legislador español haya olvidado imponer la obligación de informar a las autoridades administrativas correspondientes, como es el caso de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, cuando existan indicios de que se han cometido infracciones administrativas graves o muy graves.

3.4. Protección de datos

El objetivo fundamental de los canales internos de información es generar un entorno seguro para la persona informante, pero también para las personas que pueden verse afectadas por el contenido de la información (art. 5.1 LPI). Por ello, el sistema de información debe garantizar la confidencialidad sobre la identidad del informante y de cualquier persona mencionada en la comunicación (arts. 5.2 y 31.2 LPI). A tales efectos, los arts. 29 a 34 LPI regulan los estándares de protección de datos que deberán ser objeto de observancia por las personas que participen en

el procedimiento de información y, en particular, por las personas responsables de este.

En primer lugar, la norma declara aplicable a las informaciones vertidas en el canal interno la normativa reguladora de la protección de datos contenida en el Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2026, en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales y en la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para finas de prevención, detección investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Adicionalmente, el art. 30 LPI considera lícitos los tratamientos de datos que permitan dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la norma, con los límites establecidos en el art. 32.2, 3 y 4 LPI y el art. 32.1 LPI enumera las personas que podrán tener acceso a los mismos[5].

Por último, el art. 33 LPI reconoce el derecho de la persona informante a que se guarde el máximo sigilo sobre su identidad, de manera que no pueda ser revelada a terceras personas salvo en el marco de una investigación penal, administrativa o disciplinaria. En tales supuestos, la persona informante tiene derecho a ser notificada de la revelación de su identidad a terceros y sobre los motivos de dicha actuación. En la misma lógica, deberá preservarse la identidad de las personas afectadas por la información y de aquellas otras que hubieran sido objeto de mención.

4. EL CANAL INTERNO EN EL SECTOR PÚBLICO

4.1. Entidades obligadas

El art. 13 LPI obliga a crear un canal interno de información en todas las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) y en todos los organismos y entidades dependientes de estas, en las Universidades Públicas, en las corporaciones de derecho público y en los órganos constitucionales. Adicionalmente, las empresas y fundaciones de capital mayoritariamente público quedan obligadas a establecer un sistema interno de información, incluso cuando empleen a menos de cincuenta personas (art. 13.1.g LPI). En suma, el conjunto del sector público, en sentido amplio, se ve afectado por las obligaciones contenidas en la LPI.

[5] En materia de protección de datos, véase Cardona Rubert, M. B. "Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; VV.AA. "Protección de datos: comentarios a la LOPD y su reglamento de desarrollo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

La obligación de crear un canal interno se extiende a la propia AAI y a las correspondientes entidades autonómicas, quienes deberán crear y gestionar dos canales de información: un canal interno que tramitará los incumplimientos normativos que se produzcan en el seno de su propia organización y un canal externo que gestionará las comunicaciones que reciba con relación a los incumplimientos normativos que se produzcan en el sector público y privado sometido a su competencia territorial (art. 13.3 LPI).

4.2. Responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno

La responsabilidad de la implantación y de la gestión del canal interno en el sector público corresponde al órgano de gobierno de cada entidad u organismo obligado (art. 5.1 LPI). La literalidad de la norma parece indicar que la administración general del estado establecerá un único canal interno, conclusión que también alcanza a cada una de las administraciones autonómicas, que deberán crear sus correspondientes canales internos. La misma obligación afecta a las universidades públicas, que no podrán establecer canales de información en estructuras inferiores (facultades o escuelas). No obstante, las entidades con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las distintas AA.PP., que individualmente consideradas ocupen a menos de cincuenta personas podrán también compartir recursos, en este caso solo con la administración de adscripción (art. 14.1 LPI). En segundo lugar, los municipios que censen a una población inferior a diez mil habitantes pueden crear su propio sistema interno u optar por compartir recursos con otra administración de la misma comunidad autónoma (art. 14.2 LPI). En ambos supuestos, los órganos de gobierno de cada entidad u organismo deberán garantizar la independencia y diferenciación de los canales de información (art. 14.3 LPI). Por otra parte, la regulación de la responsabilidad de la gestión de los sistemas de información no posee perfiles propios en el sector público, por lo que me remito a lo dicho en el apartado 3.2 del presente trabajo.

Por lo que respecta a la posibilidad de externalizar la gestión del sistema de información, el art. 15 LPI establece una regla especial para el sector público, conforme a la cual solo podrá acordarse por el correspondiente órgano de gobierno previa acreditación de insuficiencia de medios propios (art. 116.4. f Ley de Contratos del Sector Público), si bien, en tales supuestos, únicamente se podrá externalizar la recepción de las informaciones, permaneciendo las tareas de tramitación en el ámbito de la correspondiente entidad pública.

4.3. Procedimiento de gestión de las informaciones

Aunque el procedimiento de gestión de las informaciones, salvo lo dicho en el apartado anterior, recibe una regulación común para los ámbitos públicos y privados, respecto del ámbito público quizás hubiera sido conveniente unificar el procedimiento de gestión de las informaciones, sometiendo los canales internos a

las mismas exigencias que los arts. 17 a 20 LPI establecen para el canal externo. Dicho procedimiento se divide en cuatro fases (recepción, admisión, instrucción, y terminación) que configuran un típico procedimiento administrativo y que es objeto de análisis pues nada obsta para que, tanto en el sector público como en el privado, los sujetos responsables acuerden replicarlo en sus respectivos ámbitos.

La regulación de la fase de presentación resulta muy similar a la establecida para el canal interno, aunque en el caso del canal externo la regulación adquiere mayor detalle y garantías (art. 17 LPI). Las informaciones recibidas deben ser objeto de registro en una base de datos "segura y de acceso restringido". El expediente se identificará con un código y contendrá la fecha de recepción, las actuaciones desarrolladas, las medidas adoptadas y la fecha de cierre (art. 17.3 LPI).

Una vez creado el registro correspondiente, el art. 18 LPI detalla un trámite de admisión, mediante el cual, y tras un análisis preliminar, podrá determinarse la finalización del procedimiento en distintos supuestos (cuando los hechos denunciados queden al margen del ámbito de la LPI, cuando carezcan de verosimilitud, cuando ya hayan sido objeto de resolución previa y no aporten informaciones novedosas y relevantes y cuando existan indicios razonables de haberse obtenido mediante la comisión de un delito, supuesto este último en que se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal). En caso de que no concurra ninguna de las circunstancias precedentes, la información será objeto de admisión a trámite. En esta ocasión, la letra d) del art. 18.2 LPI sí obliga a la AAI a remitir "la comunicación a la autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación", lo que en materia laboral significaría abrir la puerta a la participación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Admitida la denuncia, el art. 19 LPI regula la instrucción que deberá realizarse y que correrá paralela, en su caso, a los procedimientos administrativos que podrán iniciarse tras el respectivo traslado a las autoridades competentes, según se ha dicho más arriba. La instrucción, dice el art. 19.1 LPI, "comprenderá todas aquellas actuaciones encaminadas a comprobar la verosimilitud de los hechos relatados", es decir, tras superar el análisis preliminar, se profundizará en el esclarecimiento de los hechos mediante las actuaciones que en cada caso corresponda. En esta fase procedimental se permitirá también a las personas presuntamente responsables el acceso al expediente, con ocultación de los datos que pudieran permitir la identificación de la persona informante, y la presentación de alegaciones en defensa de sus intereses, mediante un trámite de audiencia.

Por último, concluida la fase de instrucción, las actuaciones se darán por terminadas mediante un informe que, como contenido mínimo, incluirá un relato de los hechos, enumerará las actuaciones realizadas y aportará unas conclusiones (art. 20 LPI). Tras la emisión del informe, y a partir de las conclusiones, el responsable del sistema adoptará uno de los siguientes acuerdos: archivo del expediente, remisión al Ministerio Fiscal, a la Fiscalía Europea o a la autoridad competente.

En el caso de los canales internos, la finalización del expediente podrá también determinar la imposición de las correspondientes sanciones disciplinarias.

4.4. Protección de datos

No existen especialidades en la regulación de esta materia respecto del sector público, por lo que me remito a lo dicho en el apartado 3.4. de este mismo trabajo.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

5.1. La pertenencia al entorno laboral

La exposición de motivos de la LPI hace referencia a la especial posición de las personas que prestan servicios por cuenta ajena en una empresa para conocer las infracciones normativas cuya denuncia es objeto de promoción. Sin embargo, la LPI señala como objeto de protección a personas que pueden mantener con la empresa distintos tipos de relaciones, no siempre encuadrables dentro del concepto legal de trabajo por cuenta ajena, tal como es definido por los artículos 1.1 ET y 1 EBEP. Para ello, la LPI se ve obligada a hacer referencia a un nuevo concepto "contexto laboral o profesional" para delimitar los elementos que definen el concepto de persona informante.

A tales efectos, el art. 3 LPI establece el ámbito subjetivo de aplicación del sistema de protección. En primer lugar, la letra a) del art. 3.1 LPI señala a las personas que "tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena". Ya se ha señalado anteriormente la deficiencia técnica observada en este punto, pues los empleados públicos bajo régimen laboral poseen la condición de trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, este discutible manejo de los conceptos jurídico-laborales se reitera en otros apartados en este mismo precepto. En primer lugar, la letra c) del art. 3.1 LPI incluye, entre otras, "a las personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa, incluyendo a los miembros no ejecutivos". Pues bien, conviene recordar que el art. 1.3.c) ET, interpretado en sentido contrario, considera trabajadores por cuenta ajena a las personas que además de formar parte de estos órganos realicen en la empresa otras actividades no inherentes a dicho cargo. Por lo tanto, estas personas ya estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la norma, en aplicación de la letra a) del art. 3.1 LPI.

En segundo lugar, la letra d) del art, 3.1 LPI hace referencia a la "persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores". Puede interpretarse que el término "trabaje para" se refiere a personas que realizan trabajo por cuenta propia y que "bajo la supervisión y dirección" hace referencia a personas que realizan trabajo por cuenta ajena, aunque existen

formas menos oscuras de vincular a las personas que trabajan por cuenta propia o ajena para empresas contratistas o subcontratistas de la principal. Además, en la disciplina jurídico-laboral, los proveedores son una especie del género contratas y, por tanto, su cita expresa incurre en reiteración innecesaria. Pero el error más grave en que incurre este art. 3.1 LPI, en mi opinión, es la ausencia de relación precisa entre la condición contractual de todas las personas que enumera en sus distintas letras y la empresa en la que se producen los hechos objeto de información.

Con mejor criterio, el art. 3.2 LPI sí vincula la obtención de la información con la relación laboral, administrativa o autónoma ya extinguida que la persona denunciante desarrolló directa o indirectamente para la empresa denunciada. Ahora bien, el art. 3.2 LPI hace referencia a una serie de supuestos de distinta naturaleza sin que sea posible entender la razón de su agrupación en un mismo precepto y apartado. De un lado, señala a personas que realizan voluntariado y disfrutan de becas, actividades que no se desarrollan mediante una relación de trabajo por cuenta ajena. De otro lado, sorprende la referencia a "trabajadores en periodos de formación", personas que inequívocamente mantienen con la empresa una relación de trabajo por cuenta ajena y, por ello, ya deben estar incluidas en el primer inciso de este artículo o, si no han finalizado su contrato, en la letra a) del art. 3.1 LPI. Por último, el art. 3.2 LPI hace referencia a las informaciones recibidas durante los procesos de selección de personal y, al menos así creo que debe interpretarse, con posterioridad no son contratados por la empresa.

Finalmente, los apartados 3 y 4 del art. 3 LPI, de manera innecesaria por redundante, hacen referencia a otros colectivos ya incluidos en el ámbito de protección de la norma. En primer lugar, en mi opinión no es necesaria ninguna referencia expresa a los "representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante" porque son trabajadores de la empresa a todos los efectos. En segundo lugar, "las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso", como se verán en el apartado posterior, serán trabajadores por cuenta ajena de la empresa o, en caso de externalización, personas que prestan servicio por cuenta propia o por cuenta de una contratista de la empresa principal. En tercer lugar, los compañeros de trabajo de la persona que informa se encuentran en la misma situación laboral que estas personas y, por tanto, ya están incluidos en el sistema de protección. En cuarto lugar, la referencia a los familiares del denunciante resulta extraña porque, si forman parte del mismo entorno laboral que éste, deben entenderse incluidas en los apartados previos, pero si no forman parte del entorno laboral, no se entiende de qué forma pueden ser objeto de represalias por parte de la empresa. Por otra parte, no se señala hasta donde alcanza la noción de familiar en este caso, esto es, si incluye o no a los familiares por afinidad y hasta qué grado. Por último, la referencia a las personas jurídicas, contenida en la letra c) del art. 3.4 LPI puede resultar de interés, siempre que sea posible establecer algún tipo de relación económica entre la empresa en la

que se produce la infracción y la persona jurídica que eventualmente podría sufrir represalias pues, en caso contrario, no se adivina qué ha motivado al legislador a extender a este supuesto la protección.

5.2. El contenido de la información

La norma europea, en aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5 Tratado de la UE), limita el ámbito material del sistema de protección a la denuncia de infracciones del Derecho de la Unión (art. 1 de la Directiva) aunque, en la práctica, este primer acercamiento generalista y omnicomprensivo es inmediatamente desmentido vía art. 2 de la Directiva, en virtud del cual el ámbito material de la norma se limita a las infracciones de las normas que regulan una serie de materias[6] y, en particular, a los incumplimientos del bloque normativo europeo sobre protección de los intereses financieros de la UE y del mercado interior.

Por su parte, como se ha dicho ya, la LPI ampara un mayor número de incumplimientos legales pues, además de las materias más arriba enumeradas, los canales de información tramitarán informaciones relativas a la violación de otros bloques normativos de derecho interno. En primer lugar, el 1 LPI señala como finalidades de la norma española todos los comportamientos contrarios a la regulación de determinadas materias, tanto las acciones como las omisiones, especificación que, si bien puede entenderse incluida en el concepto "infracciones" contenido en el art. 1 de la Directiva, desde la perspectiva española contienen un enfoque pedagógico que resulta más completo y adecuado.

En segundo lugar, aunque la finalidad inmediata de la norma española es proteger a las personas que informan, según se explicita en el art. 1.2 LPI, se pretende también el fortalecimiento de la cultura de la información sobre incumplimientos legales y de la integridad de las organizaciones, como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público. En este punto, el cambio cultural resulta de enorme trascendencia, porque refuerza la protección del interés general frente al interés particular de las organizaciones, señalando a la persona trabajadora la opción correcta, en caso de que sendos intereses entren en disputa. Es cierto que, entre nosotros, el artículo 5 ET limita el alcance del deber de obediencia que obliga a las personas trabajadoras a las instrucciones transmitidas por la empleadora en el marco del ejercicio regular de sus facultades directivas, por lo que la vulneración de las normas aplicables se situaría extramuros de dicho deber. Sin embargo, la aplicación por la jurisprudencia del principio *solve et repete*, la inmediatez con

[6] Resumidamente: contratación pública, mercados financieros, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, seguridad de los productos, seguridad del transporte, protección del medio ambiente, seguridad nuclear, seguridad de los alimentos y bienestar animal, salud pública, protección de los consumidores y protección de datos personales.

la que se transmiten las órdenes empresariales y se espera su cumplimiento, las carencias que sobre el conocimiento de la normativa vigente puede albergar la persona trabajadora y, en particular, la ausencia de canales seguros de denuncia no favorece la colaboración de las personas trabajadoras. En la misma línea, la doctrina constitucional sobre la modulación del ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa, que lógicamente afecta a los derechos de libertad de expresión y libertad de información de las personas trabajadoras sobre materias a las que ha tenido acceso en el entorno laboral, no incentiva la cultura de la información sobre incumplimientos legales que ahora se pretende promocionar[7]. En definitiva, en mi opinión, la LPI debe servir para aportar seguridad jurídica a las personas trabajadoras que, en caso de aprobación y en los términos que más adelante se detallarán, podrá informar sobre determinadas infracciones legales cometidas en el marco de la organización en la que presta servicios con mayores garantías.

En tercer lugar, el art. 2.1.b LPI amplía el ámbito de protección al conjunto de las infracciones penales y a las infracciones administrativas de carácter grave y muy grave y, particularmente, las que impliquen quebranto para la hacienda pública y la seguridad social españolas. En este punto, la norma puede incorporar alguna duda interpretativa, en torno al ámbito del sistema de protección. En concreto, conviene aclarar si la norma española se mantiene dentro de los límites teleológicos de lucha contra el fraude fiscal en sentido amplio y, en consonancia con la norma europea, se limita a extender a las financias internas el marco de protección que la diseñado originariamente respecto de las financias de la UE. En la tesis reduccionista, el menoscabo de los fondos públicos se convertiría en clave de arco y llave de acceso al canal de denuncias. La articulación del sistema de garantía de los derechos de las personas trabajadoras dependería de que el acto denunciado pretenda menoscabar efectivamente los fondos públicos europeos o españoles. En caso contrario, por más que el incumplimiento de las normas laborales resulte flagrante, la persona trabajadora no podría hacer uso de este específico sistema de protección. Por el contrario, en mi opinión, se impone una interpretación extensiva, a partir de la propia letra de la norma, según la cual la LPI permitiría denunciar cualquier incumplimiento tipificado en las normas penales y administrativas, independientemente de su repercusión sobre los fondos públicos. La referencia a los fondos públicos, que viene precedida de la expresión "en todo caso", mostraría la especial preocupación del legislador, pero no puede ser interpretada en términos de exclusión del resto de tipos penales y administrativos que no provoquen o puedan provocar tales efectos.

En cuarto lugar, el art. 2.3 LPI advierte que el sistema de protección que es objeto de regulación no puede obrar en detrimento de la protección específica que

[7] Serrano García, J. M. "Actualización de jurisprudencia en el derecho a la libertad de expresión e información en la empresa", Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos nº 4, 1995, páginas 437 a 450.

las normas españolas ya ofrecen en materia de prevención de riesgos laborales. Nuevamente, aunque la advertencia legal puede considerarse innecesaria, por cuanto la interpretación contraria resultaría excesivamente forzada, la previsión normativa permite dotar de mayor convicción a la interpretación extensiva que ha sido objeto de desarrollo en el párrafo precedente. Si la propia norma, de manera literal, prevé que las personas trabajadoras puedan denunciar incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, materia parcamente conectada con la defraudación de recursos públicos, debe interpretarse que es dable hacer uso de los canales de denuncia sobre cualquier bloque normativo, al margen de su proyección sobre la hacienda pública o la seguridad social. Aunque en este caso, la letra del precepto no hace referencia expresa a la gravedad de las infracciones, considero que también en materia de prevención de riesgos solo serán objeto de información las infracciones graves y muy graves.

5.3. La elección del canal de información

En la misma lógica de lo establecido por la Directiva, la norma española concede al canal interno la condición de instrumento de uso preferente (art. 4 LPI). El legislador pretende que la empresa, en términos cronológicos, sea la primera en conocer la posible irregularidad (art. 5.2.e LPI), al objeto de que el comportamiento irregular cese de inmediato y puede sancionarse a los responsables. Sin perjuicio de lo anterior y teniendo en cuenta la especialidad del ámbito laboral y de las relaciones que se desarrollan en su seno, el legislador deja en manos de la persona que denuncia la valoración sobre los niveles de efectividad y el riesgo de represalias que operan en el canal interno de información, permitiéndole eludir el sistema de preferencia si a su juicio el balance no resulta positivo (art 4.1 LPI). Adicionalmente, aunque la norma no prevé expresamente esta eventualidad, es obvio que en las empresas en las que no exista canal interno de denuncia, por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la propia norma o por tratarse de empresas de pequeño tamaño, la opción del canal externo se convierte en la opción preferente, pues la revelación pública solo debe accionarse en supuestos excepcionales, como se dirá más adelante. En resumen, en los términos en los que se expresa la norma, estaríamos ante un sistema de preferencia débil, que no impone una obligación cierta de acudir en primer lugar al canal interno de información, ni establece fórmulas de subsidiariedad sobre el canal externo. Por el contrario, la utilización de sendos canales puede ser alternativa, pero también acumulativa (art. 16.1 LPI).

5.4. La revelación pública

La implantación de canales internos y externos de información no puede ser un elemento que contribuya a limitar el derecho de libertad de expresión contenido en el art. 20 CE, que puede ser ejercitado dentro y fuera del entorno laboral. Por ello,

el art. 19.2 LPI exime del cumplimiento de las condiciones señaladas más arriba a quienes con respeto a las normas de desarrollo de dicho derecho fundamental hayan puesto en conocimiento de los medios de comunicación la correspondiente información[8]. En términos técnico-jurídicos, el contenido de los apartados 1 y 2 del art. 19 LPI se antoja manifiestamente mejorable.

Desde la perspectiva aplicativa, considero que el régimen jurídico del ejercicio del derecho de libertad de expresión e información de las personas trabajadoras no se ve recortado en ninguna media, antes, al contrario, cuando se ejercita dentro de los límites establecidos en el art. 28 LPI, recibirá la protección adicional contra las represalias que ofrece la nueva norma. En concreto, cuando se hubiera hecho uso de los canales interno y externo, o solo externo, sin que se hayan adoptado medidas apropiadas, o cuando la persona informante tenga motivos razonables para desconfiar de la eficacia del canal externo. Con respecto a esta segunda circunstancia, la norma enumera una serie de motivos que, a modo de lista no cerrada, pueden justificar la decisión de hacer pública la información, como el peligro inminente o manifiesto para el interés público (situaciones de emergencia, riesgo de daños irreversibles, peligro para la integridad física), el riesgo represalias, de ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o su implicación en la infracción.

Dicho lo anterior, el ejercicio del derecho de libertad de expresión en la empresa puede materializarse al margen de estas previsiones, es decir, sin respetar los límites que, para el despliegue del sistema de protección previsto en la LPI, establece su art. 28. Es cierto que, en tales supuestos, la persona informante no podrá acogerse a dichas medidas, pero esto no determina por sí solo la irregularidad de su actuación. Al respecto, la más reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que, aunque la protección de los intereses empresariales constituye un objetivo legítimo que puede justificar la limitación de la libertad de expresión de las personas trabajadoras en la empresa, solo cabe imponer tales limitaciones cuando sean necesarias. Para determinar en qué casos se cumple este requisito, es preciso el análisis, caso por caso, del contexto en el que se produce la revelación pública de la información, auxiliándose de los denominados "criterios Guja" (la disponibilidad de canales internos, el interés público de la información, la veracidad de la información, el perjuicio causado al empleador, la buena fe en el proceder del trabajador y la severidad de la sanción)[9].

[8] Aunque, en mi opinión, erróneamente el art. 19.2 LPI hace referencia a la "prensa", considero que dicho precepto resulta igualmente aplicable a cualquier medio de comunicación.

[9] STEDH de 14 de febrero de 2023, asunto Halet vs. Luxemburgo. Para un comentario de dicha sentencia, Gómez Gordillo, R. "Libertad de expresión y protección de la persona informante en el ámbito laboral (El asunto Halet y los criterios Guja)", Briefs AEDTSS 7, 2023.

6. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN

6.1. Condiciones de acceso al sistema de protección

Las medidas de protección son un elemento clave para el éxito del sistema de información que la norma sobre informantes pretende poner en marcha. El clima de seguridad que estas medidas puedan generar en los entornos laborales determinará la eficacia del mecanismo articulado en torno a la promoción de denuncias sobre las infracciones y delitos objeto de regulación. Por ello, el contenido de su Título VII cobra especial interés, en particular por lo que se refiere a las "condiciones de protección" (art. 35 LPI) que dan acceso al disfrute del sistema de garantías. Nuevamente en este apartado la norma incurre en contradicciones e insuficiencias que anuncian problemas aplicativos que restarán credibilidad y eficacia al sistema.

En primer lugar, el precepto resulta aplicable tanto a las personas que utilicen los canales de información, internos o externos, como a las que revelen públicamente la información. En la medida en que la posible repercusión que sobre el patrimonio de intereses de la persona o personas objeto de información depende directamente del medio de revelación utilizado, en mi opinión, carece de lógica someter a las personas informantes a los mismos requisitos de acceso a la protección. Si estos requisitos tienen como objetivo perseguir el uso desviado de estos sistemas, la regulación debiera tener en cuenta que si los canales de información funcionan correctamente no ha de producirse daño reputacional alguno, por lo que las "condiciones de protección" únicamente debieran aplicarse en los supuestos de revelación pública.

En todo caso, entre las limitaciones al acceso al sistema de protección, la exigencia de un mínimo de verosimilitud y de que la información afecte a incumplimientos incluidos en el ámbito de la norma no plantean especiales complicaciones (art. 35.1 LPI), siempre que los intérpretes tengan en cuenta que no resulta exigible que la persona denunciante sea experta en derecho, ni puede exigírsele tampoco que realice trámite investigador alguno para acceder a la verdad material de los hechos objeto de información. En otras palabras, el sistema de protección debe desplegarse para proteger los derechos de toda persona que actúe de buena fe, en la creencia de que los hechos se integran en el marco establecido por la norma, por más que en sendos supuestos la información deba ser objeto de inmediato archivo.

Mayor complejidad presentan los requisitos establecidos, en términos negativos, por el art. 35.2 LPI. En primer lugar, las medidas de protección no serán aplicables a informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por el canal interno de información "o por alguna de las causas previstas en el art. 18.2.a)". Nuevamente, aparecen problemas de técnica jurídica, pues debe recordarse que la regulación del canal interno no prevé procedimiento

alguno de inadmisión y que, por otro lado, las causas a las que hace referencia el precepto son precisamente las que permiten inadmitir la información en el canal externo. Adicionalmente, el legislador parece olvidar que el art. 16.1 LPI permite la presentación de denuncias ante el canal externo ya presentadas previamente en el canal interno. Parece lógico interpretar que, si la información cumple con el resto de los requisitos, el canal externo debe tramitarla, porque ha sido rechazada indebidamente por el canal interno.

En segundo lugar, la letra d) del art. 35.2 LPI se refiere a informaciones "que se refieran a acciones u omisiones no comprendidas en el artículo 2", previsión que parece una reiteración innecesaria de la exclusión contenida en la letra a) del artículo 35.1 LPI "y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de esta ley".

En tercer lugar, se excluyen las informaciones disponibles públicamente o que constituyan meros rumores (art. 35.2.c LPI). Con relación al conocimiento público, la norma se refiere a su "disponibilidad", pero conviene tener presente que existe mucha información disponible públicamente que no es objeto de general conocimiento y que, por tanto, puede ser ignorada por la persona que informa. De otro lado, si la norma considera adecuado ofrecer protección por la aportación de informaciones de las que no se posee pruebas concluyentes (art. 35.1.a LPI), no tiene sentido privar de la misma a quienes apoyen su información en meros rumores, pues la línea divisoria entre ambos conceptos ofrece un amplio margen interpretativo, que puede actuar en detrimento del carácter promocional que vertebra la normativa europea y española.

En cuarto lugar, se excluyen las informaciones "vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación". En este punto, la norma parece olvidar que este tipo de conflictos, cuando provocan incumplimientos de las normas penales y administrativas afectan al interés general, por lo que la previsión normativa resulta innecesaria por redundante. Por otra parte, en materia laboral, los incumplimientos normativos pueden afectar a un grupo, a una pluralidad o a una persona trabajadora. En el último supuesto, podría interpretarse que estamos ante conflictos interpersonales y, por tanto, estas informaciones quedarían al margen de la protección del sistema, salvo que la persona informante fuera otra, interpretación que, por absurda, debe rechazarse.

6.2. La prohibición de adoptar represalias

El art. 36 LPI prohíbe los actos u omisiones contrarios a la ley, las amenazas y los tratos desfavorables en el contexto laboral o profesional, que traigan causa de la condición de persona informante. Nuevamente el precepto resulta manifiestamente mejorable, en particular por lo que se refiere a la prohibición de incumplir la ley. En todo caso, la prohibición de adoptar represalias se concreta en el veto a una

serie de decisiones empresariales que, a título enunciativo, aparecen en el art. 36.3 LPI, entre las que se echa en falta la extinción del contrato durante el periodo de prueba. Como en otros supuestos, las enumeraciones a título ejemplificativo resultan incompletas y requieren una cláusula de cierre. En esta ocasión, esta función puede desempeñarla la letra g del art. 36.3 LPI, cuando se refiere a la prohibición de toda discriminación, trato desfavorable o injusto.

Pero las prohibiciones que se proyectan sobre las decisiones unilaterales de la empleadora no han ido acompañadas de modificaciones de los preceptos concordantes del ET, omisión que genera serias dudas sobre los efectos que estos vetos producirán sobre aquellas decisiones, en particular sobre la naturaleza de los despidos que contravengan la prohibición de represalias. En la materia, la jurisprudencia sostiene que la extinción de un contrato de trabajo "no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato especifico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre despido colectivo, concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela)"[10]. La tesis de la improcedencia de los despidos en represalia encontraría cierto apoyo en la previsión contenida en el art. 36.5 LPI, que declara nulos de pleno derecho los actos administrativos de represalia, pero no hace referencia expresa a similares actuaciones eventualmente protagonizadas por un empresario. Con ello, se establecería una diferencia de trato, en mi opinión injustificada, entre los ámbitos públicos y privados. A favor de la tesis de la nulidad, podría plantearse la asimilación de la actividad de informar al acto de reclamación ante la jurisdicción laboral, con ello, la persona informante sería objeto de protección por el art. 24 CE. En todo caso, no es exagerado afirmar que, por lo que respecta al ámbito laboral, la eficacia del sistema de protección quedaría enormemente debilitada si su acción se circunscribe a garantizar la percepción de la indemnización tasada por despido improcedente. En mi opinión, si el art. 36 LPI tiene como objetivo garantizar la indemnidad de la persona informante frente a las represalias, la prohibición de despedir debe mejorar la protección ordinaria que establece el ET por despido improcedente y, con ello, conducir a la nulidad de las decisiones que tengan por objeto incumplir el mandato legal. En caso contrario, respecto de estas personas, el sistema de protección diseñado por el legislador resulta materialmente inútil y jurídicamente innecesario.

En términos temporales, la prohibición se extiende por un periodo de dos años (art. 36.4 LPI), que podrá ampliarse, de manera excepcional y de forma justificada, y siempre previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados. En esta materia no se comparte la limitación temporal de la adopción de represalias que, por su propia condición y naturaleza, no debieran producirse en ningún momento.

[10] Entre las más recientes, STS 841/2022, de 19 de octubre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3834.

Entre las medidas de protección contra las represalias (art. 38 LPI), a las que las personas informantes tendrán derecho cuando se haya vulnerado la prohibición de represalias, destaca la inversión de la carga de la prueba, a la que hace referencia el art. 38.4 LPI, si bien esta previsión no parece que tenga particular interés en el ámbito laboral, en cuyos procesos judiciales, habitualmente, corresponde a la empleadora acreditar la veracidad de las causas que motivan sus decisiones unilaterales. Por lo demás, las medidas de protección se concretan en la imposibilidad de reclamar responsabilidades a las personas informantes y a las representantes de las personas trabajadoras, siempre que su actuación se ajuste a lo establecido en la LPI y salvo siempre que se haya accedido a tales informaciones mediante la comisión de un delito.

6.3. Las medidas de apoyo

Corresponde a la AAI y a las agencias autonómicas, la instrumentación de medidas de apoyo que, en la práctica, consistirán en asesoramiento, asistencia jurídica en los procesos penales y civiles y, de manera excepcional, apoyo financiero y psicológico (art. 37 LPI). En paralelo, las personas informantes, cuando sean partícipes de los hechos objeto de información, podrán ser eximidos, total o parcialmente, de responsabilidad administrativa cuando se cumplan determinados requisitos (cese en el incumplimiento normativo, colaboración plena y resarcimiento del daño), por aplicación de lo dispuesto en el art.40 LPI.

7. EL RÉGIMEN SANCIONADOR

La potestad sancionadora será ejercitada por la AAI y por las agencias autonómicas con sujeción a las normas de procedimiento administrativo[11], de manera autónoma y, en su caso, concurrente con el régimen disciplinario que puedan ejercer las empresas y administraciones en cuyo seno se produzca la correspondiente infracción (art. 61 LPI). La responsabilidad en este caso se extiende a las personas, físicas y jurídicas, previsión que será igualmente aplicable a las personas responsables una vez finalice su relación con la respectiva entidad (art. 62 LPI).

El catálogo de infracciones se inicia con la tipificación de las consideradas muy graves (limitación efectiva de los derechos y garantías previstos en la LPI, incluida la obligación de poner en marcha el canal interno, obstaculización de la presentación de informaciones, adopción de represalias y vulneración del deber de confidencialidad, secreto y anonimato). Tras una primera lectura del precepto

[11] Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre) y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre).

pudiera concluirse que todas las vulneraciones de los mandatos legales son tipificadas como infracciones muy graves, sin embargo, el art. 63.2 LPI tipifica como graves los mismos comportamientos "cuando no tengan la consideración de muy grave" y, el apartado 3 del mismo precepto, además de la transmisión de información incompleta o fuera de plazo y la ausencia de colaboración, considera infracciones leves los incumplimientos no tipificados "como infracciones graves o muy graves". En suma, en mi opinión, el catálogo de infracciones que contiene la norma vulnera el principio de tipicidad, genera una gran inseguridad jurídica y pone en riesgo la eficacia del sistema.

Por su parte, el art. 65 LPI prevé sanciones para las personas físicas de 1.001 a 10.000 euros por infracciones leves, de 10.001 a 30.000 euros por infracciones graves y de 30.001 a 300.000 euros por infracciones muy graves. Las cuantías para las personas jurídicas son netamente superiores, alcanzando hasta100.000 euros en caso de infracciones leves, entre 100.001 y 600.000 euros en caso de infracciones graves y entre 600.001 y 1.000.000 de euros en caso de infracciones muy graves. Adicionalmente, estas sanciones económicas podrán complementarse con otras como la amonestación pública, la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales, durante un plazo máximo de cuatro años, o la prohibición de contratar con el sector público, durante un plazo máximo de tres años.

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses, a contar desde el día en que la infracción hubiera sido cometida, cómputo que se interrumpirá por la iniciación del procedimiento sancionador (art. 64 LPI). Por su parte, las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, por infracciones graves a los dos años y por infracciones leves al año (art. 68 LPI).

DIRECTIVA SOBRE SALARIOS MÍNIMOS ADECUADOS Y SU TRANSPOSICIÓN

EDUARDO ROMÁN VACA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras clave:** salarios mínimos; criterios para su fijación; competencias comunitarias; mejora de las condiciones laborales

La regulación salarial es una de las materias excluidas de la competencia comunitaria, quedando reservada a la normativa de cada Estado miembro. Pese a ello, las instituciones comunitarias, tras diversas vicisitudes, han conseguido aprobar la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, que al menos regula algunos aspectos básicos de esta esencial condición laboral. Nuestro objetivo es facilitar una presentación básica del contenido de la Directiva, ofreciendo a la vez una visión crítica de la misma en tanto consideramos que podía haber avanzado aún más. En cualquier caso, se trata de un paso importante para que la materia salarial acabe incorporándose al elenco de materias de competencia comunitaria.

ABSTRACT ***Keywords:*** *minimum wages; criteria for setting; community competence; improvement of working conditions*

Salary regulation is one of the subjects excluded from Community competence, as it is reserved to the regulations of each Member State. Despite this, the community institutions, after various vicissitudes, have managed to approve Directive (EU) 2022/2041 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union, which at least regulates some basic aspects of this essential working condition.
Our objective is to provide a basic presentation of the content of the Directive, while offering a critical view on it as we consider that it could have advanced even further. In any case, it is an important step for salary regulation to become eventually incorporated into the list of subjects within Community competence.

 Recepción original: 22.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. La preocupación de la unión por las condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras europeos
2. El marco de la directiva sobre salarios mínimos adecuados
3. Aspectos técnicos de la norma comunitaria sobre salario mínimo legal
   3.1. Un comienzo técnicamente correcto pero no por ello menos llamativo: la declaración de incompetencia comunitaria
   3.2. Segundo comienzo llamativo: la distinción entre salario mínimo y salario mínimo legal
   3.3. Fomento de la negociación colectiva
   3.4. Establecimiento de procedimientos para la fijación y actualización del salario mínimo
   3.5. Participación de los interlocutores sociales
   3.6. Mejora del acceso de los trabajadores a los salarios mínimos legales
4. La repercusión futura de la directiva en el estatuto de los trabajadores
5. Valoración final

1. LA PREOCUPACIÓN DE LA UNIÓN POR LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS EUROPEOS

Hace ya un tiempo escribieron sobre un trabajo nuestro que "con visión de futuro e impaciencia juvenil, el Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Sevilla Eduardo Román Vaca imputa cortedad al nuevo Reglamento. En su propósito y en su realidad, el Profesor de la Universidad hispalense hubiera esperado del nuevo Reglamento la construcción de un modelo europeo de Seguridad Social, de un régimen común que, si no unifique, sí al menos homologue en lo posible los diferentes sistemas nacionales"[1]. Mucho me temo que –a salvo lo de impaciencia juvenil, ya sin sentido (por lo de juvenil, no por lo de impaciencia)– cuando se haga el prólogo de este número especial de *Temas Laborales* pueda acusársenos de lo mismo.

El artículo 151 del TFUE, con el que se inicia el título X sobre Política Social, no podría sino empezar como lo hacen este tipo de normas, con grandilocuentes expresiones. En este caso se señala que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, etc.[2] Algo verdaderamente ejemplar… si nos lo pudiéramos creer.

[1] Marín Correa, J.M., en la editorial del núm. 64 (2006), p. 15, de *la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, dedicado en su integridad al Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, sobre Coordinación de la Seguridad Social. El título de nuestro artículo, pp. 109-113, ya era expresivo de su contenido: "Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento (CE) 883/2004". Lo expresivo, lógicamente, es lo encerrado en los dos primeros paréntesis.

[2] Por su interés interesa citar el precepto en su integridad "La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social

Bien, no pretendía con este extraño comienzo sino situar un punto de inicio de este análisis, que ya le va dando al lector idea de lo que va a encontrar a continuación. Vayamos ahora a las competencias de la Unión. Como es bien sabido, hay tres tipos de materia en orden a las competencias que sobre cuestiones laborales corresponden a la Unión y a los diferentes Estados que la componen[3]:

a) Materias en que la Unión asume competencias normativas ordinarias, de suerte que la aprobación de la normativa correspondiente se hace mediante Directivas adoptadas por mayoría cualificada y en codecisión del Consejo con el Parlamento. Se trata de: prevención de riesgos laborales, condiciones de trabajo, información y consulta, igualdad de género y grupos marginados.
b) Materias en que la Unión Europea asume lo que la doctrina denomina competencia normativa estricta, de manera que nos hallaremos con Directivas adoptadas por unanimidad. Aquí entrarían: Seguridad Social, extinción del contrato, representación unitaria, trabajadores extracomunitarios, financiación de las políticas activas de empleo.
c) Finalmente, materias para las que la Unión carece de competencia normativa: regulación salarial, libertad sindical, derechos de huelga y cierre. Estas materias "quedan excluidas de toda intervención comunitaria"[4].

La materia salarial está como hemos visto en el nivel c)[5]. ¿Alguien piensa que por casualidad? Señalarán algunos economistas que, naturalmente, el diferente nivel de vida de los distintos Estados impide que puedan establecerse unas cantidades concretas (¿pero por qué no criterios de referencia?) a los que recurrir

Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1061, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas".

[3] Seguimos aquí la tradicional distinción esbozada entre otros por nosotros por Ojeda Avilés, A., *Derecho transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 153.

[4] Ojeda*, ibidem*. Ciertamente algunas de las materias pueden haber cambiado hoy de clasificación, y en otras veremos cómo no está totalmente excluida cualquier intervención comunitaria, pero en lo sustancial sigue siendo correcta la afirmación.

[5] Señala Baylos Grau, A., "La Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea" (blog nuevatribuna.es, entrada de 28 de octubre de 2022), que la Directiva se mueve entre varios límites, entre los que se encuentran "los que le fija el compromiso ordoliberal presente en los Tratados de que no es posible armonizar los salarios en todos los países de la Unión, ni tampoco, como recordará el preámbulo de esta Directiva, establecer un mecanismo uniforme para fijar los salarios mínimos".

los trabajadores y trabajadoras europeas, a la hora de negociar convenios o exigir judicial o administrativamente una determinada remuneración. Pero ¿es ése el único motivo? Y, por otro lado, ¿una Unión en constante evolución, verdaderamente preocupada por el mayor bienestar de sus ciudadanos, no puede llegar a más en este tema? Si hablamos de condiciones laborales, en general, nos encontramos con normas comunitarias sobre un buen puñado de materias. Como ha señalado la doctrina, "el vehículo para alcanzar tan delicado equilibrio entre las competencias comunitarias, de carácter subsidiario, y las de los Estados miembros consistirá en las Directivas como normas de resultado que permiten una amplia libertad a cada país en los procedimientos utilizados para alcanzarlos"[6]. Bien, por citar solo algunas materias en que se ha conseguido esa cierta armonización legislativa podemos mencionar las siguientes (algunas ya incluso sin vigencia real):

- Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[7].
- 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[8].
- 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[9].
- 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[10].
- Directiva (UE) 2019/52, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[11].
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del

[6] Ojeda, *ibidem*, quien continúa con una reflexión en nada baladí a nuestros efectos: "la ambigüedad resultante obligará a una permanente intervención del TJE, que se convertirá sin advertirlo en el protagonista de las numerosas reformas que esas Directivas van a sufrir en el tiempo, pues sus sentencias servirán a manera de indicadores luminosos de los avances legítimos frente a aquellos otros en contradicción con los Tratados de la UE".

[7] DOUE núm. 186, de 11 de julio de 2019.

[8] DOCE núm. 14, de 20 de enero de 1998.

[9] DOCE núm. 175, de 10 de julio de 1999.

[10] DOUE L 327, de 15 de diciembre de 2008.

[11] DOUE núm. 186, de 11 de julio de 2019.

tiempo de trabajo[12], normativa prácticamente sobrepasada en toda la Unión (y a la que deben unirse las Directivas específicas sobre el tiempo de trabajo en sectores concretos: transporte marítimo, transporte aéreo, transporte ferroviario, trasporte por carretera).

Pasando a temas que van más allá de las meras condiciones de trabajo, pero que no dejan de presentar una importante relación con las mismas, también podemos hacer aquí algunas menciones más:

- Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos[13].
- Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad[14].
- Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores[15].
- Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea[16].
- Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores[17].
- 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[18].
- Directiva 2009/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria[19].

[12] DOUE L 299, de 18 de noviembre de 2019.
[13] DOCE núm. 225, de 12 de agosto de 1998.
[14] DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001.
[15] DOCE núm. 294, de 10 de noviembre de 2001.
[16] DOCE núm. 80, de 23 de marzo de 2002.
[17] DOCE núm. 207, de 18 de agosto de 2003.
[18] DOUE núm. 283, de 28 de octubre de 2008.
[19] DOUE núm. 122, de 16 de mayo de 2009.

El elenco, aunque a algunos de los que creemos en una verdadera idea de Europa nos pueda parecer no todo lo amplio que debiera, no cabe decir que sea pequeño. Buen número de materias encuentra hoy acomodo en la normativa comunitaria y, como consecuencia, en su aplicación en los Estados que componen la Unión. Surge entonces la gran pregunta: habiendo demostrado las instituciones comunitarias interés –y en algunos casos justo es decir que con gran celo por su parte– en regular materias como las señaladas, ¿no tienen nuestros dirigentes europeos mayor interés en una condición clave como es la del nivel salarial? Por muy escéptico que sea quien esto lea, o quien esto escribe –y lo es bastante–, su respuesta no puede ser negativa. Por otra parte, el Consejo no dejó de reconocer que "En toda la UE existen grandes diferencias entre los Estados miembros en cuanto a la cobertura que ofrecen los convenios colectivos a los trabajadores y a la cuantía de los salarios mínimos. Esto se debe, en parte, a los muy distintos modelos de mercado laboral y a las diferencias de ingresos en los Estados miembros"[20].

Por ello, y pese a todo, creemos con toda sinceridad en la preocupación por que el nivel salarial de los trabajadores y trabajadores europeos sea adecuado y cada vez más alto, y a ello responde en buena parte la Directiva que ahora comentamos. Otra cosa es cómo valoremos el resultado que se ha conseguido.

Pero para ello debemos acercarnos con mayor detenimiento al contenido de la Directiva. En un esquema básico, intentaremos en primer lugar centrar el marco que –según su propia exposición de motivos- le da cobijo, para pasar en un segundo momento al comentario de su contenido de fondo (el que en realidad va a poder argüir ante las instancias, tribunales, órganos administrativos… la ciudadanía europea cuando alegue las correspondientes normas de trasposición).

Digamos por último, en esta introducción, que la Directiva es ya señalada –pese a que aún queda tiempo para su límite de trasposición– como una de las bases de las orientaciones para el empleo de la Unión Europea[21]. Por lo demás, hay que considerar que esta Directiva sobre salarios mínimos adecuados era uno de los variados instrumentos con que la Comisión pretendía completar la Propuesta de Renta mínima[22].

También conviene señalar con la doctrina que aunque la Unión no pueda imponer una cuantía o modelo de fijación de salario mínimo, "de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (Sentencias 15-4-2007, C-268/06, y 13-9-2007,

[20] Comunicado de prensa "Unos salarios mínimos adecuados en la UE"; puede consultarse en https://www.consilium.europa.eu/es/policies/adequate-minimum-wages/.

[21] *Vid*. el considerando (5() de la Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 304/67 de 24 de noviembre de 2022.

[22] *Vid*. el comunicado de prensa de 28 de septiembre de 2022 de la web oficial de la Unión "Renta mínima: se necesita un apoyo más eficaz para luchar contra la pobreza y promover el empleo".

C-307/05), ello no excluye la posibilidad de otras intervenciones, de carácter indirecto, como las que incorpora esta Directiva, tomando como base jurídica 153.1.b) TFUE y subsumiendo la materia salarial en las competencias sobre «condiciones de trabajo»)"[23].

2. EL MARCO DE LA DIRECTIVA SOBRE SALARIOS MÍNIMOS ADECUADOS

En su versión castellana, el preámbulo de la Directiva ocupa ocho páginas, y sólo siete la parte normativa. Que el lector valore ello como quiera; quien suscribe piensa que cuando lo que resulta necesario es justificar la existencia de una norma, y que ello sea más extenso que la norma misma, es que ésta, en el fondo, no va a tener toda la trascendencia que debiera.

En cualquier caso, no deja el preámbulo de acudir como hemos dicho en primer lugar al artículo 151 TFUD[24], para después centrarse en la Carta Social Europea[25] o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[26], llegando a la conclusión, evidente, de que esta última reconoce el derecho de todos los trabajadores a una remuneración suficiente y decorosa[27]. Y precisamente por eso se convertía en necesario –y así lo hizo la Unión en Gotemburgo– sentar unas condiciones justas entre las que se encuentran unos salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno[28].

Son muchísimas más las consideraciones que hace el preámbulo de la Directiva, que en definitiva conducen a que existen normas europeas que permiten a los Estados desarrollar o mejorar aspectos técnicos de las normas relativas al salario mínimo[29]. Hasta aquí un cúmulo de desiderátums verdaderamente loable.

[23] ÁLVAREZ ALONSO, D., "La Directiva 20022/2041 sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea", p.1. Puede consultarse en https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/11/Brief-Directiva-salarios-minimos-D-Alvarez-Alonso.pdf

[24] Cfr. nota 2.

[25] Considerando (2).

[26] Considerando (3).

[27] Considerando (4), que en su literalidad habla de "una remuneración suficiente que les proporciones a ellos [los trabajadores] y a sus familias un nivel de vida decoroso".

[28] Considerando (5): "El capítulo II del pilar europeo de derechos sociales…, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, establece un conjunto de principios que sirven de guía para garantizar unas condiciones de trabajo justas. El principio nº 6 del pilar reafirma el derecho de los trabajadores a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno". En términos casi idénticos, la citada Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, nos habla en su considerando (11) de "salarios justos que permitan un nivel de vida digno".

[29] Menciona así el considerando (40) los Reglamentos (UE) 2021/240 y (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, que "están a disposición de los Estados miembros para desarrollar o mejorar los aspectos técnicos de los marcos relativos al salario mínimo…".

Ahora bien, nadie busque en esta Directiva una regulación de los salarios mínimos como tales, sino de aspectos técnicos relativos al mismo. Es más, en concordancia con lo que dijimos en el apartado 1, en ninguna parte de la Directiva encontrará el lector la obligación para los Estados (directamente o vía negocial) de fijar un salario mínimo[30]. El propio Consejo se ha encargado de dejarlo claro: "la Directiva no prescribe un nivel específico para el salario mínimo que deban alcanzar los Estados miembros"[31]; incluso podría pensarse que en nada tenga por qué repercutir la nueva Directiva en aquellos Estados europeos que, a diferencia de España, no tienen fijado salario mínimo legal.

Bien, y ¿qué entiende la Directiva por aspectos técnicos? Básicamente cuatro (aunque algunos de ellos podrían refundirse porque, en el fondo, responden a una misma idea):

1. Fomentar la negociación colectiva (artículo 4).
2. Establecer procedimientos para la fijación y actualización de los salarios mínimos (artículo 5).
3. Participación de los interlocutores sociales en dichos procedimientos (artículo 7) (aspecto éste que podría refundirse con el primero).
4. Mejorar el acceso de los trabajadores a la protección del salario mínimo (artículo 8).

Estos aspectos han sido ya objeto de tratamiento doctrinal, en algunos casos en comentarios de urgencia; en otros en estudios de mayor calado. En cualquiera de ambos supuestos, la doctrina española ya ha analizado con suficiente profundidad el contenido de la Directiva (y así aparecerá en los tratados y manuales del próximo curso) como para que nosotros pretendamos proceder aquí a un análisis pormenorizado del mismo, y mucho menos añadir ideas nuevas a las sabiamente expresadas por autores de mayor valía[32]. Bástenos pues en las páginas que siguen dibujar un esquema básico –muy básico– de los principales aspectos técnicos que como dijimos aborda esta norma comunitaria, aportando –eso sí– algunos comentarios que reflejarán si no una opinión contraria a la Directiva, sí

[30] Recuerde el lector que la salarial es una de las materias excluidas de la competencia comunitaria.

[31] "El Consejo adopta una Directiva de la UE sobre unos salarios mínimos adecuados", comunicado de prensa del Consejo de 4 de octubre de 2022; puede consultarse en https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/10/04/council-adopts-eu-law-on-adequate-minimum-wages/. La misma afirmación en el antes citado comunicado "Unos salarios mínimos adecuados en la UE" ("La Directiva no prescribe una cuantía concreta en concepto de salario mínimo que deban alcanzar los Estados miembros").

[32] Un completo estudio, con una amplia cita doctrinal al final, puede verse en Gimeno Díaz De Atauri, P., "La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español", *Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* núm. 6 (2022), pp. 17-70.

cuando menos escéptica y bastante crítica por no haber actuado las instituciones comunitarias con mayor valentía.

3. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA NORMA COMUNITARIA SOBRE SALARIO MÍNIMO LEGAL

3.1. Un comienzo técnicamente correcto pero no por ello menos llamativo: la declaración de incompetencia comunitaria

El objeto de la Directiva parece claro, según su propio artículo 1, a saber: "contribuir a una convergencia al alza y reducir la desigualdad salarial". Para ello señala como metas las siguientes:

a) Adecuar los salarios mínimos legales con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas.
b) Fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios.
c) Mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a los derechos a la protección del salario mínimo.

Todo ello, por supuesto digno de alabanza, está en concordancia con todo lo dicho en las líneas precedentes. Sin embargo, de lo primero que se ocupa la Directiva es de dejar clara la incompetencia comunitaria en materia salarial, aunque utilice una expresión menos tajante. Los artículos 1.3 y 1.4 son reflejo de lo que decimos.

- Según el primero de ellos, "De conformidad con el artículo 153, apartado 5, del TFUE, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros en la fijación del nivel de los salarios mínimos". O sea: Parlamento y Comisión establecemos orientaciones, pero los Estados siguen siendo soberanos. ¿Incluso para no seguir o separarse de tales orientaciones?
- Según el segundo precepto (artículo 1.4), queda claro que cuando la obligación, según la norma estatal, de fijar salarios mínimos es competencia de la negociación colectiva, el respeto a la misma impone que no pueda imponerse al Estado la obligación de imponer un salario mínimo (no es una incorrecta reiteración del verbo "imponer" lo que pretendemos, sino un irónico juego de palabras). Es decir: el respeto a la autonomía colectiva (algo que por supuesto consideramos básico en Derecho del Trabajo) se utiliza como excusa para la no intervención estatal.

3.2. Segundo comienzo llamativo: la distinción entre salario mínimo y salario mínimo legal

Naturalmente esta diferencia responde a los dos sistemas básicos que pueden emplearse para fijar condiciones laborales, en nuestro caso una retribución mínima: legal o convencionalmente. De ahí que por salario mínimo haya que entender la remuneración que por ley o convenio deba abonar el empleador [artículo 3.1.a)], mientras que salario mínimo legal es el directamente establecido por ley u otras disposiciones legalmente vinculantes (un Decreto, por ejemplo, como en España) (artículo 3.2)[33].

Quienes conocemos –se supone que como especialistas– la existencia de distintos sistemas de relaciones laborales, podemos entender la diferencia, pero piénsese en espectadores no peritos en Derecho (muchos de ellos destinatarios finales de lo que derive de la Directiva): ¿de qué pensarán que se está hablando?.

En definitiva, volvemos a algo ya dicho antes: de una u otra forma se pretende dejar claro que corresponde siempre al nivel estatal (bien legal, bien convencionalmente) establecer una retribución básica de los asalariados, no a las instituciones comunitarias. Ello es resultado, quizás, de la complejidad de una institución como la Unión Europea, que ni es un Estado, ni una federación de Estados, ni una instancia que en todos los niveles se encuentra jerárquicamente por encima de los Estados.

3.3. Fomento de la negociación colectiva

A fin, se nos dice, de incrementar la cobertura de la negociación colectiva y facilitar su ejercicio, se dispone que los Estados miembros "fomentarán el desarrollo y el refuerzo de capacidades de los interlocutores sociales" en la fijación de los salarios [artículo 3.1.a)].

Pero, dejando aparte el objeto concreto de que aquí se trata (la fijación de salarios), es algo más que comúnmente admitido en los sistemas laborales avanzados que entre los principios básicos del Derecho del Trabajo se encuentra el de la negociación colectiva, eje esencial de esta especial rama del Derecho. De hecho, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce en

[33] Para conocer qué Estados disponen de regulación legal del salario mínimo, y en cuáles se regula mediante negociación colectiva, con un detallada exposición de las cuantías en su caso a fecha 1 de enero de 2022, conviene consultar el trabajo de Rojo Torrecilla E., "Salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. En la recta final de la aprobación de la Directiva. Texto comparado de la propuesta de 28.10.2020 (y amplio recordatorio de su contenido) y de la Resolución legislativa aprobada por el Parlamento Europeo el 14.9.2022 tras el acuerdo interinstitucional alcanzado el 6.6.2022, entrada del 16 de septiembre de 2022" en su blog "El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales" (en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/salarios-minimos-adecuados-en-la-union.html).

su artículo 28 el derecho de trabajadores y empresarios o sus organizaciones a la negociación.

Por ello, ¿sigue siendo necesario que las normas laborales –en este caso comunitarias– continúen hablando del fomento de la negociación colectiva? Se trata obviamente de una pregunta retórica: hace ya muchos años que el *laisser faire* liberal fue abandonado.

Sí en cambio nos parece de trascendente importancia otra mención del mismo precepto de la Directiva. Se nos dice en él que los Estados fomentarán la negociación en colectiva "en particular a nivel sectorial o intersectorial". Hace ya tiempo que advertimos de que dotar de igual poder negocial a todos los niveles (infraempresarial, empresarial, franja, sectorial, intersectorial, etc.) es la típica igualdad formal que conduce a la desigualdad material. El poder sindical no es el mismo en todos los estratos: no es el mismo en una empresa de doce trabajadores que en un sector con mil doscientos empleados. Por supuesto siempre habrá excepciones, pero negar este axioma equivale simplemente a desconocer el funcionamiento de los sistemas de relaciones laborales. En este sentido, pues, la orientación de la Directiva nos parece acertada, orientación que, bien entendida, parece pretender que sea en los niveles superiores donde –cuando de negociación colectiva se trate– se fijen los salarios mínimos.

3.4. Establecimiento de procedimientos para la fijación y actualización del salario mínimo

El artículo 5.1 de la Directiva se refiere a la necesidad de que se establezcan procedimientos adecuados, tanto de fijación como actualización, de los salarios mínimos legales, debiéndose fijar los criterios a seguir según los usos nacionales. Pero en todo caso, y ello es de agradecer, el apartado 2 del precepto indica que entre tales criterios (es decir, que puede haber otros) deberán ser considerados al menos los cuatro siguientes:

a) El poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida.
b) La cuantía general de los salarios y su distribución.
c) La tasa de crecimiento de los salarios.
d) Los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo.

Y la pregunta que cabría hacer aquí es: ¿no podrían haber afinado un poco más las instituciones comunitarias? Son ciertamente importantes los cuatro criterios mencionados, pero a partir de ahí pueden establecerse otros que supongan diferencias de peso entre los trabajadores de los distintos Estados miembros. De hecho, como veremos más adelante, no coinciden exactamente estos criterios con los utilizados en nuestro país.

Pero lo más llamativo, a nuestro parecer, se encuentra en el apartado 5 del precepto: "Los Estados miembros garantizarán que la actualización periódica y oportuna de los salarios se lleve a cabo al menos cada dos años". Claramente está pensando el precepto en incrementos del IPC que redunden en una obvia merma material, aunque no formal, de los salarios mínimos legales. Pues bien, ni siquiera aquí se establece por la Directiva un período anual –como podría pensarse natural–, sino bianual (o nada menos que cada cuatro años cuando se hayan establecido mecanismos de indexación[34]). En los tiempos actuales, con una inflación si no galopante sí ciertamente al alza[35], nos parece que establecer dos años como período de actualización resulta excesivo[36].

3.5. Participación de los interlocutores sociales

El artículo 7 de la Directiva se dedica a la participación de los interlocutores sociales –entiéndase organizaciones sindicales y empresariales– en los procedimientos tanto de fijación como de actualización de los salarios mínimos legales. La ya citada Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 (orientaciones para las políticas de empleo) nos dice en su considerando (11) que "Las reformas del mercado laboral, incluidos los mecanismos nacionales de fijación de salarios, deben respetar las prácticas nacionales de diálogo social y la autonomía de los interlocutores sociales".

Obviamente no sobra el aserto del artículo 7 de la Directiva, pero no deja de llamar la atención –como antes dijimos en relación con la negociación colectiva– que en pleno siglo XXI las normas laborales consideren necesario recordarnos que, al menos en esta especial esfera del Derecho como es la laboral, los propios sujetos de esas relaciones deben jugar un papel destacado. Nos hemos referido a ello antes, al tratar la negociación colectiva, por lo que obviamos mayores consideraciones en este apartado.

[34] Señala el artículo 5.3 que "Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en el presente artículo, los Estados miembros podrán utilizar además un mecanismo automático de ajuste de indexación de los salarios mínimos legales, basado en criterios apropiados y de conformidad con el Derecho y usos nacionales, siempre que la aplicación de ese mecanismo no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal".

[35] Algunos autores no dejaron de hablar de "inflación rampante y progresiva", que justificaba la reivindicación sindical de crecimiento de los salarios: *vid*. Baylos Grau, A., "La importancia de la cuestión salarial: Unión Europea, Italia, España", en https://baylos.blogspot.com/2022/06/la-importancia-de-la-cuestion-salarial.html.

[36] Con más razón cuatro cuando se den los supuestos de la nota 34.

3.6. Mejora del acceso de los trabajadores a los salarios mínimos legales

Nos encontramos ahora con una norma no superflua, pero sí tremendamente llamativa: aquí sí que nos parece absolutamente sorprendente (se supone que porque lo entenderá necesario el legislador comunitario) que a estas alturas la Unión recuerde a los Estados la necesidad de establecer mecanismos que garanticen el derecho al salario.

Pero más aún, lo que debe garantizarse no es el derecho al salario, sino en general el cumplimiento de los derechos laborales. Que sea preciso recordar a los Estados la necesidad de establecer controles e inspecciones [artículo 8.1.a)], o que las autoridades de control (entre nosotros entiéndase por ejemplo Inspección de Trabajo y autoridad laboral) se hallen suficiente formadas [artículo 8.b)], nos resulta como decimos llamativo.

4. LA REPERCUSIÓN FUTURA DE LA DIRECTIVA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

España es, en la clasificación que hace el artículo 3.1 de la Directiva, uno de los países en que se establece un salario mínimo legal (artículo 27 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), en este caso por vía reglamentaria (Decreto anual). Naturalmente la adaptación de la Directiva precisará algunas reformas de la normativa española, pero ciertamente no cabe decir que éstas hayan de ser excesivas. Centrándonos en este sentido en los aspectos técnicos a que nos referimos anteriormente (apartados 3.3 a 3.6) podemos señalar lo siguiente:

- El fomento de la negociación colectiva parece estar garantizado en nuestro país. De un lado cabe hablar tanto del artículo 37 de la Constitución, que reconoce la negociación como regla básica de nuestro sistema de relaciones laborales, como de su desarrollo en el Título II del Estatuto de los Trabajadores. Pero, más concretamente en cuestión de salario mínimo interprofesional, el artículo 27.1 ET exige al Gobierno la "previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas", algo que, a la luz de la Directiva habrá que interpretar no sólo como mera consulta, sino más aún como intento de que ambos tipos de organizaciones alcancen acuerdos sobre las propuestas a realizar. Quizá convendría a lo sumo cambiar el término "consulta" por "negociación", pero insistimos en que una interpretación lógica de la dicción actual del artículo 27 a la luz de la norma comunitaria debiera conducir a la equiparación de ambos términos.
- El procedimiento en sí de fijación del salario mínimo no está desarrollado más allá de lo que dice el artículo 27 ET. Aquí tal vez sí fuese no sólo conveniente sino aún necesario un desarrollo reglamentario de los aspectos formales o procedimentales, que establezca el cauce ordinario a seguir cada año. Y esto

último enlaza con otra de las exigencias comunitarias: la actualización de los salarios mínimos legales, algo que en España debiera ser, a tenor de la dicción del Estatuto, anual, previsión por tanto más estricta –y a nuestro juicio más razonable– que la bianual a que alude la Directiva.

- En cuanto a los criterios a tener en cuenta, el Estatuto de los Trabajadores establece cuatro:

  a) El índice de precios de consumo.
  b) La productividad media nacional alcanzada.
  c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
  d) La coyuntura económica general.

Aunque no enteramente diferentes, sí está claro que no son absolutamente equiparables con los cuatro criterios mínimos que menciona el artículo 5.2 de la Directiva. Será pues necesario acomodar el precepto estatutario a la norma comunitaria, bien sustituyendo los cuatro criterios legales por los comunitarios, bien añadiendo estos últimos a los ya establecidos. El futuro nos dirá cuál será la opción del legislador[37].

- En orden a la participación de los interlocutores sociales, ya nos hemos referido a ello al tratar de la "previa consulta" a que alude el artículo 27.1 ET.
- En cuanto a la necesidad de mejorar el acceso de los trabajadores al salario mínimo legal, tenemos que decir que España cuenta con mecanismos e instituciones solventes para hacer cumplir o exigir el cumplimiento de la legislación laboral (Inspección de Trabajo, Jurisdicción Social, etc.). Cuestión distinta es que los encomiables profesionales que las conforman (inspectores, magistrados, letrados de la Administración de Justicia, resto del personal de la Administración de Justicia) no cuenten con los medios necesarios o suficientes Pero este defecto no hace sólo a la materia salarial, sino a toda las condiciones laborales y de Seguridad Social. Resulta impresentable, absolutamente impresentable, que se señalen juicios laborales para dentro de tres o cuatro años. Es este trabajo pues sobre los salarios una oportunidad más para llamar la atención de quienes, desde diferentes poderes del Estado, han permitido que hayamos llegado a esta situación en que la Justicia deja de serlo (según el viejo aforismo de que una Justicia lenta no es justa).
- Digamos por último que ciertamente el Decreto de Salario Mínimo de 2023[38] contiene en su exposición de motivos alguna alusión a la normativa

[37] A esto pretendíamos referirnos antes cuando señalamos que no fijar un listado comunitario si no absolutamente rígido, sí al menos más amplio, podrá dar lugar a situaciones diferenciadas entre los trabajadores de los distintos Estados miembros de la Unión.

[38] Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023 (BOE de 15 de febrero de 2023).

comunitaria[39], en un párrafo que contiene algunas de las ideas que inspiran la nueva Directiva, y no deja de ser cierto que la transposición de la misma tiene como límite el 15 de noviembre de 2024 (artículo 17.1). Pero no hubiera estado de más que el legislador reglamentario hubiera hecho alguna referencia, al menos, a que pretende avanzar para conseguir en el tiempo marcado la aproximación buscada por la Directiva (UE) 2022/2041.

5. VALORACIÓN FINAL

La conclusión de cuanto antecede resulta clara para quien esto escribe. Saludamos, como no podía ser de otra forma, que la Unión Europea se haya ocupado de tema tan sensible como el de la retribución mínima de los asalariados. No contradiremos en este sentido opiniones sindicales como la de que "CCOO celebra que la UE haya dado un paso importante para poner fin a los salarios de pobreza en Europa, cuando el poder adquisitivo está sufriendo la mayor recesión del siglo y con salarios mínimos legales que han caído en un 19% en términos reales"[40], o que la UGT "valora la aprobación … por parte del Parlamento Europeo, de la nueva ley sobre salarios mínimos adecuados en la UE, que tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo y de vida del conjunto de trabajadores comunitarios, así como promover avances económicos y sociales"[41]; tampoco la opinión de la OIT que destaca "la importancia y puntualidad de la nueva Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea"[42]. La doctrina habla asimismo de "hito importante en la política social de la UE, que se ocupa por primera vez del derecho a una remuneración justa y suficiente para asegurar un nivel de vida digno"[43].

Pero también concluimos con los autores que los contenidos de esta Directiva "son limitados, pues no llega a implantar un «salario mínimo europeo», no obliga

[39] Párrafo quinto: "Con esta subida del 8 por ciento, de acuerdo con el Informe presentado en junio de 2021 por la Comisión Asesora para el Análisis del Salario Mínimo Interprofesional se atiende, de un lado y de manera efectiva, al derecho a una remuneración equitativa y suficiente que proporcione a las personas trabajadoras y a sus familias un nivel de vida decoroso; y, de otro, se culmina el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio en 2023, dando cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea y satisfaciendo el compromiso adquirido por el Gobierno de alcanzar la equivalencia al término de la actual legislatura".

[40] Nota de prensa de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de 15 de septiembre de 2022 "CCOO celebra la aprobación de la Directiva Europea de Salarios Mínimos Adecuados".

[41] Nota de prensa de la UGT de 15 de septiembre de 2022 "La nueva Directiva Europea de Salarios Mínimos aumentará el poder adquisitivo de 24 millones de personas".

[42] Comunicado de la OIT de 16 de noviembre de 2022 "La nueva directiva sobre salarios mínimos de la UE establece un doble objetivo"; puede consultarse en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_861091/lang--es/index.htm.

[43] Álvarez Alonso, op.cit., p. 2.

a instaurar un salario mínimo legal en los estados que actualmente carecen de él (Austria, Dinamarca, Finlandia, Italia y Suecia), no impone ni armoniza cuantías y no fija un estándar de inexcusable observancia para determinar la adecuación de los salarios mínimos"[44]. De ahí que, como habrá apreciado el lector, no dejemos de realizar críticas. Bien es cierto que las propias normas comunitarias excluyen de su competencia la fijación de un salario mínimo; mas ante esto cabría formularse dos preguntas:

a) ¿No podría haber ido un poco más lejos la Unión en su intento de aproximar las legislaciones nacionales?.
b) Y más aún, ¿no habrá llegado el momento de replantearse esa incompetencia comunitaria? ¿Por qué no se establece ya a nivel comunitario un salario mínimo legal? Y no entienda el lector que nos referimos a una cifra concreta: de sobra sabemos que no son equiparables los niveles de vida de los distintos Estados miembros, pero sí cabría establecer criterios obligatorios a que deban atender los Estados [entre ellos los utilizados por la propia Directiva (UE) 2022/2041 en su artículo 5.4[45]], y cuya aplicación deba ser inspeccionada por las instituciones comunitarias.

Supongo que estas preguntas no obtendrán respuesta, pero no por ello deja de planteárselas el autor de las líneas precedentes, siempre desde la óptica de la mejora de la calidad de vida de cuantos hombres y mujeres desarrollan su trabajo en la Unión Europea.

[44] Álvarez Alonso, op.cit., p.1.

[45] Cfr. apartado 3.4.

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE TRABAJO EN PLATAFORMAS

Antonio José Valverde Asencio
Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras clave:** Trabajo en plataformas, Directiva, inteligencia artificial, presunción de laboralidad, derechos de información

La propuesta de Directiva sobre el trabajo de plataformas representa un hito relativamente novedoso al plantear, en materia laboral, una regulación mínima sobre el tema. En el presente artículo se muestran los aspectos más destacados del contenido de la propuesta de Directiva. Dos son los aspectos fundamentales: la calificación jurídica de la relación contractual entre las partes, partiendo del establecimiento de una presunción –refutable– de laboralidad y la necesidad de anticiparse a la posible afectación de derechos básicos y elementales por la gestión de sistemas automatizados. Las preocupaciones fundamentales tienen que ver con la posible afectación de derechos fundamentales, como el de no discriminación o de protección de datos, pero también con la dificultad de atender las novedades que supone en la supervisión o en la toma de decisiones la intervención de tales sistemas. Por ello, la propuesta va desde el reconocimiento de la citada presunción, al reconocimiento de derechos de información básicos a los trabajadores y a sus representantes y al establecimiento de deberes específicos a las plataformas como los referidos a la supervisión, evaluación y revisión y rectificación. Todo ello en el contexto de exigencia de transparencia en la gestión logarítmica.

ABSTRACT ***Keywords:*** *Platform jobs, Directive, artificial intelligence, presumable relationship of laborality, information rights*

The proposal of Directive about platform jobs represents a relative novel milestone, as it raises a minimum regulation in the labour field. In this paper the most prominent aspects of the Directive are shown. Two of them are the fundamental aspects: the legal qualification of the contract between the parties, arising from the establishments of the presumable (yet rebatible) relationship of laborality and the need to anticipate the affection of fundamental and basic rights due to automated management systems. Main concerns are related to the afection of fundamental rights, such as non-discrimination or data protection, but also with the difficulty of addressing the novelty it supposes to have these automated systems in terms of supervision or decision making processes. As a result, the proposal arises from the recognition of the aforementioned presumtion to the recognition of basic information rights to workers and their representatives and the establishments of specific duties for the platforms, referred those to supervision, evaluation and review and rectification. All of this in the context of demand of transparency in logaritmic management.

 Recepción original: 09.08.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción
2. El trabajo a través de plataformas digitales
3. Objeto y ámbito de aplicación de la (propuesta de) directiva
4. Delimitación correcta de la situación laboral y presunción de laboralidad
   4.1. La obligación de disponer de procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral
   4.2. La presunción legal de laboralidad
   4.3. Aplicación de la presunción y garantía de la posibilidad de su refutación. El establecimiento de un marco de medidas de apoyo para su aplicación
5. Gestión algorítmica, deber de transparencia y protección de derechos de los trabajadores
   5.1. La plataforma como empleadora obligada a asumir las obligaciones del contrato
   5.2. Transparencia y contenido de los derechos de información
   5.3. Plataformas y límites al poder de dirección
   5.4. Protección de datos
   5.5. En concreto sobre la protección en materia de seguridad y salud
6. Supervisión y evaluación humanas de los sistemas y revisión de la toma de decisiones y rectificación
   6.1. Los deberes de supervisión y evaluación
   6.2. Derecho a solicitar explicación, revisión y deber de rectificación en caso de afectación de los derechos de los trabajadores
7. El rol de la representación de los trabajadores
8. Reflexión final

1. INTRODUCCIÓN

La propuesta de Directiva sobre el trabajo de plataformas representa un hito relativamente novedoso al plantear, en materia laboral, una regulación mínima exigible a los Estados miembros sobre un sector relativamente concreto de actividad. Las razones estructurales de la decisión de la Comisión Europea, a la que corresponde la iniciativa, tienen que ver no solo con la expansión del fenómeno, su incidencia social o el número de personas afectadas[1], sino, desde un punto de vista más cualitativo, con la afectación que supone en la conformación y configuración del trabajo[2] en un modelo social y económico caracterizado por los principios que

[1] Confr. https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/. Específicamente, vid. el estudio de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, "Study to support the impact assessment of an EU initiative to improve the working conditions in platform work". Elaborado por Barcevičius, Egidijus; Gineikytė-Kanclerė, Vaida; Klimavičiūtė, Luka; y, Ramos Martin, Nuria. 2021. ISBN 978-92-76-43545-7.

[2] Ya puestas de manifiesto, por ejemplo, en las conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2019, "Un mundo laboral cambiante: reflexión sobre las nuevas formas de trabajo

defiende la Unión[3], a lo que se une el carácter potencialmente estratégico de una actividad sustentada en la gestión a través de sistemas inteligentes[4].

La propuesta se mueve, pues, entre la protección de los derechos elementales de las personas prestadoras del servicio y el reconocimiento de la innovación estratégica que conlleva esta forma de organización con amplia implantación transnacional. De esta dualidad surgen los problemas que se están manifestando en el propio curso de elaboración y, aún pendiente, aprobación definitiva de la Directiva. Las modificaciones introducidas al documento inicial de la Comisión, a través de las propuestas transaccionales de la Presidencia de turno, así como las enmiendas planteadas durante la primera lectura en el Parlamento, reflejan las divergencias sobre el texto, en relación con contenido y extensión que debe tener la Directiva[5].

En todo caso, es evidente que se intenta aportar una serie de respuestas normativas básicas a elementos también esenciales que se ponen de manifiesto en el trabajo a través de plataformas. Estas respuestas se centran en la clarificación de la calificación jurídica de la relación contractual entre las partes, partiendo de la

y las implicaciones para la seguridad y la salud de los trabajadores". https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9686-2019-INIT/es/pdf. Al respecto confr., por ejemplo, Stefano, "Labour is not a technology – reasserting the declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy", Iuslabor 2/2017; López de la Fuente; "La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores (cuestiones actuales y nuevos retos)", Tirant lo Blanch, 2020; págs. 35 y ss. También son de consulta obligada, AA.VV. (Rodríguez Piñero Royo y Hernández Bejarno dir.); "Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos". Bomarzo, Albacete, 2017; Pérez de los Cobos; "El trabajador en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura", Madrid, Walters Kluwer, 2018. Desde una perspectiva más técnica sobre el impacto de las nuevas tecnologías y, en concreto, de las plataformas (partiendo de una concepción amplia de las mismas); AA. VV. (Del Rey Guanter dir.); "Documento sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales", Proyecto Technos II. Instituto de Estrategia Legal en RRHH. Cuatrecasas. Wolter Kluwer, 2021; particularmente en págs. 148 y ss. Destacables también las opiniones de Grau Pineda; "Las reflexiones de la economía digital o de plataformas ('plattform economy') como oportunidad parar crear empleo autónomo ¿precario?". Revista Española de Derecho del Trabajo n. 213/2018. BIB 2018/13396.

[3] Entre otros, los arts. 3 del TUE y 31 de la Carta y el principio 5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales a que aluden los parágrafos 1, 2 y 3 del texto expositivo de la propuesta.

[4] Por todos, confr. por ejemplo la Comunicación de la Comisión "Inteligencia artificial para Europa". COM (2018) 237 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237. Sobre el apoyo al modelo de economía colaborativa, confr., por ejemplo, Hernández Bejarano; "El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social". Revista Española de Derecho del Trabajo nº 192/2016. BIB 2016/85594.

[5] Confr. la remisión del Comité de Representantes al Consejo sobre la propuesta de Directiva. Bruselas 7 de junio de 2023. Expediente institucional 2021/0414 (COD). Sobre las diferentes posiciones de los Estados en relación con la tramitación de la Directiva, confr. https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021_414.

presunción –refutable– de laboralidad, y en la necesidad de anticiparse a la posible afectación de derechos básicos y elementales por la gestión a través de sistemas automatizados de datos, lo que implica trasladar de manera específica aspectos contenidos en la normativa general sobre protección de datos (principalmente el Reglamento 2016/679) y en concreto, aquellos relativos a la elaboración de perfiles. De esta forma, se incorporan limitaciones específicas en la recaudación y tratamiento de datos; una exigencia de transparencia en la gestión logarítmica, que se concretan en una serie de derechos de información específicos en favor de los trabajadores y sus representantes; la especificación de una serie de deberes de supervisión, evaluación y revisión humanas, así como, en su caso, de rectificación, de las decisiones adoptadas por los sistemas inteligentes; además de otros deberes específicos de transparencia e información públicas.

2. EL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Es evidente que el trabajo a través de plataformas ha modificado de manera importante la forma en que nos aproximamos a los conceptos delimitadores de la relación laboral (subordinación o dependencia y ajenidad), reconfigurándolos en base a nuevos indicios y relativizando los aspectos en que descansaba la tradicional dualidad entre trabajo autónomo y trabajo dependiente[6]. Ha actualizado viejos problemas en base a nuevas realidades y nuevos hechos, afectando, con claridad, a la forma en que se lleva a cabo la prestación de servicios y, por tanto, en que se concreta el objeto del contrato, con incidencia evidente en la determinación de las condiciones básicas de empleo, tiempo y forma de trabajo principalmente, pero también de la remuneración y formas de supervisión y control y aplicación de medidas disciplinarias[7]. Éstas, vinculadas a decisiones basadas en la utilización de sistemas algorítmicos fundamentados en la gestión de datos, se vuelven más sutiles, menos evidentes, pero igual o más eficaces, de forma que la tutela de derechos básicos de las personas trabajadoras y la responsabilidad exigible a las empresas se erigen como una cuestión ineludible[8].

[6] Afirma Cruz Villalón que los criterios en España sobre la delimitación de la ajenidad resultan confusos y pueden estar presentes en formas de trabajo autónomos. Y concluye: "esta constatación a nuestro juicio, se intensifica y acentúa a resultas de la aparición y extensión de las nuevas formas de trabajo en el nuevo contexto de la digitalización y, en especial, del trabajo de plataformas". "El poder directivo del empleador en el marco de la inteligencia artificial en España". Cuaderni del Dipartamento di Giurisprudenza dell'universitá di Breschia. Copia del original. Confr. asimismo, Grau Pineda; op. loc. cit.

[7] "Nuevas soluciones, viejos problemas". Desde esta perspectiva hace su aproximación López de la Fuente; "La revolución tecnológica…", cit. págs. 73 y ss.

[8] Pretendiendo una "liquidez" de la responsabilidad ("*liquid responsibilities, solid control*"), Stefano; "Labour is not a tecnology…"; cit.

El trabajo a través de plataformas es reflejo, pues, del nuevo paradigma, no único, pero sí evidente, que supone el ejercicio del poder de dirección y control a través de sistemas basados en la gestión de datos, con lo que es capaz de centrar, en su estudio, muchos de los aspectos predicables de los nuevos problemas que supone la utilización de la IA en la determinación de las condiciones de trabajo. También es un paradigma de una nueva dualidad del mercado de trabajo, que tiende a distinguir según la cualificación requerida para el desarrollo de la actividad (independientemente, debemos aclarar, de la titulación personal del prestador de los servicios)[9]. Curiosamente (o no tanto), cuanto menor cualificación, más tendencia a la pretensión de excluir a las personas que llevan a cabo el servicio concreto del ámbito de aplicación de la normativa laboral (y mayor precarización). Cuanto mayor cualificación, más próxima a la relación laboral, dado que ésta, asociada a los deberes de buena fe, plantea una mayor vinculación del productor a la empresa, atendiendo, sobre todo, a su necesidad de retener el conocimiento y el valor añadido deducido del mismo. En esta dualidad, la parte prestadora de servicios básicos de *delivery*, auténtico objeto principal del trabajo a través de este tipo de plataformas, se ve afectada por todos los rasgos que supone un trabajo informal, con el riesgo de desprotección evidente que supone. Afecta a aspectos esenciales en la configuración del reconocimiento y acceso efectivo a la protección social, tanto por razones de encuadramiento derivados de la calificación de la prestación de servicios, como por las dificultades innatas de acceso efectivo a la acción protectora que conlleva la precariedad innata a las mismas (en muchas ocasiones, vinculada a formas de trabajo a llamada)[10].

Por todos estos aspectos, el trabajo a través de plataformas ha venido a representar, también paradigmáticamente, una serie de retos importantes que afectan a los propios cimientos de una concepción clásica de la prestación de trabajo objeto del contrato laboral.

El primer reto tiene que ver, en el sentido indicado, con la definición de los criterios que sirven o han servido tradicionalmente para definir la existencia de

[9] Confr., por ejemplo, Stuart w. Elliott; "Artificial Intelligence, Robots, and Work: Is This Time Different? Issues in Science and Technologie. vol. XXXV, nº. 1, Fall 2018 (https://issues.org/artificial-intelligence-robots-and-work-is-this-time-different/). Grau Pineda; op. loc. cit.

[10] Vid. al respecto el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo" [COM(2021) 761 final] y la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales" [COM(2021) 762 final] (2022/C 290/16). DOUE 29 de julio de 2022. En particular, sobre la posible desprotección de los trabajadores de plataformas como forma de trabajo en la *gig-economy*, confr. Ginès y Fabrellas; "La (des)protección de los trabajadores en plataformas digitales"; en AA. VV. (Rodríguez Piñero Royo, Hernández Bejarano y Todolí Signes, dir.); "Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real". Tirant lo Blanch. PUV, 2020, págs. 215 y ss.

una relación laboral. Y no solo por contraposición a lo que sería una prestación de servicios de carácter civil o mercantil, sino por confrontar directamente con formas parasubordinadas (o intermedias) ya tipificadas, como los trabajadores autónomos económicamente dependientes, cuya significación adquiere un nuevo valor a nivel nacional, precisamente por su acogida inmediata por parte de las empresas de *delivery*[11].

El segundo tiene que ver con la definición de la actividad y la consideración o no como empresa a los efectos laborales de los que pretendían ser, en principio, mero intermediadores digitales. La superación de este criterio y su consideración como empleadores de los prestadores directos del servicio es una cuestión previa que no por resuelta estaba inicialmente fuera de controversia[12].

El tercero alude a los problemas realmente estructurales que tienen que ver con la determinación de condiciones de empleo y trabajo en las que genéricamente han venido a denominarse nuevas formas de trabajo. La utilización de sistemas inteligentes basados en datos ha hecho que se concreten muchos de los retos que plantea la denominada gestión algorítmica de los recursos humanos. Estos tienen que ver con la determinación de condiciones básicas de trabajo y el ejercicio de las facultades de dirección y control, pero también, con la necesidad de transparencia respecto de las decisiones basadas en estos sistemas automatizados y la necesaria evaluación del impacto de las mismas. De esta forma, es obligada la atención a los nuevos riesgos que implica la gestión automatizada basada en datos. En materia de seguridad y salud, tal como contempla expresamente la propuesta de Directiva (art. 8.bis en la redacción de junio de 2023), pero, sobre todo, en relación con la posible afectación de derechos individuales de las personas trabajadoras derivados de la recaudación y tratamiento de datos y la posible elaboración no consentida de perfiles con transcendencia profesional. Ello obliga a trasladar a este ámbito, concretándolos, los deberes de transparencia y de obligada supervisión y revisión humanas –respecto de las decisiones que afecten a la ejecución del trabajo– que recoge, por ejemplo, la normativa general sobre protección de datos respecto la elaboración de perfiles a través de sistemas automatizados (art. 22 del Reglamento 2016/679), identificando como sujeto responsable a la plataforma, a la que se atribuye la posición de garante y el deber de rendición de cuentas sobre la utilización de dichos sistemas. Se plantean asimismo otros problemas recurrentes,

[11] Sobre distintas opciones en relación con estas formas parasubordinadas, o sorbe el planteamiento de otras posibilidades para resolver los problemas de judicialización derivados de la calificación jurídica de la relación entre plataforma y personas prestadoras del servicio vid. infra. En todo caso, la propuesta de Directiva opta por la laboralidad, sobre la base de la doctrina del TJUE y partiendo de la exclusiva dualidad entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Confr. al respecto Cruz Villalón, op. loc. cit. infra.

[12] Sobre la inicial pregunta en relación al carácter de empleadores de las plataformas, confr. Pérez de los Cobos; "El trabajo en plataformas…", cit. págs. 40 y ss. Como destaca el autor, la sentencia del TJUE del caso Uber despeja cualquier duda al respecto.

como los referidos al rol de la representación de los trabajadores o a la más que probable transnacionalidad de las empresas y de los servicios a prestar. Y, por supuesto, el establecimiento de garantías para asegurar una transición a formas de trabajo estables, unas condiciones laborales adecuadas y mínimas garantizadas y un principio básico de certidumbre en la determinación de los criterios definitorios del régimen jurídico a aplicar.

A estos aspectos la propuesta de Directiva pretende aportar una solución transversal, no exenta, como decimos, de alternativas en su tramitación, lo que refleja, más allá de la evidente significación que tiene en sí misma la regulación de la materia, las dudas que los propios actores del proceso tienen en la conformación de una normativa mínima trasladable a los Estados miembros. La propuesta de Directiva no abarca suficientemente todos estos aspectos. Al menos, no aporta una solución suficiente (ni siquiera en elementos esenciales). Entre otras razones por la controversia que se refleja en su tramitación. Pero es cierto que la propia iniciativa en sí misma puede suponer un avance sobre la necesidad de regulación de un fenómeno que presenta auténticos rasgos estructurales y afecta cuantitativa y cualitativamente a la forma en que se prestan los servicios bajo el control y dirección de una determinada forma de comprender también la actividad empresarial.

3. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA (PROPUESTA DE) DIRECTIVA

Tal como dispone el art. 1.1 de la propuesta de Directiva, en la versión aprobada por el Consejo (junio de 2023), esta fija como objetivos "mejorar las condiciones laborales de plataformas y la protección de las personas que realizan trabajo en plataformas en relación al tratamiento de datos personales a través del uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones". Estos objetivos, que ahora se equiparan en la definición del objeto de la Directiva, se perseguirían a través de "la introducción de medidas para facilitar la correcta determinación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas; la mejora de la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas en el uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones para personas que realizan trabajo en plataformas; y mejorando la transparencia del trabajo en plataformas, incluso en situaciones transfronterizas" (art. 1.bis)[13].

El objeto de la Directiva se circunscribe a las plataformas digitales de trabajo, en las que la prestación de un servicio (trabajo) realizado por personas

[13] Inicialmente, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del art. 1 de la propuesta inicial, la Directiva establecería "…los derechos mínimos aplicables a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen (o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, se puede considerar que tienen) un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en los Estados miembros,

físicas se erige como elemento definitorio y donde la organización de dicho trabajo es, también, rasgo "necesario y esencial" de la consideración como tal[14]. Así se contiene expresamente en la definición recogida en el art. 2.1.1)[15]. Estos rasgos son previos, delimitadores, en el sentido indicado, de la existencia de una plataforma de trabajo, en la que previsiblemente la prestación de dichos servicios se lleva a cabo a través de una relación laboral. Así se comprende desde el momento en que la Directiva parte de una presunción general –refutable– de laboralidad. Ello distingue las plataformas de trabajo, objeto de la Directiva, de las plataformas en línea, cuya función es de mera intermediación digital y cuyo ámbito regulatorio debe hallarse en la normativa (comunitaria) sobre provisión de servicios digitales. Unas plataformas digitales de trabajo que se centran en determinados sectores de actividad (transporte de mercancías o personas o limpieza) a los que alude, aunque a título de ejemplo y sin excluir otras posibilidades, la propia propuesta de Directiva en su texto expositivo[16].

Se contempla expresamente en la redacción aprobada por el Consejo, el recurso a "intermediarios", por parte de plataformas. Definidos [art. 2.4.bis)], de manera un poco farragosa, como "toda persona física o jurídica que establezca una relación contractual, también mediante subcontratación, con una persona que realiza trabajo en plataformas o con una plataforma digital de trabajo al objeto de

teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". La propuesta elaborada por la Comisión ampliaba también aspectos esenciales de su objeto a las personas que prestaran servicios no calificados como laborales, en concreto, las medidas relacionadas con la gestión algorítmica, y, en particular, las relativas al deber de transparencia, derechos individuales de información y supervisión humana. Esta extensión desaparece en el texto aprobado por el Consejo y remitido al Parlamento para la segunda lectura. Seguramente el fundamento se encuentre en la aplicación del Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, al que remitía la propia propuesta inicial. La finalidad declarada de dicho Reglamento (art. 1.1) es "contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea".

[14] Como afirma el parágrafo 18 del texto expositivo de la propuesta, "las plataformas de trabajo difieren de otras plataformas en línea en que organizan el trabajo realizado por personas físicas a petición, única o repetida, de la persona destinataria de un servicio prestado por la plataforma".

[15] Se define como "plataforma digital de trabajo" (art. 2.1.1), "toda persona física o jurídica que preste un servicio comercial" en el que se dan una serie de requisitos: prestar el servicio, "al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles"; "a petición de un destinatario del servicio"; y, "como elemento necesario y esencial", el que implique "la organización del trabajo realizado por personas físicas" ("con independencia de que ese trabajo se realice en línea o un lugar determinado").

[16] Sobre sectores de implantación del servicio a través de plataformas, confr. OIT; "Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2021: El papel de las plataformas de trabajo digitales en la trasformación del trabajo y de empresas". En https://www.ilo.org/digitalguides/es-es/story/world-employment-social-outlook-2021#digital-labour-platform/types.

poner el trabajo en plataformas a disposición a través de dicha plataforma digital de trabajo", alude a la posibilidad de subcontratación (o puesta a disposición) de los servicios de plataforma de trabajo por parte de un tercero. En este caso, el texto transaccionado tiene la pretensión de obligar a los Estados miembros "a garantizar el mismo nivel de protección también en caso de intermediación" aunque les deja "la elección de las medidas adecuadas para hacerlo", entre las cuales "podría incluirse el establecimiento de una responsabilidad conjunta, si algún Estado miembro lo considera adecuado"[17]. Y se concluye con una disposición normativa (nuevo art. 2.bis) donde se prevé expresamente que el recurso a intermediarios no dará lugar a una "reducción de la protección conferida por la presente Directiva a las personas que realizan trabajo en plataformas"[18].

En otro orden de cosas, la Directiva extiende su ámbito de aplicación a todas las plataformas digitales de trabajo independientemente de su lugar de establecimiento, lo que supone una especificación de los criterios de normativa aplicable y en relación con las libertades básicas económicas de establecimiento y circulación y la doctrina del Tribunal de Justicia al respecto. Como afirma Cruz Villalón[19], esta opción "modifica parcialmente los criterios establecidos por el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", pese a que siga siendo la norma de referencia. En todo caso supone una especificación de los criterios a aplicar, debiendo tomar como referencia el contenido de la Directiva cuando se trate del trabajo en plataformas digitales. Esta plantea su aplicación en todo caso de prestación de servicios efectiva en la Unión, independientemente del lugar de establecimiento de aquélla y de la determinación de la legislación aplicable (art. 1.4 *in fine*). Como afirma el parágrafo 9 del texto expositivo de

[17] Explicación a la propuesta transaccional de la Presidencia; pág. 6. Como afirma el parágrafo 18.bis del texto expositivo de la citada propuesta transaccional, "En algunos casos, las personas que realizan trabajo en plataformas no tienen una relación contractual directa con la plataforma digital de trabajo, sino que mantienen una relación con un intermediario por medio del cual realizan trabajo en plataformas a través de plataformas digitales de trabajo. Esta forma de organizar el trabajo en plataformas a menudo da lugar a gran variedad de relaciones triangulares diversas y complejas, así como a responsabilidades difusas entre la plataforma digital de trabajo y los intermediarios en relación con el trabajo en plataformas. Las personas que realizan trabajo en plataformas a través de intermediarios están expuestas a los mismos riesgos en términos de clasificación errónea de su situación laboral y sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones que las personas que realizan trabajo en plataformas directamente para la plataforma digital de trabajo. Por consiguiente, los Estados miembros deben establecer medidas adecuadas, en particular creando sistemas de responsabilidad conjunta, cuando proceda, al objeto de garantizar que, en virtud de la presente Directiva, dichas personas disfruten del mismo nivel de protección que las personas que realizan trabajo en plataformas que mantengan una relación contractual directa con la plataforma digital de trabajo".

[18] El art. 22 de la propuesta contempla la previsión también expresa de que en el proceso de revisión de la norma comunitaria "la Comisión prestará especial atención a las consecuencias del recurso a intermediarios para la aplicación general de la presente Directiva".

[19] "La propuesta de directiva sobre condiciones de trabajo en plataformas digitales"; Lavoro e Diritto a. XXXVII nº 1, 2023; pág. 113.

la propuesta, así se intenta solventar el problema derivado cuando "a menudo no está claro dónde se realiza el trabajo en plataformas ni quien lo ejecuta", un problema que se agrava –como continúa afirmando dicho texto– por la dificultad de acceso a los datos sobre plataformas digitales (aspecto que se intenta también corregir con la exigencia de deberes de información públicas a éstas). Ante esta declarada "complicación" de la ejecución de las normas aplicables, la propuesta opta sin más por extender la aplicación de la misma a cualquier supuesto donde se manifiesta la ejecución efectiva de la prestación de servicios dentro de la Unión. Como decimos no solo modula los criterios sobre ley aplicable a las relaciones contractuales previstas en el Reglamento 593/2008, sino que matiza los criterios del propio TJUE sobre libertad de establecimiento y circulación. En este sentido, por ejemplo, la evolución de la doctrina en relación con la aplicación de la Directiva sobre condiciones mínimas de trabajo en caso de desplazamiento de trabajadores y la posible afectación a las referidas libertades básicas económicas puede encontrar en esta previsión un hito importante hacia la consolidación de criterios sociales en la admisión de limitaciones a dichas libertades[20].

4. DELIMITACIÓN CORRECTA DE LA SITUACIÓN LABORAL Y PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

4.1. La obligación de disponer de procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral

En relación con la "delimitación correcta de la situación laboral", el aspecto fundamental sobre el que gira el contenido de la propuesta es, sin duda, el establecimiento de una presunción legal de laboralidad entre la plataforma digital de trabajo y las personas prestadoras del servicio. Sin embargo, esta presunción, basada en indicios sobre los que identificar el ejercicio del control y dirección de la ejecución del trabajo[21], refutable y sujeta a la facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales y administrativos de los Estados miembros, se ubica dentro del mandato de disponer de "procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas".

[20] Sobre el tema, confr. Del Rey Guanter y Valverde Asencio; "La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales". En AA.VV. (Casas Baamonde y Gil Alburquerque dir.) "Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia". Levefre, 2023. Capítulo 21. págs. 931 y ss.

[21] Sobre la posible debilidad del método indiciario, considerado en general, pese a su utilidad, confr. Cámara Botía; "La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?". Revista Española de Derecho del Trabajo n º 222/2019. BIB 2019/7752. En apartado III.

La mención a estos "procedimientos", necesariamente "adecuados", es relativamente novedosa porque, de principio, transciende el mero recurso al establecimiento de una presunción tal como se dispone en derecho interno (disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores conforme la Ley 12/2021, de 28 de septiembre). Pero, al mismo tiempo, abre la discusión sobre cuál es el auténtico contenido de dicha referencia, cuál debe ser el objeto de los citados procedimientos, cómo deben quedar definidos y si, por consiguiente, deben quedar establecidos expresamente como tales en derecho interno. En el fondo, el planteamiento puede reconducirse a si estamos ante un deber específico de los Estados o si, simplemente, nos hallamos ante una mera alusión genérica a procedimientos a través de los cuales pueden sustanciarse las controversias sobre la calificación jurídica de la prestación de servicios.

En este sentido, la exposición sobre la propuesta transaccional de la Presidencia de turno en el documento sometido al Consejo en junio de 2023 aporta un dato que, pese a que no está en el texto normativo de la Directiva, puede ser clarificador de la intención al menos de las partes encargadas de su tramitación. Según afirma el citado documento, la presidencia sueca, siguiendo la actuación antecedente de la presidencia checa, ha mantenido los criterios sobre el capítulo en cuestión, pero aclara, en relación concreta con este tema, que "uno de los procedimientos adecuados para comprobar la existencia de una relación laboral es el establecimiento de la presunción legal de la existencia de una relación laboral (artículo 4)". Ello relativiza, sin duda, la importancia de exigir tales "procedimientos adecuados" de manera específica, dado que el Consejo parece asumir como principal procedimiento, precisamente, el establecimiento de la presunción legal.

En todo caso, la importancia de estos procedimientos estaría en ubicar procesal o procedimentalmente dónde sustanciar las controversias sobre la calificación jurídica de la prestación de servicios en plataforma o cómo certificar la existencia de una relación laboral. Se exige, además, que sean adecuados, lo que implica un requisito de efectividad y eficiencia, y su objeto debe estar encaminado a "verificar" y a "garantizar" la determinación correcta de la situación contractual en ciernes, "con vistas a determinar la existencia de una relación laboral" (o lo contrario). Esto conlleva plantearse la necesidad o, cuando menos, la oportunidad de establecer (o disponer de) procedimientos específicos al respecto. Estos deben partir del objeto señalado y deben considerar la definición de relación laboral contenida en la normativa interna (conforme su legislación, convenios colectivos o prácticas vigentes), pero "teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia" de la Unión. La referencia a la negociación colectiva no tiene mucho sentido en nuestro sistema, dado que no corresponde al convenio determinar qué es y qué no es relación laboral. La referencia a la práctica vigente debe entenderse hecha a la jurisprudencia. Y en relación con la doctrina del TJUE, la remisión debe considerarse hecha a los supuestos en que la misma ha planteado los rasgos que definen la existencia de una relación laboral y a que remiten los propios textos

preparatorios y expositivos de la propuesta[22]. Sin embargo, en el caso concreto de trabajo en plataformas, los antecedentes del TJUE no se caracterizan precisamente por una interpretación extensiva de los elementos definitorios de una relación de trabajo (auto del TJUE de 22 de abril de 2020, asunto Yodel)[23].

En otro orden de cosas, la propuesta dispone que la determinación de la existencia de relación laboral debe fundamentarse, en estos procedimientos, "principalmente" en base a hechos; hechos "relacionados con la ejecución real del trabajo" y "teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas". Ello implica, por un lado, la necesidad de partir de indicios derivados de dichos hechos probados (la prueba es obviamente esencial); pero, por otro, considerar la particularidad que tiene, a los efectos de la valoración de aquellos, que la organización del trabajo se lleve a cabo a través de la utilización de sistemas inteligentes basados en datos (algoritmos), por si en algo pudiera incidir o condicionar su apreciación[24]. En esta valoración necesariamente se han de considerar los criterios sobre los que se funda la presunción de laboralidad que recoge la propuesta, pero no debe olvidarse que el propio texto considera expresamente, tanto la posible existencia de normas más favorables a nivel de cada Estado miembro, como la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes para determinar la calificación de la relación jurídica según la norma y criterios nacionales y "con independencia del número de criterios que se cumplan" de los que constituyen la base de la citada presunción.

Por consiguiente, la mención al deber de establecimiento de "procedimientos adecuados" tiene un carácter relativamente genérico. No conlleva o exige la existencia de un procedimiento concreto, específico, *ad hoc*, sin perjuicio de las razones de oportunidad que justificarían su regulación. En todo caso, en estos procedimientos, necesariamente habrá de aplicarse la presunción legal recogida

[22] Por ejemplo, los recogidos en nota a pie en el parágrafo 20 del texto expositivo de la propuesta que pasamos a transcribir: "Sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284; de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411; de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883; de 16 de julio de 2020, UX/Governo della Repubblica italiana, C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572; y auto del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2020, B/Yodel Delivery Network Ltd, C692/19, ECLI:EU:C:2020:288".

[23] Sobre dicho auto y su contenido confr., por ejemplo, Ortega Lozano; "Economía colaborativa, condiciones laborales y la lógica algorítmica: la propuesta de 'Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo de plataformas". Revista Española de Derecho del Trabajo nº 251/2022. BIB 2022/1134. Especialmente a partir del apartado V del artículo citado. También Cruz Villalón; "La propuesta…", cit. págs. 118 y ss.

[24] Sobre "los problemas genéricos en la aplicación de los criterios de laboralidad" en el trabajo en plataformas confr., por todos, Cámara Botía; op. loc. cit.

en el art. 4 y su posible refutación[25]; deben entenderse incluidos tanto aquellos de naturaleza administrativa como judicial, como se desprende de referencias como la contenida en el art. 4.bis.1; y debieran tener trascendencia declarativa, incluyendo en su objeto dicho presupuesto (aunque pudieran tener, inicialmente, otra naturaleza, como, por ejemplo, sancionadora), porque deben servir para verificar (y garantizar) la determinación de la relación laboral.

Desde estos aspectos, sin obviar el carácter genérico de la mención, la reflexión vira hacia el derecho interno y a comprobar si en la normativa nacional se dan "procedimientos adecuados" sobre los presupuestos que establece la propuesta de Directiva.

No existe, en nuestro país, un procedimiento específico de verificación sobre la existencia de la relación laboral ni de certificación al respecto, como ocurre respecto a la consideración como indefinido de los contratos de trabajo conforme lo dispuesto en el art. 15.9 del Estatuto de los Trabajadores. Y no lo hay a instancia de parte en ningún caso, más allá del procedimiento sancionador iniciado bien de oficio, bien a través de denuncia. Ni el SEPE, ni las oficinas públicas de empleo, ni la propia ITSS tienen previsto un procedimiento de certificación de este aspecto. A lo sumo, como decimos, la actividad es de control (de verificación, en definitiva) sobre el cumplimiento de la normativa laboral y, lo que a la postre es importante, de seguridad social. Por tanto, los procedimientos administrativos previstos en la normativa nacional tienen que ver con la verificación del cumplimiento de la normativa laboral, y, en particular, en relación con los efectos que pueden tener, principalmente, en materia de encuadramiento, de liquidación de cuotas y en procedimientos sancionadores. En sede procesal, siempre se puede plantear una acción declarativa. O siempre se puede plantear una acción en proceso ordinario o en alguna modalidad procesal especial (principalmente en materia de despido, de régimen disciplinario, modificación de condiciones de trabajo, o de conflicto colectivo) donde se sustancie con carácter previo (por ejemplo, a través de la excepción de incompetencia de jurisdicción) la calificación jurídica de la relación contractual existente. Pero tampoco encontramos un procedimiento o proceso especial de certificación declarativa (y ejecutiva) de la existencia de relación laboral aplicables a supuestos como estos.

La propia propuesta de Directiva contempla distintas remisiones procesales y puramente procedimentales en relación con los derechos que asisten a los prestadores de servicio sin que conste un procedimiento específico. Así, el art. 13 prevé el derecho de acceso "a una resolución de litigios eficaz e imparcial" con el derecho a reparación, "incluida indemnización por el perjuicio sufrido ("adecuada" eran los términos de la propuesta inicial), en caso de vulneración de derechos contemplados en la Directiva, donde deberían incluirse la resolución

[25] Confr. parágrafo 25 quáter del texto expositivo de la propuesta en versión del Consejo.

de controversias sobre la calificación jurídica correcta de la relación contractual a la que podría asociarse la referida vulneración. Con más claridad si cabe, el art. 16 habla de "procedimientos relativos a una reclamación sobre la correcta determinación de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas", para ordenar que las autoridades judiciales o administrativas puedan exigir a las plataformas que revele cualquier prueba.

Por tanto, la cuestión es si, teniendo en cuenta la propia experiencia nacional, no sería conveniente establecer un procedimiento administrativo *ad hoc* para resolver, a instancia de parte o de oficio, cualquier duda sobre la calificación jurídica de la relación contractual entre la persona que presta directamente el servicio y la plataforma o para aportar una "certificación", al modo de "verificación", de la existencia de la misma. Evidentemente, en este procedimiento debería contemplarse la posibilidad de refutar la presunción de laboralidad que exige en todo caso la Directiva propuesta (algo que se garantizaría con el carácter contradictorio del procedimiento). Pero, precisamente por eso, también desde la perspectiva de las plataformas, podría ser cuando menos útil prever una resolución inicial a nivel administrativo de las consecuencias derivadas de la calificación jurídica de laboralidad (fundamentalmente en materia de determinación de condiciones de trabajo aplicables y encuadramiento en Seguridad social) sin perjuicio de la siempre posible revisión jurisdiccional.

En relación con esta posibilidad surge el debate sobre la supresión del apartado d) del art. 148 de la LRJS (procedimiento de oficio). Según disponía, el proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia, entre otras razones, "de las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora". La derogación de este supuesto específico del procedimiento de oficio suponía asegurar la efectividad de las actas sancionadoras o de liquidación en materia de Seguridad Social, dado que con la supresión se dispuso también la de los efectos suspensivos del expediente administrativo afectado por la demanda de oficio. Ahora se podría cuestionar la oportunidad de su derogación. Sobre todo, desde el momento en que se ha de garantizar la posibilidad de refutar, en procedimientos administrativos o judiciales, la presunción de laboralidad de que parte la Directiva propuesta respecto de estas formas de trabajo. Sin embargo, esta misma contiene una previsión en la versión más actual que avalaría, al menos desde la perspectiva de sus efectos, la supresión del procedimiento de oficio, al remitir ahora a la normativa interna la posibilidad de que el procedimiento de impugnación de las decisiones administrativas sobre la existencia de relación laboral "no tenga un efecto suspensivo sobre dicha decisión" (la versión inicial suprimía esta posibilidad y exigía, precisamente, que no tuviera efectos suspensivos).

En definitiva, no existe en nuestro derecho interno un procedimiento específico sobre la determinación de la laboralidad de una relación y, menos, en el ámbito concreto del trabajo de plataformas. Los procedimientos administrativos y procesales a través de los que se sustanciaría la cuestión son los habituales: en el ámbito administrativo y sancionador, las actas de liquidación de la ITSS, de la propia TGSS y las actas sancionadoras de la ITSS; en el ámbito puramente procesal, la acción declarativa o las cuestiones incidentales que pueden resolverse desde la excepción de incompetencia de jurisdicción. Es más, la derogación de la demanda de oficio fundamentada en la calificación jurídica de la relación de prestación de servicios a los efectos de impugnación de las actas sancionadoras o de liquidación en materia de Seguridad Social supone la supresión del único proceso específico sobre la materia. La posibilidad de refutación se puede plantear con el derecho de acceso a los expedientes administrativos, de personación y, en su caso, de alegaciones y recursos. Y el que la propuesta de Directiva remita a las normas de derecho interno sobre la supresión de efectos suspensivos de cualquier impugnación al respecto hace que pueda ser concordante con la referida supresión del procedimiento de oficio, que tenía carácter suspensivo del procedimiento administrativo. En este sentido, la norma nacional y, ahora la propuesta de Directiva, apuesta por la ejecutividad de la decisión administrativa en su caso, negando tal efecto suspensivo[26]. En todo caso, desde la perspectiva nacional, no hay un procedimiento que establezca, al modo de "certificación", la calificación jurídica de la forma de prestación de servicios analizada. Quizá sea, tras la aprobación definitiva de la Directiva, una oportunidad para plantear el mismo.

4.2. La presunción legal de laboralidad

La propuesta de Directiva recoge la presunción legal, "desde un punto de vista jurídico", de que la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y quien realiza trabajo en y a través de ella es laboral cuando aquella "ejerza el control y dirección sobre la ejecución del trabajo por parte de la persona" (art. 4.1 de la propuesta del Consejo). "La presunción legal se aplicará en todos los procedimientos administrativos o judiciales pertinentes cuando esté en juego la correcta determinación de la situación laboral de la persona que realiza trabajo en plataformas" (art. 4.bis.1 en su primer párrafo), con lo que condicionará de principio la iniciación y fundamentación de aquéllos.

[26] La modificación del Código Penal y la introducción del nuevo apartado 2º del art. 311, cuyo objeto es, precisamente, asegurar por esta vía la efectividad de las decisiones administrativas fundamentadas en la existencia de una relación laboral frente a la decisión contraria de la empresa [que guarda relación con la supresión del apartado d) del art. 148 en el procedimiento de oficio], prevé la sanción penal de "los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa". Es cierto que la presunción establecida en la Directiva no se aplica a los procedimientos penales (como tampoco fiscales o de seguridad social), ex art. 4.bis.1 en su segundo párrafo del texto del Consejo, pero esta previsión no evita que se aplique en derecho interno.

La nueva redacción dada al régimen de la presunción en la fase transaccional de la tramitación de la propuesta ha planteado la duda sobre si la previsión inicialmente contemplada ha sido rebajada en su intensidad. Así lo han puesto de manifiesto las delegaciones de Bélgica, Eslovenia, España, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Rumanía en su declaración conjunta "en favor de una Directiva ambiciosa sobre el trabajo en plataformas"[27]. Para estas delegaciones, "en su concepción actual, la presunción legal refutable de la relación laboral en la orientación general actual es menos ambiciosa y eficaz que la propuesta por la Comisión", dado que tal presunción debe aplicarse "con arreglo a normas y mecanismos claros y transparentes, comunes a todos los Estados miembros, que respeten la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los órganos jurisdiccionales nacionales"; y, sobre todo, no debe tener restricciones ni excepciones, "ya que solo perpetuaría el desequilibrio actual entre las plataformas digitales (también cuando utilizan intermediarios) y las personas que realizan trabajo en plataformas digitales, lo que ha dado lugar a la existencia de miles de falsos trabajadores autónomos en Europa y a condiciones de trabajo precarias".

En este sentido, la nueva redacción aporta elementos de relatividad en la extensión de la presunción inicialmente diseñada por la Comisión. Por un lado, porque desaparece la mención expresa a que "las autoridades competentes que verifiquen el cumplimiento o hagan cumplir la legislación pertinente podrán basarse en esa presunción", lo que implicaba la asunción en los procedimientos administrativos o judiciales de los términos de la presunción. Por otro, porque se incluyen determinadas excepciones que podrían relativizar la efectividad, a nivel de todos los países de la Unión, de la presunción. Esto casa mal con el objetivo inicialmente declarado en el texto expositivo (parágrafo 7), que justifica la determinación de la presunción a nivel comunitario, precisamente, porque "los casos judiciales en varios Estados miembros han puesto de manifiesto la persistencia de la clasificación errónea de la situación laboral en ciertos tipos de trabajo en plataformas, en particular en sectores donde las plataformas digitales ejercen cierto grado de control sobre la remuneración y la ejecución del trabajo".

Hay otros aspectos a considerar. En primer lugar, se excluye inicialmente su aplicación de los procedimientos fiscales, penales y de seguridad social, aunque se prevé que los Estados miembros podrían aplicarla en tales procedimientos de acuerdo con la normativa nacional propia. Esta exclusión, aunque fundamentada seguramente en los problemas competenciales de regulación de la Unión, no es baladí. Y menos cuando se habla de Seguridad Social, dado que el encuadramiento y la definición del campo de acción protectora es esencial en la conformación del deber de clarificación de la relación contractual. Además, supondría una quiebra no menor de los principios de igualdad y libre circulación real de trabajadores que

[27] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_10107_2023_ADD_2

fundamentan el Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. En segundo lugar, también hay que señalar que, como hemos tenido ocasión de referir anteriormente, la norma que determinan la presunción –y su posible refutación- "no afectará a la facultad discrecional de los órganos judiciales y las autoridades competentes para determinar la existencia de una relación laboral" según el derecho interno (art. 4.1.bis). Y todo sin perjuicio, por una parte, de la posibilidad de que los Estados establezcan disposiciones más favorables (art. 4.1 en remisión al art. 20) y de que concedan a las autoridades administrativas la facultad también discrecional de no aplicar la presunción en los casos que verifiquen el cumplimiento de la legislación o la hagan cumplir por iniciativa propia o cuando sea evidente que no hay una relación laboral (evidencia por otra parte que entraría dentro de la referida facultad discrecional del órgano administrativo).

En definitiva, parece, conforme la apreciación de las delegaciones mencionadas, que estamos ante una devaluación de la presunción, que también ve modificados los criterios sobre los que se fundamenta los mismos, aunque, en este caso, la modificación no afecta a su conformación sustancial.

Efectivamente, si bien con carácter general pretende aclarar los términos en que se pueden dar los criterios en que basar la existencia de control o dirección de la actividad[28], podemos encontrar algún elemento que viene a relativizar o a evitar algunos de los aspectos que se contenían en la propuesta inicial (fundamentalmente en relación con el control de la remuneración) mientras que en otros parece disgregar los aspectos indiciarios (fundamentalmente los referidos a los mecanismos de restricción de la libertad de actuación por parte de la persona prestadora de los servicios) de forma que podría facilitar la conclusión del número de indicios requeridos para aceptar la existencia de una relación laboral.

En todo caso, la presunción parte de la dualidad trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, no considerando soluciones intermedias[29]. Comprende la existencia de relación laboral cuando se ejerza el control y dirección sobre la ejecución del trabajo y concreta que se "entenderá" que se producen aquellos cuando se cumplan tres de los siete criterios (indiciarios) que se mencionan[30], "en virtud de sus condiciones aplicables o en la práctica" –aclaración también incorporada en el texto transaccionado–.

Los criterios tienen que ver con distintos aspectos sobre los que la propuesta de Directiva entiende que, si concurren en número suficiente, representan evidencias

[28] La alusión a la "dirección" se incorpora en el trámite de elaboración de la propuesta y así aparece en el texto de junio de 2023. En la redacción inicial de la Comisión, la referencia era, en exclusiva, al control.

[29] Cruz Villalón; "La propuesta de directiva…"; cit. págs.114 y ss.

[30] En la redacción inicial eran dos de cinco.

para la calificación como laboral de la relación contractual (*iuris tantum*). De esta forma alude, en primer lugar, a la forma de fijación de la contraprestación por los servicios, recogiendo como criterio que la plataforma determine efectivamente "límites máximos para el nivel de remuneración" (en la versión inicial se contenía una referencia más general al "nivel de remuneración" o, lo que es lo mismo, a que se pudiera deducir de la gestión algorítmica la cuantía de la misma). En segundo lugar, alude a que la plataforma exija respetar por parte de la persona prestadora del servicio "normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo". En tercer lugar, a que supervise la ejecución del trabajo de sus resultados, "en particular por medios electrónicos" (antes se hacía referencia a que fuera "incluso" por tales medios y se extendía a la verificación de la calidad de los resultados). En cuarto lugar, desagregando los criterios en función del objeto, a que restrinja o limite, "en particular mediante sanciones", respectivamente, la libertad de organizarse el propio trabajo, al limitar "la discrecionalidad para elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia"; "para aceptar o rechazar tareas"; o, "para utilizar subcontratistas o sustitutos". Finalmente, también recoge como criterio que definiría un indicio de laboralidad el que la plataforma limite efectivamente "la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros"[31].

La forma en que se pretende regular a nivel comunitario la presunción de laboralidad difiere de la fórmula empleada en derecho interno. La disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores sigue la estela conceptual de que parte la normativa nacional –en concordancia con lo previsto en los arts. 8.1 y 1.1 de la norma estatutaria– y se refiere exclusivamente a los *riders*. Como afirma Cruz Villalón, la aprobación de la Directiva conllevaría cambios necesariamente en derecho interno, dado que debe ampliarse a cualquier supuesto de trabajo en plataformas digitales y que la solución comunitaria puede parecer más extensiva que la norma nacional[32].

En todo caso, los criterios que recoge la propuesta pueden asimilarse en gran medida a muchos de los argumentos en que se fundamenta la propia jurisprudencia nacional a la hora de determinar, finalmente, el carácter laboral de esta forma de trabajo. Así, los precitados criterios se pueden identificar con los indicios relacionados con la exclusividad real del prestador de los servicios y la imposición real –aunque no formal– de aspectos que evitan la concurrencia con otros operadores; la supervisión de la actividad, modulada a través de la gestión

[31] Dice el parágrafo 25 del texto expositivo: "La libertad de elegir, especialmente, las horas de trabajo o los periodos de ausencia, de rechazar tareas, de utilizar subcontratistas o sustitutos o de no estar limitado en el trabajo para terceros debe considerarse una de las características de una auténtica actividad autónoma. La restricción de esta libertad puede adoptar diferentes formas, teniendo en cuenta que el modelo de la economía de plataformas se encuentra en constante evolución".

[32] Cruz Villalón; "La propuesta de directiva…", cit. pág. 123.

automatizada; el respeto a normas de apariencia y conducta y su vinculación con la identificación de los problemas *reputacionales* de la prestación de servicios (que recaen sobre la plataforma y que incorporan elementos novedosos en la concepción de la ajenidad)[33]; la determinación, directa o indirecta, de los criterios de retribución (aunque ahora limitados al establecimiento de topes) y de organización del trabajo y, en concreto, con la determinación directa o indirecta de horarios o tareas, la limitación efectiva de períodos de ausencia; o con el reflejo del carácter realmente personal de la prestación (que de hecho evita la sustitución o subcontratación del mismo). Y, por supuesto, en relación con las medidas sancionadoras, directas o indirectas, que afectan a la determinación de condiciones de trabajo básicas[34].

4.3. Aplicación de la presunción y garantía de la posibilidad de su refutación. El establecimiento de un marco de medidas de apoyo para su aplicación

El art. 4.bis recoge algunas normas a las que ya hemos hecho referencia, como la previsión inicial de que la presunción no será de aplicación a los procedimientos penales, fiscales o de seguridad social.

Es obvia la crítica que merece, especialmente, la exclusión del ámbito de seguridad social, dada la particular significación que tiene, a efectos de encuadramiento, precisamente, la calificación jurídica del contrato, y los riesgos que supone la exclusión del ámbito de protección social de estas formas de trabajo. Pero, además de la referida crítica por tal exclusión, en un ámbito que nos parece esencial, en relación con los procedimientos penales (y, por extensión, también en los fiscales), la citada exclusión sugiere asimismo varias cuestiones importantes que tienen que ver con el ámbito de perfeccionamiento de los derechos y deberes laborales en estos casos. De principio, la calificación o no como laboral puede suponer una cuestión prejudicial que debe considerar la extensión que tiene el orden penal sobre el conocimiento prejudicial de estas. En este sentido, la exclusión de la aplicación de la presunción puede tener una importancia destacada por cuanto el órgano jurisdiccional penal no tiene por qué verse obligado a su consideración, lo que supone cierta quiebra en la comprensión unitaria del ordenamiento jurídico (como en materia fiscal). Pero, por otro lado, desde la perspectiva más próxima a la configuración del ilícito penal y a la sanción en este ámbito de los incumplimientos previsibles de la norma laboral, la cuestión fundamental puede estar en los efectos que pueda tener la (in)aplicación (o no consideración) de la presunción. Obviamente ello dependerá de cómo se configure el tipo, tanto desde la perspectiva de sus elementos objetivos, como, sobre todo, subjetivos. Así, salvo en el caso de que el ilícito penal tipifique exclusivamente una negativa al cumplimiento de los

[33] Confr. López de la Fuente; "La revolución tecnológica…", cit. pág. 58.

[34] Baste con comparar dichos indicios o criterios con los enumerados y analizados en la completa STS de 25 de septiembre de 2020, incluyendo la completa referencia que hace a la doctrina precedente.

requerimientos administrativos (como, en parte, ocurre en el delito previsto en el art. 311 de nuestro Código Penal), la exclusión de la presunción supone que se evite el elemento de intencionalidad que exigiría la conducta punible, dado que deja en el terreno de lo interpretable el posible incumplimiento sancionable. Dicho de otra forma, si no se parte de esta presunción y el incumplimiento consiste en la inobservancia de la norma laboral, puede ser difícil apreciar dolo en la actuación de la plataforma dado que su actuación no está contraviniendo una norma aplicable en el orden penal. Por lo demás, solo si el ilícito consiste en una negativa a cumplir una resolución determinada del órgano administrativo competente, la presunción habrá sido aplicada en dicho procedimiento –si este es laboral–. Corresponde, pues, a los estados miembros considerar estas opciones.

Como también hemos dicho, la presunción puede no ser aplicable si los Estados miembros reconocen facultad discrecional para que las autoridades administrativas no la consideren. Ello se prevé en dos casos concretos; cuando estas "verifiquen el cumplimiento de la legislación pertinente o la hagan cumplir por iniciativa propia" y "cuando sea evidente que la persona que realiza el trabajo en la plataforma no es un trabajador de plataformas". Esta posibilidad, basada en la evidencia, es parte de la capacidad discrecional que la normativa nacional pueda otorgar no solo a las autoridades administrativas (como en este caso), sino también judiciales en la valoración de la presunción. Es cierto que los supuestos contemplados en el art. 4.bis.2 son casos en los que la exclusión posible de la presunción deriva de la constatación de su carácter innecesario, bien porque la normativa es de exigido cumplimiento, bien porque resulte obvio que la relación contractual no es laboral. Pero, en todo caso, junto a la facultad más genérica que la legislación nacional puede modular, nos encontramos ante supuestos en los, por distintos motivos, se va a dejar a criterio de la autoridad nacional la aplicación de la presunción.

Por otro lado, el establecimiento de la presunción de laboralidad va unido a la posibilidad, garantizada, de su refutación. De conformidad con lo previsto en el art. 4.bis.3, "los Estados miembros garantizarán, en los procedimientos en los que se aplique la presunción, la posibilidad de que cualquiera de las partes refute la presunción legal", consecuencia lógica del carácter *iuris tantum* de la presunción y de su propia configuración indiciaria, que ha de permitir la necesaria garantía de contradicción en cualquier procedimiento o proceso y, en principio, la garantía de igualdad de las partes.

Sin embargo, la propuesta de Directiva incorpora un par de aspectos importantes que matiza esta posición de las partes (lógica desde la conformación de una presunción como esta). Por un lado, como efecto procesal obvio de cualquier presunción, invierte la carga de la prueba y la hace recaer sobre la plataforma que pretenda desmontar la misma, alegando "que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral"; pero, por otro, que los procedimientos de impugnación de una decisión administrativa o judicial que determine la situación laboral sobre la base de la presunción pueden no tener efectos sustantivos si así lo determina la

regulación interna de cada Estado miembro. Esta última previsión es una corrección a la inicialmente propuesta por la Comisión, que directamente declaraba que los procedimientos de refutación "no tendrán (tendrían) un efecto suspensivo sobre la aplicación de la presunción legal". En todo caso, salvo este matiz, importante conforme lo dicho anteriormente en relación con sus posibles efectos en nuestro ordenamiento nacional, implica una posición determinada de las partes procesal o procedimentalmente que, pese al reconocimiento de la garantía de posibilitar la refutación de la presunción, sitúa a la plataforma ante la carga de la prueba y ante la necesidad de soportar los efectos ejecutivos de la decisión administrativa impugnada.

Se insiste en esta posición procesal o procedimental de la plataforma aun cuando quien alegue la falta de laboralidad sea el propio prestador de los servicios. En este caso, sobre la base de la mejor (o única) posición real de la plataforma, la propuesta de norma prevé el deber de esta de aportar "toda la información pertinente que obre en su poder" para la resolución del procedimiento.

En otro orden de cosas, la aplicación de la presunción se producirá a partir de la fecha de entrada en vigor de las normas nacionales que transpongan la Directiva. Como afirma el apartado 4 del art. 4.bis del texto de junio de 2023, "por lo que respecta a las relaciones contractuales celebradas antes de la fecha…" de entrada en vigor de las normas de transposición de la Directiva (art. 21), "y que aún estén vigentes en esa fecha", la presunción legal "solo se aplicará al período que comience a partir de esa fecha". Los argumentos son de seguridad jurídica. Así lo aclara el texto expositivo en su nuevo parágrafo 28.*quater*, según el cual "en aras de la seguridad jurídica, la presunción legal no debe tener efectos jurídicos retroactivos antes de la fecha de transposición de la presente Directiva y, por tanto, debe aplicarse únicamente al período que comienza a partir de esa fecha, incluso para las relaciones contractuales celebradas antes y que aún estén vigentes en esa fecha. Por consiguiente, las reclamaciones relativas a la posible existencia de una relación laboral antes de esa fecha, y los derechos y las obligaciones resultantes hasta entonces, deben evaluarse únicamente sobre la base de la legislación nacional y la legislación de la Unión anteriores a la presente Directiva". Una legislación nacional que, como la española, podría establecer criterios determinados basados en una presunción y una legislación comunitaria que, si bien no contempla la precitada presunción, su aplicación sí ha de considerar la doctrina del TJUE, que, precisamente, sirve de base para la configuración de los procedimientos para clarificar la situación contractual y para conformar la propia presunción que determina el texto propuesto a nivel comunitario.

Finalmente, la propuesta recoge una serie de medidas que conformarían lo que denomina "marco de medidas de apoyo" (art. 4.ter). Este viene referido a la adopción de medidas de incentivo y de concienciación "para la aplicación efectiva de la presunción legal…". Entre las actuaciones que deberían incluir los Estados en dicho marco se recoge, la disposición pública, "de forma clara, exhaustiva y

fácilmente accesible" de la aplicación de la presunción legal (que debe guardar coherencia con los deberes de transparencia pública que se exige a las plataformas); el desarrollo de orientaciones dirigidas a transmitir los contenidos de la presunción y de los derechos asociados a la misma, incluida las posibilidades de refutación, entre los directamente afectados (plataformas, trabajadores e interlocutores sociales); orientaciones dirigidas a las autoridades públicas para que se centren en los incumplimientos de la normativa y "persigan a las plataformas", "en consonancia con la legislación y prácticas nacionales"; y, "…ofrecerán controles e inspecciones eficaces realizados por autoridades nacionales, garantizando que estos sean proporcionados y no discriminatorios".

5. GESTIÓN ALGORÍTMICA, DEBER DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

5.1. La plataforma como empleadora obligada a asumir las obligaciones del contrato

Uno de los presupuestos de que parte la propuesta de Directiva, y en el que se detiene, al menos incidentalmente, tiene que ver con la consideración e identificación de la plataforma como parte empleadora que asume las obligaciones del contrato, cuando se establezca la existencia de una relación laboral y sin perjuicio de la remisión que hace, en este punto, a la normativa interna de cada Estado. Tal como dispone el último inciso del apartado 2 del art. 3, "cuando la existencia de una relación laboral se establezca sobre la base de hechos, deberá identificarse claramente la parte que asume las obligaciones del empleador de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales"[35].

Sin embargo, pese a este aspecto general de partida, es evidente que la prestación de servicios en plataformas digitales de trabajo implica, como en otros casos de implantación de sistemas inteligentes, una importante reconfiguración de los aspectos tradicionales de la estructura organizativa de la empresa y de las formas en que se desarrollan las facultades directivas de supervisión, control y determinación de las condiciones de trabajo[36].

Independientemente del fenómeno denominado *softsizing*, caracterizado por la diversificación, deslocalización y reducción de las estructuras directivas de la empresa, junto a una mayor descentralización de las formas de prestación del

[35] Pérez de los Cobos; "El trabajo en plataformas…", cit. págs. 40 y ss.

[36] Cruz Villalón; "El poder directivo…", cit. en apartado 1 del trabajo *in fine*. Afirma: "…con la gestión algorítmica y la implantación de la inteligencia artificial el ejercicio de los poderes organizativos y de control propio del empleador en el trabajo subordinado cambia de forma de expresión y de modo de desarrollo, pero pervive cualitativamente a todos los efectos".

servicio propia de la incorporación de la gestión algorítmica[37], asistimos a cambios importantes en la manera de toma de decisiones y de concreción del objeto de la prestación del trabajo, cuyo control y efectividad se llevan a cabo a través de formas más sutiles[38]. Todo ello se basa en la posible cesión al algoritmo, con mayor o menor intensidad, de aspectos fundamentales sobre el control, la ejecución y desarrollo de la actividad (concentrando las decisiones estratégicas en el ámbito más puramente empresarial) que en algún caso ha servido para esconder o pretender matizar los rasgos más característicos de dependencia o subordinación y ajenidad que fundamentaban la existencia de una relación laboral.

En todo caso, la titularidad del poder de dirección es consustancial a la empresa. La gestión del algoritmo no es más que una manifestación más de este poder de dirección y no puede sustituir la referida atribución a la empresa de la posición de garante respecto del contenido obligacional derivado de la relación contractual. Frente a otras opciones que habrían planteado en su momento dotar incluso de personalidad jurídica a los robots, y, por tanto, a los sistemas inteligentes[39], la propuesta de Directiva no abandona este criterio básico. Mantiene el carácter general como sujeto responsable de la plataforma en cuanto que empleadora (sin perjuicio del régimen de responsabilidad que pudiera plantearse en cada país miembro) y sobre esta base aborda el tratamiento de la implicación de la gestión por sistemas automatizados en la determinación de las condiciones de trabajo. En este sentido, es evidente que el algoritmo presenta novedades importantes en esta materia. La gestión automatizada tiene el riesgo de difuminar tanto los indicios a través de los cuales se manifiesta la subordinación, que caracteriza la calificación como laboral de la prestación de servicios (partiendo, por tanto, de la presunción que se establece), como los aspectos a través de los cuales se lleva a cabo la determinación y concreción de las condiciones de trabajo básicas.

Con todo, como decimos, corresponde a la plataforma, como empresa, el cumplimiento de los deberes y obligaciones normativos, así como la garantía de los derechos básicos y fundamentales de las personas prestadoras del servicio. En particular, debe evitar la concurrencia de sesgos discriminatorios, aun implícitos, en la ejecución y determinación de condiciones de trabajo[40]. También debe asegurar el respeto a los derechos de protección de datos de los prestadores de servicio y

[37] Grau Pineda (op. loc. cit.). También, AA.VV. (Del Rey Guanter, dir.) "Inteligencia artificial y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales". Proyecto Technos, Cuatrecasas. Instituto de Estrategia Legal en RRHH; págs.75 y ss.

[38] López de la Fuente; "La revolución tecnológica…", cit. págs. 73 y ss.

[39] Informe del Parlamento Europeo "con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica" [2015/2103(INL)]. Comisión de Asuntos Jurídicos. Punto 59.f).

[40] Como, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea "Inteligencia artificial para Europa". Bruselas, 25.4.2018 COM (2018) 237 final. También la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Building Trust

el cumplimiento de los deberes derivados de los mismos, aspecto particularmente sensible en sistemas basados precisamente en la gestión de datos, cuya observancia debe quedar garantizada en los términos tanto generales previstos en la normativa sobre la materia como específicos o particulares contemplados en la propuesta de Directiva. Y, por supuesto, la determinación de condiciones de trabajo básicas debe responder a los principios de certidumbre y previsibilidad que dispone la normativa comunitaria general aplicable (en concreto, la Directiva 2019/1152).

En relación con este último aspecto, es evidente que las peculiaridades que presenta el trabajo en plataformas exigen un plus de regulación si se quiere dar respuesta a la pretensión de mejorar –y aclarar– las condiciones de trabajo en consonancia con los objetivos marcados. Dichas peculiaridades van en una doble dirección. Por una parte, las propias de la gestión a través de sistemas inteligentes, que exigen un comportamiento transparente en la fijación de los criterios de supervisión de la actividad y de la determinación de las condiciones de trabajo; pero, por otra, las relativas a la necesidad de avanzar para evitar, en lo posible, la precarización que implica o ha venido implicando el trabajo de *delivery* a través de plataformas, caracterizado las más de las veces por tratarse de formas prestación a demanda, con comprensión estricta como tiempo de trabajo computable el preciso para el desarrollo efectivo de la actividad, cuando no exclusivamente de la tarea específica, y con una remuneración por servicio realizado, sin contar con los mecanismos implícitos o indirectos de control y sancionadores que pueden concluir con la retirada del acceso a la aplicación en que se basa la plataforma.

Por ello, la efectividad de estos objetivos básicos exige, como presupuestos, que la gestión algorítmica responda a un deber específico de transparencia y de supervisión humana de la toma de decisiones que exige su evaluación y que debe favorecer y facultar la revisión de las mismas cuando sea necesario o exigible para concluir con los principios de equidad y rendición de cuentas que, además de la referida transparencia, plantea la propia propuesta de Directiva en la determinación de su objeto (art. 1).

Para finalizar este aspecto general, hay que destacar un elemento no menor. La propuesta no plantea otras opciones que la atribución de los deberes derivados de la gestión automatizada a la plataforma (fundamentalmente en relación con los derechos de información y, en su caso, con la supervisión, evaluación y revisión humanas de la misma)[41]. Es a ésta a quien únicamente contempla como sujeto obligado. No contempla otros escenarios como los derivados de la posible

in Human-Centric Artificial Intelligence" [Brussels, 8.4.2019. COM (2019) 168 final. Se centra principalmente en ello el trabajo citado anteriormente de Ponce del Castillo; op. loc. cit.

[41] La única referencia al posible establecimiento de formas de responsabilidad conjunta la encontramos en el texto expositivo (apartado 18.bis, en la versión de junio de 2023) y respecto a la posible atribución de la misma en caso de intermediarios y por parte de las normas de derecho interno. Vid. infra.

subcontratación de los sistemas inteligentes. Es un tema, sin duda, pendiente, dada la "anomia" al respecto[42] y las claras insuficiencias del modelo de extensión de responsabilidad legalmente establecido en materia de subcontratación[43].

5.2. Transparencia y contenido de los derechos de información

La transparencia, que la Comisión Europea ha llegado a asimilar a un concepto como el de "explicabilidad"[44] para asegurar la inteligibilidad de los contenidos a que se refiera la misma, se reconduce en la propuesta de Directiva a una serie de derechos (y correlativos deberes) de información sobre los contenidos que puedan afectar a los aspectos esenciales de la prestación de servicios. Así, dentro de su artículo 6, recoge el deber de los Estados miembros de exigir a las plataformas una serie de derechos de información a sus trabajadores más allá de los genéricamente establecidos conforme la Directiva 2019/1152. Estos derechos de información, que inicialmente se reconocen a los prestadores individuales del servicio y que se extienden a sus representantes, se refieren a dos ámbitos principales; por un lado, los sistemas automatizados de supervisión y, por otro, los sistemas que se utilicen para tomar o apoyar las decisiones que afecten a las condiciones de trabajo. La propia propuesta de Directiva concreta cómo se haría efectivo el contenido de la información. Debe formalizarse a través de un documento, que se permite en formato electrónico, y se dará "a más tardar el primer día de trabajo", así como cuando se produzcan "cambios sustanciales" y "en cualquier momento a petición de los trabajadores". La información debe proporcionarse "de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro y sencillo", seguramente como concreción del referido criterio de "explicabilidad" al que aludíamos antes.

Como puede comprobarse, estos derechos de información implican un grado relativamente importante de concreción sobre las condiciones en que se desarrolla el servicio gestionado por el algoritmo, tanto a los efectos de la dirección y control de la actividad, como en relación con la determinación de condiciones de trabajo. Respecto al primero de los aspectos, la información debe referirse a si los sistemas de supervisión existen y si "están en uso o en proceso de introducción" y cuáles son "las categorías de acciones supervisadas, evaluadas o para las que tales sistemas recogen datos, incluida la evaluación por el destinatario del servicio". Por tanto, la información exigible se refiere no solo al reconocimiento de la existencia de tales sistemas de supervisión y a su implementación, sino a su contenido y, sobre todo,

[42] Cruz Villalón; "El poder directivo…", cit. en apartado 5, págs. 13 y ss. del original.

[43] Como habíamos puesto de manifiesto en otra ocasión, confr. nuestro trabajo "Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo". Bomarzo, 2021; págs. 28 y ss.

[44] "Para aumentar la transparencia y reducir el riesgo de sesgo o error, los sistemas de IA deberían desarrollarse de tal modo que las personas puedan comprender (cuál es la base de) sus acciones". Comunicación de la Comisión "Inteligencia Artificial para Europa", cit.

extensión, considerando particularmente que se basan en la recaudación de datos, incluidos los derivados de la evaluación del servicio por parte del destinatario. En relación con la determinación de condiciones de trabajo ("toma de decisiones"), la pretensión es incluir todos los aspectos que puede abarcar la gestión a través del algoritmo, partiendo de la obligación de informar sobre la implementación de tales sistemas. Así, además de informar sobre si los sistemas en cuestión "están en uso o en proceso de introducción", la empresa debe aportar información sobre las categorías de decisiones adoptadas o respaldadas por tales sistemas; los parámetros considerados por los mismos y la importancia relativa que puedan tener en la toma de decisiones automatizada, "incluida la forma en que los datos personales o el comportamiento de la persona que realiza trabajo en plataformas influyen en las decisiones"; los motivos que puedan suponer la restricción, suspensión o cancelación de la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataformas, la denegación del pago por el trabajo realizado, así como de las decisiones sobre su situación contractual o que puedan afectar a la misma.

Hay que recordar que la alusión a los parámetros utilizados –incluidos, en su caso, la incidencia que en los mismos pudieran tener los datos personales o de comportamiento– pueden referirse a la totalidad de condiciones de trabajo: tareas asignadas, remuneración (ingresos), seguridad y salud, tiempo de trabajo, promoción profesional o suspensión o extinción de la relación ("restricción, suspensión o cancelación de su cuenta"). Además, dichos parámetros se deducen de una gestión basada en metadatos que exige una protección específica y concreta sobre la configuración potencial de perfiles profesionales.

Por ello, el deber de transparencia deriva no solo a una serie de contenidos de información que deben proporcionarse a trabajadores y a sus representantes, sino que debe insertarse en el cumplimiento y respeto de los derechos básicos de los trabajadores y de los límites y procedimientos en el ejercicio de las facultades directivas.

5.3. Plataformas y límites al poder de dirección

La intervención del algoritmo en la supervisión de la actividad prestacional y en la determinación de las condiciones de trabajo no puede ser considerada más que como una forma de apoyo al ejercicio de las facultades directivas de la empresa. Las novedades que presenta la gestión por sistemas automatizados respecto a la forma en que tradicionalmente se ha comprendido el ejercicio de las referidas facultades directivas, incluidas las de control, supervisión y disciplinarias, no deben afectar ni a su titularidad –por otra parte, irrenunciable–, ni al marco jurídico en que se ejercen. Las potestades y los límites que conforman el poder de dirección quedan intactos. Precisamente el deber de transparencia que se pretende van en la dirección de asegurar que no se transgreden (ni transfieren) ni los referidos límites, ni los derechos de los trabajadores afectados.

Dentro de los límites al poder de dirección, debe encontrarse la interdicción de cualquier forma de discriminación, el necesario respeto de derechos fundamentales y, en particular, los de protección de datos y los derechos de información y certidumbre que establece la normativa comunitaria[45]. En esta sede presentan un perfil específico aspectos tan importantes como el cumplimiento de los deberes sobre la gestión de datos, la consideración de la plataforma como responsable del tratamiento, y, el necesario respeto a los derechos de *habeas data* de los prestadores del servicio. Tal como diremos a continuación, la propuesta de Directiva no solo remite al régimen general de protección de datos, sino que recoge el establecimiento de "limitaciones" específicas. Pero, antes de referirnos a este aspecto, que en gran medida centra el objeto declarado de la norma en elaboración, hemos de subrayar el necesario respeto, por parte de la plataforma, a los límites legales de las facultades directivas; unos límites, concretos en cada país miembro, que no pueden, ni deben, obviarse por la utilización de sistemas automatizados.

Como decimos, los derechos de los trabajadores en relación con la determinación de las condiciones de trabajo, regulados o no a nivel comunitario, y presentes en derecho interno, deben ser respetados. Ponemos un ejemplo. El contenido de la información que recoge específicamente la propuesta de Directiva se tiene que facilitar a sus titulares el primer día de trabajo. Pero la propuesta concreta que se debe dar en cualquier momento en que lo soliciten los trabajadores y "en caso de cambios sustanciales". Esta referencia a cambios sustanciales en la determinación de las condiciones de trabajo implementadas por el sistema inteligente abre un aspecto importante que tiene que ver con la posibilidad de adaptación constante de dichas condiciones de trabajo a nuevos requerimientos diseñados por el sistema (o decididos por la empresa y amparados en la gestión automatizada). Sin embargo, esta posibilidad –contemplada implícitamente en la propuesta de Directiva y resuelta con una actualización de los derechos de información– no debe obviar los procedimientos y derechos reconocidos a los trabajadores en la normativa de cada país miembro en caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Los citados derechos de información no pueden suplantar, como aceptada, los procedimientos legales ni los derechos de los trabajadores de cualquier modificación que suponga un cambio sustancial de condiciones de trabajo.

Pero hay un aspecto que es necesario reseñar. Efectivamente la norma comunitaria no cuestiona los límites que al ejercicio de las facultades directivas pueden quedar definidos en derecho interno. Los referidos derechos de información no suplantan estos límites, ni evitan los procedimientos establecidos. Pero es cierto que, en gran medida, la propuesta parece partir de la modulación que supone el ejercicio de tales facultades directivas de supervisión o, en los términos que

[45] Además, en su caso, de los límites a las facultades de control y vigilancia. Confr. López de la Fuente; op. cit. págs. 67 y ss.

suele emplear, de toma de decisiones, cuando interviene un sistema automatizado. Entre otras cosas, porque, bajo el prisma de aparente objetividad que supone la utilización de sistemas inteligentes[46], la gestión automatizada puede implicar una auténtica dificultad para hallar la base o fundamento de la toma de decisiones o de la propia evolución y desarrollo de las mismas. De ahí que los deberes de supervisión, evaluación y, sobre todo en este punto, revisión humanas surgen no solo como meros derechos instrumentales de los trabajadores, sino como elementos estructurales en el establecimiento de los objetivos de la propia propuesta en relación con la determinación de las condiciones de trabajo.

De igual forma, otro de los riesgos que plantea la prestación de servicios de *delivery* es la precariedad en la forma de trabajo que tradicionalmente se ha venido asociando a la misma. En este sentido, la prestación de trabajo a través de plataformas digitales tiene un carácter meramente accesorio, las más de las veces, respecto al auténtico objeto de negocio de la empresa (la intermediación y la creación de valor a través de la utilización de sistemas automatizados o inteligentes para la identificación de las demandas de servicios). De ahí la recurrente precarización y descentralización del trabajo que, pese a su carácter esencial o básico, no atienden a la línea estratégica de la empresa. Como hemos dicho en alguna otra ocasión, "el valor se desplaza a la creación del conocimiento y a la gestión conforme el sistema inteligente y el procesamiento de datos. Siendo así, quedan en un segundo (o tercer) plano el vínculo contractual de los prestadores de los mismos y, por tanto, la determinación de sus propias condiciones de trabajo"[47]. De ahí la búsqueda de fórmulas de trabajo informal acudiendo a nuevas formas de gestión y organización que permiten su utilización de forma más ágil. En este entorno de relativa incertidumbre, parte de la doctrina llega a plantear la oportunidad de buscar categorías o instituciones donde ubicar los rasgos fundamentales de esta forma de prestación de servicios, con especial incidencia, en este tema, sobre los tiempos de dedicación y su remuneración. Incluso, se plantea la necesidad u oportunidad de establecer un régimen jurídico diferenciado, bien como forma de trabajo autónomo, bien como relación laboral de carácter especial[48]. Sin embargo,

[46] Al respecto, conf. AA: VV. (Del Rey Guanter dir.); "Inteligencia artificial…"; cit. págs. 66 y ss.

[47] Valverde Asencio; "Nuevas formas de trabajo y jornada", en AA.VV. (González Ortega dir.); "El Nuevo Escenario en Materia de Tiempo de Trabajo". XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales nº 62, 2020, págs. 105-106.

[48] Grau Pineda; op. loc. cit. Por su parte, Del Rey Guanter aludía en su momento a una nueva relación de carácter especial ("Sobre el futuro del trabajo: modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos". Iuslabor 2/2017). Pérez de los Cobos planteaba directivamente el modelo de trabajo autónomo (incluido los TRADE); "El trabajo…", cit. págs. 109 y ss. También Ferrer, M.; "Plataformas digitales y trabajo, de un escenario judicial a un marco regulatorio avanzado"; en AA. VV. (Rodríguez Piñero Royo, Hernández Bejarano y Todolí Signes, dir.); "Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real". Tirant lo Blanch.

la propuesta de Directiva parte solo de la calificación de laboralidad sobre una base estricta de dualidad entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia[49].

Por ello, y resuelta, de principio, la calificación de la prestación de servicios sobre la base de la presunción de laboralidad, se deben respetar, más allá de los derechos de información específicos recogidos por la propuesta, las garantías mínimas de certidumbre o seguridad y previsibilidad que dispone la Directiva 2019/1152 en la determinación de las condiciones de trabajo; criterios mínimos que no solo se refieren a derechos de información (a los que remite la propuesta), sino que contienen previsiones específicas. Así, de conformidad con su art. 10, "si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados (…); y, b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales (…)". Además, "si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1", se reconoce al trabajador el derecho "a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables". Finalmente, el apartado 3 del art. 10 de la directiva dispone que "si los Estados miembros permiten que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador"[50].

5.4. Protección de datos

La propia conformación de los sistemas algorítmicos implica la gestión de metadatos y, por consiguiente, la recaudación y tratamiento de los mismos. Los problemas fundamentales tienen que ver con la configuración implícita de perfiles a través de la recepción de datos no expresamente consentidos, derivados de los procesos de selección y ejecución de la actividad, incluida la valoración de los

PUV, 2020; págs. 51 y ss. Pérez Capitán y López de la Fuente aluden a la normativa francesa en la El Khomri loi (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels). Pérez Capitán; "La controvertida delimitación del trabajo autónomo y asalariado (El TRADE y el trabajo en las plataformas digitales). BIB 2019\8717. Aranzadi, 2019. López de la Fuente; "La revolución tecnológica…"; cit. págs. 40 y ss.

[49] Cruz Villalón; op. cit. pág. 114.

[50] Estas normas se remiten a la normativa nacional. De conformidad con el apartado 4 del mismo artículo "los estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales".

clientes, cuya finalidad no sea la estrictamente necesaria y de la que, además, puedan derivarse sesgos potencialmente discriminatorios en la determinación de las condiciones de trabajo o vulneren el ámbito de estricta privacidad del trabajador. En este sentido, el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos se erige como una cuestión de primer nivel.

En general, la gestión automatizada plantea un problema recurrente sobre cuándo pueden darse la referida elaboración de perfiles y su trascendencia a la hora de determinar las condiciones de empleo, incluidas aquellas sobre las que se debe dar información a los trabajadores. De conformidad con el art. 22 del Reglamento 2016/679, "todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar". Sin embargo, esta prohibición general tiene sus excepciones, entre las que está, precisamente que el referido tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, sea "necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento"; esté "autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado"; o, se base "en el consentimiento explícito del interesado" (que, con carácter general, no podrá afectar a categorías especiales de datos salvo en los supuestos específicamente contemplados[51]). En este sentido, la norma comunitaria exigirá al responsable del tratamiento, en todo caso, que adopte "las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión".

Como hemos visto, el deber de transparencia que plantea la propuesta de Directiva, asociado a deberes concretos de información, al deber de supervisión humana y las posibilidades de revisión también humana de la toma de decisiones incide en este aspecto. Pero, además, en la versión aprobada por el Consejo en junio de 2023, incluye la protección de datos como objeto de la misma[52], consciente,

[51] Apartados a) y g) del art. 9.2 del Reglamento. Esto es, "si el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado" (como ocurre conforme el art. 11 de la ley nacional respecto determinadas categorías de datos); y, si "el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado".

[52] Como afirma el considerando 15.bis de la nueva redacción, "…la presente Directiva establece un marco para mejorar la protección de las personas físicas que realizan trabajo en plataformas en relación con el tratamiento de sus datos personales mediante el aumento de la

seguramente, del problema al que se enfrenta en la regulación del trabajo a través de plataformas. A partir de ahí, sistemáticamente antepuesto al deber de transparencia que en la versión inicial de la propuesta abría la regulación sobre la gestión algorítmica, la nueva versión parte del establecimiento de "limitaciones al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones" (nuevo art. 5.bis, trasladando a dicho artículo parte de la regulación contenida en el apartado 5 del art. 5 de la propuesta inicial de la Comisión).

La propuesta (en la versión del Consejo) plantea concretamente la exclusión expresa de tratamiento o recaudación de una serie de datos específicos. No se permitiría a las plataformas, "mediante sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones", el tratamiento de "ningún dato personal sobre el estado emocional o psicológico…"; el tratamiento de "ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, incluidos los intercambios con representantes de trabajadores de plataformas"; ni, por último, "recoger datos personales cuando la persona que realiza trabajo en plataformas no esté ofreciendo ni realizando trabajo en plataformas". Pretende, pues, establecer una serie de limitaciones específicas ante la posibilidad cierta de que pudieran darse dichas conductas. Dicho de otra forma, son exclusiones expresas ante la eventualidad de que, dada la capacidad técnica de los sistemas automatizados, pudieran llevarse a cabo tanto el tratamiento como la recaudación de datos en los ámbitos expresamente señalados. En estos supuestos, el tratamiento o, en su caso, recaudación de datos está prohibido y, aunque no lo diga la propuesta de Directiva, de darse, no podrían tener efectos en la toma de decisiones (tal como por otra parte se infiere de la normativa general sobre protección de datos en relación con la elaboración de perfiles no autorizados). Se trata, en definitiva, de situaciones que no se justificarían por la propia exigencia del principio de pertinencia en el tratamiento de datos, de "limitación de finalidad" a la estrictamente necesaria y del denominado principio de "minimización de datos" (art. 5 del Reglamento 2016/679).

La redacción contenida en el art. 5.bis del nuevo texto remitido por el Consejo al Parlamento es formalmente más restrictiva que el documento inicial de la Comisión. No contempla todos los supuestos previstos en el art. 5.5 de aquel, ni la prohibición genérica a la recaudación y tratamiento de datos no intrínsecamente relacionada con la ejecución del trabajo que recogía la misma. Es más, llama la atención que no se mencione ahora la prohibición de tratamiento de datos relacionados con la salud del trabajador. Pero en esta nueva versión quizá sea más evidente que la propuesta es deudora de la necesaria remisión a la normativa general (a nivel comunitario, el Reglamento 2016/679), tanto respecto a los datos especialmente sensibles –en concreto, los atinentes a la salud de la persona

transparencia, la equidad y la rendición de cuentas de los procedimientos de gestión algorítmica pertinentes en el trabajo en plataformas".

interesada– como en relación con el necesario respeto del principio de pertinencia y finalidad de los datos y la consiguiente prohibición general de elaboración de perfiles no autorizados[53].

Por ello, cuando la propuesta de Directiva recoge una serie de limitaciones expresas a la recaudación o al tratamiento de datos lo hace como especificación de la normativa general aplicable. Estas han de contemplarse como concreción o especificación de aspectos que, con particular incidencia, se dan en el trabajo de plataformas. Pero no excluye la atención a las normas generales sobre la materia. Al contrario. La garantía de los derechos de los interesados debe plantearse desde la calidad de los datos, el respeto a los principios básicos aplicables de recaudación y tratamiento (principalmente los de pertinencia, "limitación de la finalidad", "minimización de datos")[54], protección de datos especialmente sensibles y de evitación de la elaboración de perfiles no autorizados, particularmente cuando puedan contener sesgos potencialmente discriminatorios. Y, por supuesto, ha de asegurar el cumplimiento de los derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación por parte de los titulares de los datos. Todo ello desde el deber de garantía imputable al responsable del tratamiento.

Es cierto que cuando nos aproximamos a la literalidad de las limitaciones contenidas parece que la norma está contemplando la posibilidad de que se den los supuestos no expresamente prohibidos. Es decir, si se limita expresamente la recaudación de datos cuando el trabajador no esté ofreciendo o realizando trabajo es porque, precisamente, sí podría darse cuando lo esté llevando a cabo (el ofrecimiento o la realización misma del servicio). Obviamente esto debe estar vinculado a la finalidad precisa, en función de los principios básicos del tratamiento establecidos en la norma general, pero indica un ámbito donde la posibilidad de recepción de datos puede darse, vinculada a la prestación del servicio. Por ello es esencial ubicar

[53] Así lo aclara, el considerando 29. Según el mismo, "si bien el Reglamento (UE) 2016/679 establece el marco general para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, es necesario prever normas específicas que aborden las preocupaciones relacionadas con el tratamiento de datos personales realizado con sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones en el contexto del trabajo en plataformas digitales". En el mismo sentido, pero referido a los deberes de transparencia, el considerando 32 de la propuesta, afirma con claridad que "sin menoscabo de los derechos y obligaciones derivados del Reglamento (UE) 2016/679, la presente Directiva establece salvaguardias adicionales relativas al uso de sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones en el contexto del trabajo en plataformas digitales".

[54] De conformidad con el art. 5 del Reglamento 2016/679, en relación con los principios generales del tratamiento de datos, además del deber general de que los datos sean "tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado" (principios de "licitud, lealtad y transparencia), han de ser "recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines". Debe regir, además, el principio de "minimización de datos", conforme al cual la recaudación y tratamiento de datos han de ser "adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados".

estas limitaciones expresas dentro de la normativa general de protección de datos, como especificación de las mismas y, en concreto, como prohibiciones precisas que impiden cualquier recaudación o tratamiento y la elaboración de perfiles en supuestos no autorizados.

En este sentido, si atendemos al régimen general previsto para la protección de datos especialmente sensibles (categorías especiales de datos), el Reglamento en su art. 9 parte de la prohibición general de tratamiento de datos personales "que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física". Esta prohibición general tiene su régimen de excepciones. Pese a su consideración, estos datos podrán ser objeto de tratamiento (art. 9.2), entre otros motivos, cuando el interesado dé su consentimiento explícito ("excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado") o, precisamente, cuando el tratamiento sea "necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social…" (eso sí, "…en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado").

No parece ser el caso respecto a las categorías de datos expresamente excluidas en la propuesta de Directiva. Los datos sobre el estado emocional o psicológico de la persona trabajadora (que sí son asimilables a las categorías especiales de datos mencionadas); los datos recabados de conversaciones privadas, incluidas las mantenidas con los representantes de los trabajadores (como respeto esencial al ámbito de privacidad del trabajador y de garantía frente a la interlocución con sus representantes); e, incluso, los datos a que pudieran acceder cuando el trabajador no esté ofreciendo o realizando el servicio han de considerarse expresamente excluidos de cualquier tratamiento. Sin excepción. Sin posibilidad de recaudación o tratamiento, aunque se dé el consentimiento para ello. Es una medida de garantía especial, ante un supuesto especial fundamentado, precisamente, en las posibilidades que presentan los sistemas automatizados.

En todo caso, en relación con las categorías especiales de datos vale la pena incidir en algún aspecto. La interpretación de las excepciones a su posible tratamiento debe ser siempre restrictiva y coherente con los principios de pertinencia, limitación de finalidad y minimización de datos. La posibilidad de prestar consentimiento para su tratamiento también ha de ser limitada. Así, conforme la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (art. 9), y sin perjuicio de sus excepciones, vinculadas a situaciones

de interés general que aquí no se dan[55], el mero consentimiento del interesado no basta "para levantar la prohibición de tratamiento de datos cuya finalidad sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico". Es evidente, pues, la especial protección, por parte de la ley, de determinados datos vinculados a posibles sesgos discriminatorios. Su tratamiento no es posible. Ni siquiera en caso de consentimiento expreso del titular, salvo que, conforme con la remisión al art. 9.2 del Reglamento comunitario, estén en juego intereses de carácter general (donde el consentimiento debe ser expreso en todo caso) que en ningún caso encajan dentro de las actividades de control de la actividad de prestación de servicios ligada a plataformas de trabajo.

En definitiva, la gestión automatizada de datos en que se basa la implantación de sistemas automatizados o inteligentes tiene una especial y particular incidencia en los supuestos de trabajo en plataformas. A esta realidad pretende dar respuesta la propuesta de Directiva, partiendo de los parámetros consignados en la normativa general sobre protección de datos, plenamente aplicable, e incorporando algunas precisiones en forma de limitaciones específicas sobre tratamiento y recaudación de datos. Los deberes de transparencia, vinculados a los derechos de información antes vistos, y de supervisión, evaluación y posible revisión humanas insisten en este aspecto, concretando las normas previstas en el Reglamento 2016/679. En este sentido, tiene particular importancia el régimen aplicable sobre protección de datos especiales y sobre la limitación general de elaboración de perfiles a través de sistemas automatizados. La garantía de los derechos individuales de los trabajadores y, por extensión expresa de la propuesta de Directiva (art. 10 de la misma) a personas que realicen trabajo sin tener relación laboral, es clave en este asunto. De ahí la necesidad de integrar tanto la norma especial recogida en la propuesta, ciertamente restringida a los aspectos señalados, como la norma general sobre la materia.

5.5. En concreto sobre la protección en materia de seguridad y salud

La intervención de sistemas automatizados en la supervisión de la actividad y en la toma de decisiones respecto a la determinación de condiciones de trabajo representan nuevos riesgos en materia de seguridad y salud. Ante esta eventualidad, la propuesta de Directiva incardina estos nuevos riesgos dentro de los deberes

[55] De conformidad con el segundo párrafo del artículo 9.1 de la Ley, la referida limitación "no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda". Entre estos supuestos se comprenden aquellos que tienen que ver con un interés general ("…para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador…"; "…por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios…"; o, "…por razones de un interés público esencial").

básicos de prevención regulados en la Directiva marco (Directiva 89/391/CEE), sin menoscabo de la cual, actualiza aquellas obligaciones que deben preservarse no solo en relación con la forma de prestación de servicios sino, también, por la interacción en la toma de decisiones de los sistemas automatizados (art. 8.bis)[56]. En este sentido, se introduce deberes especiales de evaluación de riesgos "de los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones para su seguridad y su salud, en particular en lo que se refiere a posibles riesgos psicosociales, ergonómicos y de accidente laboral" y de adecuación sobre si las propias "salvaguardias de dichos sistemas son adecuadas para los riesgos detectados a la vista de las características específicas del entorno de trabajo". Finalmente, y en consonancia, determina la obligación de introducir "las medidas preventivas y de protección adecuadas".

En relación con los riesgos específicos derivados de la utilización de sistemas automatizados en las funciones de supervisión y de toma de decisiones, la propuesta, consciente de las consecuencias que pueden derivarse de esta forma de gestión, prevé expresamente un deber genérico de no utilización de dichos sistemas "de manera que se ejerza una presión indebida sobre los trabajadores de plataformas o se ponga en riesgo de algún otro modo la salud física y mental de los trabajadores de plataformas".

El art. 20.bis prevé la posibilidad de que los Estados permitan que por convenio los interlocutores sociales establezcan disposiciones distintas de las previstas en esta norma.

6. SUPERVISIÓN Y EVALUACIÓN HUMANAS DE LOS SISTEMAS Y REVISIÓN DE LA TOMA DE DECISIONES Y RECTIFICACIÓN

Consecuencia de los aspectos señalados anteriormente, la propuesta de Directiva recoge el deber de las plataformas de supervisar y evaluar "periódicamente las consecuencias que tienen las decisiones individuales adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones para las personas que realizan trabajo en plataformas". Junto a este deber de supervisión y evaluación periódica la propuesta recoge el deber de los Estados de velar porque las personas, además, "tengan el derecho a obtener una explicación de la plataforma digital de trabajo" sobre la toma de decisiones basadas o respaldadas por los sistemas automatizados y el derecho "a solicitar" la revisión de las mismas.

[56] Un análisis sobre los efectos de estas tecnologías en materia de seguridad y salud, en Aguilar del Castillo; "La tecnología como herramienta favorecedora de una posible universalización de la protección de la salud en el trabajo digital"; AA.VV. (Rodríguez Piñero, Hernández Bejarano y Todolí Signes dir.); "Cambiando…"; cit. págs. 81 y ss., particularmente en págs. 105 y ss. sobre los riesgos específicos que suponen las nuevas formas de control de la actividad.

6.1. Los deberes de supervisión y evaluación

Los deberes de supervisión y evaluación complementan el deber de transparencia que debe informar el tratamiento automatizado, concretando en este ámbito, en gran medida, lo dispuesto con carácter general en la normativa de protección de datos. La concordancia es evidente, por ejemplo, con los criterios de transparencia que exige el art. 88 del Reglamento 2016/679[57] y con el concreto derecho de los interesados "a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión que dispone el art. 22 antes citado (y que se refleja en derecho interno en el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 8 de diciembre)[58], en relación con la elaboración de perfiles a través de sistemas automatizados. La propia Comisión había incorporado en distintos documentos la supervisión humana como uno de los requisitos ineludibles para la consideración de cualquier sistema de inteligencia artificial como fiable[59]. Este sería un aspecto inicial, básico, en relación con la necesaria protección frente a sistemas basados en la IA que, en el proyecto general de regulación de la misma, plantea una mayor gobernanza y un empoderamiento de los Estados en su regulación y control, que incluiría, entre otras medidas, el registro de actividades que empleen sistemas de inteligencia artificial, por ejemplo, en el ámbito laboral –algo que también es concordante con el deber de transparencia pública que recogen los arts. 11 y 12 de la propuesta de Directiva que comentamos–[60].

Pero, más allá de estas consideraciones generales, en cuyo contexto podrían incluirse estos deberes de supervisión y evaluación, el art. 7 de la propuesta presenta algunos aspectos de relativa y mínima delimitación sobre su contenido.

[57] En relación con las normas de derecho interno a que obliga la norma comunitaria en relación específica con la aplicación de los derechos de protección de datos en el ámbito laboral, el apartado 2 del citado artículo aclara: "Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo".

[58] Sobre esta norma, el texto expositivo del Reglamento, en su parágrafo 71, recoge: "En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión. Tal medida no debe afectar a un menor".

[59] Comunicación de la Comisión "Inteligencia artificial para Europa"; Bruselas, 25.4.2018. COM (2018) 237 final; "Plan coordinado sobre la inteligencia artificial"; Bruselas, 7.12.2018. COM (2018) 795 final; Comunicación de la Comisión "Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano". Bruselas, 8.4.2019. COM (2019) 168 final. Confr. asimismo, en su momento, el Proyecto de Guía Ética para una Inteligencia Artificial Confiable elaborado por el Grupo de Expertos de la Comisión de 18 de diciembre de 2018 https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai.

[60] Confr. https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-

Para comenzar se trata de una indicación a los Estados miembros que deben asegurar ("velarán") el cumplimiento de deberes atribuibles a las plataformas, con lo que supone que no estamos tanto ante un modelo específico desarrollado por la propuesta, sino, como contenido propio de una Directiva, ante un mandato a la normativa interna para su desarrollo y especificación. Estos deberes están obviamente conectados. Tienen por objeto el análisis de las consecuencias de las actuaciones de los sistemas automatizados y se plantean de forma paralela a como se presentan los derechos de información de los trabajadores, referidos tanto a las actuaciones propias de supervisión de la actividad como a la toma de decisiones. Y ambos son deberes que debe cumplir la plataforma por propia iniciativa. Ahora bien, pese a esta conexión ineludible, ambos deberes deberían comprenderse de manera diferenciada ya que responden a lógicas y, sobre todo, a momentos distintos. La supervisión alude a una obligación general relativa a cualquier actuación de supervisión o toma de decisiones por parte de la plataforma y supone la necesaria intervención humana cuando sean "adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados". Es parte importante de un criterio de atribución de responsabilidad y manifestación de unos requisitos de intervención humana en la toma de decisión que son necesarios para la comprensión de la propia fiabilidad del sistema en el sentido indicado. La evaluación, por su parte, se refiere a la necesaria valoración periódica de dicha actuación y alude a la obligada evitación de riesgos que potencialmente pueden derivarse en relación con el uso de sistemas automatizados. Debe ser periódica y conllevará, conforme lo previsto en el apartado 4 del art. 7, un derecho específico de información a los trabajadores y a sus representantes (debe entenderse que sobre sus resultados). No obstante, no se recoge un derecho de participación en dicha evaluación, tal como sería seguramente adecuado, sin perjuicio de los derechos de información y consulta que específicamente tienen reconocidos en el art. 9 de la propuesta (incluyendo el derecho a asistencia técnica por parte de expertos).

Como garantía de estos deberes de supervisión y de evaluación periódica, la propuesta de Directiva exige a las plataformas la garantía de recursos humanos suficientes. Estos recursos deben tener "la competencia, formación y autoridad necesarias" para ejercer la función de supervisión y evaluación encomendadas cuya actuación debiera ser independiente (así se deduce), aspecto que se refuerza con el criterio de inmunidad previsto ante cualquier despido, medidas disciplinarias o tratos posiblemente desfavorables por el ejercicio de sus funciones.

intelligence?&at_campaign=20226-igital&at_medium=Google_Ads&at_platform=Search&at_creation=RSA&at_goal=TR_G&at_advertiser=Webcomm&at_audience=artificial%20intelligence%20act&at_topic=Artificial_intelligence_Act&at_location=ES&gclid=Cj0KCQjwz8emBhDrARIsANNJjS5XgbSNYALa8LvEk4Uk4r4W55m536YJgxNZtxFqQS_8HUVM4f45BmcaAuSGEALw_wcB

6.2. Derecho a solicitar explicación, revisión y deber de rectificación en caso de afectación de los derechos de los trabajadores

Además de estos deberes de supervisión y evaluación, la propuesta de Directiva recoge el derecho de las personas que presten servicios en plataformas "a obtener una explicación de la plataforma" en relación con cualquier decisión que fuera "adoptada o respaldada por un sistema automatizado", así como el derecho a solicitar una revisión de las decisiones que pudieran vulnerar los derechos de los trabajadores.

Los Estados "velarán", en el sentido indicado por la propuesta, por el referido derecho de los trabajadores a solicitar una explicación, cuyo objeto se referirá a cualquier decisión que afecte "significadamente" a condiciones de trabajo, y supone el correlativo deber de contestación por parte de la plataforma. Ésta se dará "sin demora indebida", aportando cierta laxitud del referido plazo de respuesta y vinculándolo a que el retraso no sea excesivo. Además, con carácter general, se prevé que la plataforma disponga de una persona de contacto a tal efecto, con competencia y formación y, sobre todo, "con autoridad necesarias para ejercer esa función". El deber de contestación se debe proporcionar a través de una declaración escrita cuando afecte a aspectos básicos y elementales del propio desarrollo de la relación contractual y a la propia situación de la parte débil del contrato (exceptuando los procedimientos estrictamente disciplinarios, incluido el despido, que están excluidos de las normas previstas en este artículo). En caso de insatisfacción con la contestación dada o en caso de que se entiendan vulnerados en sus derechos, los trabajadores pueden demandar una revisión de la decisión. Esta solicitud de revisión debe ser respondida en un plazo más concreto. No más de dos semanas después de la recepción de la solicitud.

Si objetivamente ha habido vulneración de los derechos de las personas, la plataforma tiene el deber directo de rectificar. Esta rectificación deberá producirse también "sin demora", pero aquí ya no se habla de demora indebida, sino que se establece directamente un plazo máximo de actuación: "en cualquier caso, en el plazo de dos semanas". Si no fuera posible la rectificación, la plataforma deberá ofrecer una indemnización.

El deber de indemnización cuando no fuera posible la rectificación debida supone un deber directo, no ejercido a instancia de parte (más que lo que supone la inicial solicitud de explicación o de revisión), y es concordante con el derecho de reparación que, en conexión principalmente con el Reglamento 2016/679, prevé el art. 13 de la propuesta de Directiva. Esto indica que la propuesta parte de la afectación de derechos vinculados a la interdicción de la discriminación y, sobre todo, de protección de datos. Así se deduce con claridad del texto dispositivo (parágrafo 37). Pero es evidente que debieran incluirse aquí la vulneración de cualquier tipo de derecho de carácter laboral que pudiera afectar a los trabajadores.

Estos derechos de solicitud de información específica y de revisión presentan otros aspectos. La contestación a la explicación solicitada o la declaración escrita, cuando corresponda ésta, no debería poder sustituir la responsabilidad derivada de la decisión, aunque esta fuera adoptada o respaldada por el sistema automatizado. Se trata de un deber específico de información que no puede suponer la elusión de la potencial responsabilidad de la plataforma –ni su obvio deber de rectificación– cuando proceda por haber afectado los derechos de los trabajadores.

Desde este punto de vista, estos derechos de solicitud de explicación y de revisión son clave en la conformación de la posición jurídica de la persona trabajadora. Tienen cierto carácter instrumental, adicional o preparatorio de la posición procesal de quien, ante la posible afectación de sus derechos laborales, requiere de una explicación previa en que pueda fundamentar la correspondiente reclamación sustentada en prueba suficiente (en concordancia con otros deberes de acceso a pruebas como los planteados en el art. 14 de la propuesta). La Directiva en tramitación parte de la dificultad que conlleva la identificación precisa de los medios de intervención del sistema automatizado en la determinación de condiciones de trabajo. Por esto parece plantear fórmulas en que fundamentar la necesaria búsqueda, constatación y acreditación necesarias de aquellas y de la posible vulneración de derechos derivadas de las mismas. Este es el fundamento de estos derechos concretos. Pero, al margen de este carácter instrumentar, estamos ante deberes específicos, conformadores del general deber de transparencia, cuya inobservancia conllevará la consecuente exigencia de responsabilidad. No debería, en ningún caso, admitirse que con la mera respuesta por parte de la plataforma se concluye el cumplimiento por parte de la plataforma de sus obligaciones contractuales.

Por otro lado, la propuesta no recoge medidas específicas de limitación del ejercicio de las facultades directivas. Los derechos de acceso a la información no suplantan estos límites, ni pueden obviar los procedimientos en caso de modificaciones sustanciales. Pero ante la modulación que en la toma de decisión supone la intervención del sistema automatizado, los deberes de supervisión, evaluación y, sobre todo de revisión y rectificación deben comprenderse, en la lógica de la propuesta de Directiva, como elementos estructurales en relación con la necesaria clarificación y mejora en la determinación de las condiciones de trabajo que fija como objetivos.

De ahí el deber asociado e ineludible de rectificación (o, en caso de que no sea posible, de indemnización). Es un deber objetivo. La existencia de vulneración de derechos se concibe de manera objetiva, aunque, obviamente, puede ser controvertida por la otra parte. Pero, si finalmente se constata a través del oportuno proceso en que se plantee la acción del trabajador (o, incluso, a través de un procedimiento sancionador), la plataforma será necesariamente responsable, se planteará la referida reparación a que alude el art. 13 y se ordenará la rectificación necesaria, aunque la propuesta normativa no llega a este extremo. Es cierto que

atribuye directamente el deber de rectificación a la plataforma, pero no menciona cómo puede hacerse exigible ni las consecuencias de su incumplimiento (más que la aludida responsabilidad indemnizatoria). Por tanto, corresponderá al ámbito de cada Estado miembro su definición, incluyendo, en su caso, la actuación sancionadora administrativa o penal.

Finalmente, hemos de recordar que estas previsiones no son aplicables a los procedimientos disciplinarios y de despido. Debe entenderse que se refieren a procedimientos expresamente declarados y reconocidos como tales por parte de la plataforma. Esta exclusión puede tener sentido por su especialidad y por la interferencia que pueden tener, principalmente en materia de plazos y dinámicas, acciones que, como en derecho interno, gozan de carácter sumario. Además, la decisión de despedir o sancionar se hace efectiva en sí misma, con lo que ya no tiene sentido la posible petición de explicación, revisión o rectificación más allá del ámbito procesal. En todo caso, ello no impediría el ejercicio de la correspondiente acción si, de la decisión inicialmente no formalizada como despido se dedujera, empero, la pretensión extintiva de la relación laboral por afectar tan sustancialmente su continuidad efectiva haciéndola inviable (por ejemplo, cerrando las vías de acceso a la app). Pero en ello no entra la propuesta. Simplemente excluye los procedimientos por despido o disciplinario, seguramente por los motivos citados y deja al ámbito procesal de la parte afectada y a la posible concreción en derecho interno las acciones que pudiera decidir ejercer ante actuaciones que pudieran afectar a su situación contractual.

7. EL ROL DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Es relativamente interesante el rol que la propuesta de Directiva otorga (y evita) a la representación de los trabajadores, a los interlocutores sociales y, en su caso, a otras entidades jurídicas a las que se reconoce un papel procesal en la defensa de los intereses de las personas prestadoras del servicio en plataformas por tener un interés legítimo (art. 14 en una referencia en la que debemos entender incluidas a las organizaciones sindicales).

El papel de la representación colectiva en la gestión automatizada es clave. Y lo es porque a través de la misma podrían (y deberían) articularse realmente muchos de los mecanismos de control efectivo del cumplimiento de la normativa en relación con el necesario respeto a los derechos y posición jurídica de los trabajadores. Planteada de partida la calificación general como laboral de la relación contractual que une a las personas prestadoras del servicio con la plataforma, y asegurada la consideración de la misma como empleadora, el primer rol que debe atribuirse a la representación debe ser de el de fiscalización del cumplimiento de la normativa. Como dice el parágrafo 39 del texto expositivo de la propuesta, dadas "las repercusiones directas para la organización del trabajo y las condiciones

individuales de los trabajadores de plataformas, es fundamental garantizar que los derechos y obligaciones de información y consulta, en particular los establecidos en la Directiva 2002/14/CE, puedan ser ejercidos directamente por los representantes de los trabajadores de plataformas…".

El art. 9 de la propuesta recoge la previsión general sobre los derechos de información y consulta. Según la misma, "sin menoscabo de los derechos y obligaciones derivados de la Directiva 2002/14/CE, corresponde a los Estados miembros garantizar un deber de información y de consulta a los representantes de los trabajadores de plataformas (o, en caso de que no tengan tales representantes, de los trabajadores de plataformas afectados) "por parte de las plataformas digitales de trabajo". Estos deberes de información y consulta –que dan lugar a los correlativos derechos de la contraparte– versarán necesariamente "sobre las decisiones que puedan conducir a la introducción de los sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones o a cambios sustanciales en el uso de dichos sistemas". Este deber genérico de información y de consulta[61] implica una grado necesario de participación de los representantes de los trabajadores en la determinación de la aplicación de la gestión automatizada. Como dispone la Directiva 2002/14 (y recoge en términos muy similares el art. 64.1 del Estatuto de los Trabajadores), si bien se entiende por "información" "la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo"; el derecho de consulta implica "el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario".

Pero, es más, estos deberes genéricos se concretan en otros contenidos específicos de información a que tienen derecho de acceso la representación de los trabajadores. Así, se reconoce el derecho a obtener la misma información que se garantiza a los trabajadores individuales en el art. 6. Según su apartado 4 "las plataformas digitales de trabajo también pondrán la información a que se refiere el apartado 1 a disposición de los representantes de los trabajadores de plataformas" (también lo pondrán esta información "a disposición de las autoridades nacionales competentes a petición de estas"). O la información relativa a la evaluación de la implantación de los sistemas automatizados (aunque aquí hubiera sido deseable garantizar la participación efectiva, a través de un procedimiento cuando menos de consulta, como implícitamente puede estar previsto –al menos en derecho interno- respecto de la actualización de los deberes de evaluación de riesgos laborales). O, finalmente, la información que conforme el art. 12 deben poner a disposición de

[61] Recordemos que conforme el art. 64.1 del Estatuto de los Trabajadores, "se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo".

las autoridades competentes nacionales las propias plataformas y que se refiere al "número de personas que realizan trabajo en plataformas con regularidad a través de la plataforma digital de trabajo en cuestión y su situación contractual o laboral"; a "las condiciones generales determinadas por la plataforma digital de trabajo, aplicables a esas relaciones contractuales, que se apliquen a un gran número de relaciones contractuales"; y, a "los intermediarios con los que la plataforma digital de trabajo tiene una relación contractual".

Específicamente, en relación con estos estos contenidos, que lo son de transparencia activa[62], se reconoce expresamente derecho de acceso a la representación de los trabajadores, e incluye el derecho reconocido a las autoridades competentes y, por extensión, a los representantes de los trabajadores, "a solicitar aclaraciones y detalles adicionales a las plataformas digitales de trabajo en relación con cualquier información facilitada". Estas deben responder en un plazo razonable a estos requerimientos.

Uno de los problemas que puede tener la representación de los trabajadores es la relativa falta de formación ante la introducción de sistemas que requieren, para su conocimiento, una profunda capacidad técnica. Para evitar estos problemas la propuesta reconoce el derecho de asistencia por "un experto de su elección, en la medida en que lo necesiten para examinar el asunto objeto de información y consulta, y formular un dictamen". En caso de empresas de más de quinientos trabajadores en un Estado miembro, corresponderá a la empresa asumir los gastos de la intervención de experto ("siempre que sean proporcionados") y remite al desarrollo normativo interno "la frecuencia de las solicitudes de expertos y el límite máximo de los gastos a cargo de la plataforma digital de trabajo, garantizando al mismo tiempo la eficacia de la asistencia".

En otro orden, los representantes "y las entidades jurídicas que, de conformidad con la legislación o la práctica nacionales, tengan un interés legítimo en la defensa de los derechos de las personas que realizan trabajo en plataformas" podrán participar en cualquier procedimiento judicial o administrativo destinado a hacer cumplir cualquiera de los derechos u obligaciones derivados de la presente Directiva, al modo en que, en derecho interno, reconoce el art. 65.1 del Estatuto de los Trabajadores (art. 14). Como sigue diciendo la propuesta de Directiva, "dichos representantes o entidades podrán actuar en nombre o en apoyo de una o varias personas que realizan trabajo en plataformas en caso de infracción de cualquier derecho u obligación derivados de la presente Directiva, de conformidad con su legislación y sus prácticas nacionales".

[62] "La información se facilitará para cada Estado miembro donde haya personas que realizan trabajo en plataformas a través de la plataforma digital de trabajo de que se trate". Se actualizará como regla general, al menos, cada seis meses y, respecto de las condiciones generales de trabajo, cada vez que se modifiquen las mismas de manera sustancial –en caso de microempresas estos plazos se amplían al año–.

En relación con los derechos de información de la representación de los trabajadores y la posible transmisión de la misma a sus representados, se plantean un par de cuestiones, algunas de las cuales aborda directamente la propuesta (otras no).

En este sentido, en primer lugar, la propuesta no aborda los problemas que pueden derivar de la delimitación de la extensión de los deberes de sigilo y, en particular, de confidencialidad que, en su caso, serían exigibles a la representación de los trabajadores respecto de los secretos industriales, aspecto que puede ser clave en la implantación de sistemas automatizados. Como decimos, la propuesta no alude a esta cuestión, seguramente porque entiende suficientes los deberes contenidos en el art. 6 de la Directiva 2002/14, cuyo contenido habrá que tener presente.

Pero, en segundo lugar, hay que considerar la protección de los datos personales de los propios trabajadores potencialmente afectados por el contenido de la información a que tienen acceso los representantes. En este ámbito, la propuesta sí incorpora una previsión específica (que entendemos que será objeto de reforma o, al menos, de mejora técnica) en la nueva versión de junio de 2023. De conformidad con el apartado 2.bis del art. 14, "cuando sea necesario para la defensa de los derechos de las personas que realizan trabajo en plataformas", y respecto del contenido de la información derivada de los derechos individuales del art. 6 y de la evaluación del art. 7, la plataforma pondrá la misma "a disposición de los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas distintos de los representantes de los trabajadores de plataformas". Esta previsión es sin duda una precaución que va más allá de los referidos deberes de confidencialidad y que redunda en la polémica recurrente sobre los límites de los derechos de información de la representación de los trabajadores en relación con la protección de datos de carácter personal. Obviamente se refiere a los contenidos señalados, no a otros contenidos de más amplio acceso (como los relativos a publicidad activa), pero en todo caso, la alusión a estos representantes distintos de los representantes de los trabajadores no se entiende bien, salvo que esté previendo la posible remisión individual exclusivamente a quien designe como tal representante la persona afectada. Este parece ser el sentido del art. 1.4, que, en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva, alude a lo siguiente: "Con respecto a los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas distintos de quienes representan a los trabajadores de plataformas, la presente Directiva se aplicará únicamente en la medida en que la legislación y las prácticas nacionales prevean una representación de las personas que realizan trabajo en plataformas". Esta norma, introducida igualmente en el proceso de tramitación, alude a la misma figura cuya existencia debe entenderse incardinada en los referidos supuestos de protección de datos del trabajador individual y cuya función parece quedar remitida a lo que establezca la norma de cada estado.

En otro orden de cosas, también hay que aludir a la creación y protección de canales de comunicación entre los trabajadores y sus representantes. Tal como señala el parágrafo 45 del texto expositivo, "la falta de un lugar de trabajo común" caracteriza el trabajo en plataformas, lo que supone una dificultad de comunicación entre los trabajadores y sus representantes. Para ello, como sigue afirmando, "es necesario crear canales de comunicación digitales, en consonancia con la organización del trabajo en plataformas". Este es el fundamento de la previsión contenida en el art. 15. Según el mismo, "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las plataformas digitales de trabajo ofrezcan la posibilidad de que las personas que realizan trabajo en plataformas se pongan en contacto y se comuniquen entre ellas, y con los representantes de los trabajadores, a través de la infraestructura digital de las plataformas digitales de trabajo o de medios igualmente eficaces, sin dejar de cumplir las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE".

La propuesta de Directiva recoge algunas normas específicas para garantizar la protección de estos canales de comunicación (digitales) y su confidencialidad. Dos son los aspectos más destacados. Por un lado, la previsión del último inciso del citado art. 15, que recoge el deber de los Estados miembros de exigir a las plataformas "que se abstengan de acceder a dichos contactos y comunicaciones o de supervisarlos"; y, por otro, la referida prohibición expresa de recaudación de ningún tipo de dato "relacionado con conversaciones privadas, incluidos los intercambios con representantes de los trabajadores de plataformas" [art. 5.bis.1.b)].

Finalmente, la propuesta de Directiva hace alguna mención destacada a los interlocutores sociales y a las funciones encomendadas de mejora, desarrollo o de regulación *ex novo* a través de la negociación colectiva de algunos de los derechos contenidos en la propuesta. Como afirma el parágrafo 50.bis del texto expositivo (en redacción de junio de 2023), "debe respetarse la autonomía de los interlocutores sociales", a quien se le corresponde, según dicha exposición de motivos, "…poder considerar que, en situaciones específicas relacionadas con las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas, son más adecuadas, para la consecución de los fines de la presente Directiva, disposiciones diferentes que determinadas normas establecidas en la presente Directiva". Y concluye: "por tanto, los Estados miembros han de poder permitir a los interlocutores sociales mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos que difieran de determinadas disposiciones incluidas en dichos artículos, respetando al mismo tiempo la protección general de los trabajadores de plataformas". Esto sin perjuicio del fomento del diálogo social, basado en la posibilidad de que los Estados confíen a estos interlocutores "la aplicación de la presente Directiva" (parágrafo 52, incluida ya en la versión inicial).

Por consiguiente, tanto desde la perspectiva de la participación de los interlocutores sociales en la mejor aplicación de lo dispuesto en la Directivas a través de normas específicas que puede desarrollar la negociación colectiva, como

en el caso en que, cuando así esté previsto, pudieran establecer a través de dicho instrumento normas distintas sobre los contenidos tratados (como en materia de prevención de riesgos, información y consulta de los representantes, declaración del trabajo en plataformas y acceso a la información -publicidad activa-), "siempre que respeten la protección general de los trabajadores" (art. 20.bis), el papel que los Estados miembros puede otorgar a los sujetos negociadores es amplio. Es más, con carácter general, en el proceso de transposición, la propuesta exige a los Estados miembros que adopten "las medidas adecuadas para garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales y promover y mejorar el diálogo social con vistas a la aplicación de la presente Directiva" (art. 21.3).

8. REFLEXIÓN FINAL

En las presentes páginas hemos intentado hacer un relato del complejo contenido de una propuesta de Directiva como la analizada. Partiendo de su relativa novedad, al tratarse de una Directiva de corte laboral pero centrada en un sector muy específico de actividad, caracterizado por la novedad de los retos que impone y, en gran medida, por tratarse de un ámbito donde se están poniendo de manifiesto las dificultades de afrontar, desde los principios sociales de la Unión, la implantación de sistemas inteligentes en la gestión de recursos humanos.

Los aspectos principales de esta regulación se centran en la clarificación de la calificación jurídica de la relación contractual que une a los prestadores directos del servicio con la plataforma y en la protección de derechos fundamentales básicos, como la prohibición de discriminación y la protección de datos de carácter personal, dada la más que probable generación de perfiles profesionales en una gestión automatizada de supervisión y toma de decisiones. Pero también se centra en la mejora de condiciones de trabajo, aunque pretendidamente garantizadas, en este caso, a través del establecimiento de los deberes de transparencia de la plataforma y los consiguientes derechos de información y acceso de los trabajadores, que, junto a los deberes de evaluación y supervisión, así como de revisión y rectificación de decisiones adoptadas o respaldadas por el algoritmo, son los elementos sobre los que gira la referida y pretendida protección de los trabajadores.

Es evidente que la propuesta parte de las dificultades técnicas que puede suponer el acceso transparente a los contenidos y formas de tomas de decisiones que afectan a la determinación de las condiciones de trabajo y a la propia definición de la situación contractual de los trabajadores. Por ello recurre a derechos y deberes que hemos llamado instrumentales y que tienen que ver con cuestiones procesales ligadas al acceso efectivo a prueba (art. 16), deberes de declaración del trabajo realizado a través de plataformas (art. 11) o de puesta a disposición de la información sobre número de trabajadores, condiciones generales de contratación o existencia de intermediarios (art. 12).

Corresponde a los Estados miembros la transposición de la Directiva tras su aprobación, en un proceso de por sí intenso y que revela, en el sentido que indicábamos al principio, distintas posiciones entre los agentes que intervienen en su elaboración. De ahí las modificaciones importantes –y la modulación de contenidos– respecto del texto inicialmente propuesto por la Comisión. Deja un rol importante a la negociación colectiva y a los interlocutores, cuya participación se encarga de fomentar la propia propuesta. Y deja al ámbito de cada Estado el rol sancionador y de supervisión del cumplimiento normativo (art. 19). Con una particularidad, parece ubicar la competencia sancionadora en la sede de las autoridades de control del Reglamento sobre protección de datos (aunque limitadas a los derechos de información, supervisión, revisión y rectificación). Pero no puede olvidar que muchos de estos aspectos son de claro contenido laboral, desarrollados en una relación de trabajo, y, por consiguiente, supervisables por la autoridad encargadas de estas funciones en derecho interno. En nuestro caso, la ITSS.

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE*

María Sepúlveda Gómez
Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras clave:** derechos humanos laborales, medio ambiente, sostenibilidad, diligencia debida, UE

Tras décadas de implementación voluntaria de la diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente por empresas multinacionales en sus cadenas mundiales de producción, sin que haya dado lugar a una mejora a gran escala en todos los sectores, la Comisión Europea presentó en febrero de 2022 una propuesta de Directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad, que regula un marco horizontal jurídicamente vinculante sobre el deber de las empresas multinacionales de integrar la diligencia debida en sus políticas corporativas, así como la obligación de identificar, prevenir (ex ante), mitigar, eliminar y reparar (ex post) los efectos adversos, reales y potenciales, que sus cadenas de producción mundiales pueden provocar sobre los derechos humanos y el medio ambiente.
Se trata de una intervención normativa de mínimos, con mecanismos débiles para la consecución de los objetivos propuestos, pero supone un paso importante hacia la obligatoriedad de protección y respeto de los derechos humanos laborales y el medio ambiente en las empresas que forman parte de la cadena de suministros a nivel mundial, así como para hacer frente al cambio climático.
El contenido de la propuesta de Directiva ha sido notablemente mejorado por las enmiendas aprobadas por el Parlamento, lo que amplía las posibilidades de consecución de los objetivos de sostenibilidad dentro y fuera de la UE. Queda esperar a la redacción definitiva para comprobar el compromiso de la UE con las personas, los derechos humanos, el medio ambiente y el cambio climático.

ABSTRACT ***Keywords:*** *Human rights at work, environment, sustainability, corporate due diligence, European Union*

After decades of voluntary implementation of human rights and environmental due diligence by multinational companies in their global supply chains, without it leading to large-scale improvement in all sectors, the European Commission presented in February 2022 a proposal for a Directive on Due Diligence and Sustainability, which regulates a legally binding horizontal framework on the duty of multinational companies to integrate due diligence into their corporate policies, as well as the obligation to identify, prevent (ex-ante), mitigate, eliminate and remedy (ex-post) actual and potential adverse human rights and environmental impacts of their global supply chains.
This is a minimum regulatory intervention, with weak mechanisms for achieving the proposed objectives, but it is an important step towards making the protection and respect of human labour rights -among others- and the environment mandatory for companies that form part of the global supply chain, as well as to tackle climate change.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "*La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*" (PID2021-122537NB-I00), Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

 Recepción original: 29.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. De la voluntariedad de la responsabilidad social corporativa al deber de diligencia empresarial vinculante en derechos humanos y medio ambiente
2 Contexto de la propuesta de directiva y la necesidad de intervención
3. La propuesta de directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad
   3.1. Objetivos de la propuesta de Directiva a partir de un concepto de diligencia debida obligatoria para las empresas y garantizada por los Estados
   3.2. El limitado ámbito personal de aplicación
   3.3. Ámbito material: derechos humanos, medio ambiente y cambio climático
   3.4. Obligaciones empresariales que integran la diligencia debida
   3.5. Reparación de los daños y responsabilidad civil
   3.6. Sanciones por incumplimientos de la diligencia debida
4. Conclusiones

1. DE LA VOLUNTARIEDAD DE LA RSE AL DEBER DE DILIGENCIA EMPRESARIAL VINCULANTE EN DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE

"Todas las empresas deben respetar los derechos humanos tal como se consagran en los convenios internacionales e instrumentos enumerados en el anexo, parte I, sección 2"[1] [Anexo de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937][2]. Así se manifiesta el Parlamento Europeo en junio de 2023, introduciendo *ex novo* un gran número de enmiendas a la citada propuesta de Directiva[3].

La afirmación, que a primera vista puede parecer superflua, refleja la posición de partida que mantiene el Parlamento Europeo en torno al respeto de los derechos humanos y el medio ambiente por parte de las empresas multinacionales, sus filiales

[1] Entre los que se encuentran los Convenios fundamentales de la OIT: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87). Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98). Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) y su protocolo de 2014. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (n.º 105). Convenio sobre la edad mínima, 1973 (n.º 138). Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182). Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111); entre otros instrumentos internacionales.

[2] Bruselas, 23.2.2022 COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD).

[3] P9_TA (2023)0209. Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Comisión de Asuntos Jurídicos.
PE738.450.
Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 1 de junio de 2023 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM (2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD). Procedimiento legislativo ordinario, primera lectura, Considerando 6 bis.

y las empresas de sus cadenas de valor. Es una posición que se va a reflejar en el resto de enmiendas, y que reconfigura el contenido material y personal del deber empresarial de diligencia debida de un modo más intenso, concreto y completo, que el que se recoge en el texto original de la Comisión europea, lo que contribuye a diseñar un modelo de protección de los derechos humanos y el medio ambiente más elevado, aunque no de un modo absoluto.

Este deber de respeto de los derechos humanos y el medio ambiente aplicable a todas las empresas se postula por el Parlamento Europeo como premisa de partida, como requisito ineludible, como base a partir de la cual se configura otro deber más específico consistente en un deber de diligencia ("diligencia debida"), aplicable sólo a las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. Deber que exige la integración de dicha diligencia debida en todas las políticas de las empresas, además de una serie de obligaciones para prevenir, identificar, mitigar, eliminar los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente a lo largo de su cadena de valor, y reparar a las víctimas en caso de daños. Deber de diligencia debida, cuyo alcance y naturaleza van a variar con arreglo al tamaño, al sector, al contexto operativo y al perfil de riesgo de la empresa[4].

Es significativo a estos efectos que la enmienda ancla de forma expresa este deber genérico de respeto de los derechos humanos y el medio ambiente por parte de todas las empresas –con el que hemos iniciado este apartado–, no sólo a la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ya se contenía en el texto inicial de la Directiva, sino también a otras normas internacionales vigentes "*y consolidadas*" sobre conducta empresarial responsable, "como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, aclaradas en la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable"[5]. Textos internacionales que "especifican que las empresas deben proteger los derechos humanos y establecen cómo deben ´respetar` y abordar la protección del medio ambiente en todas sus operaciones y cadenas de valor"[6]. De manera que la postura es clara: estos textos internacionales y otros sobre la materia deban seguir siendo respetados por todas las empresas, no sólo por las que se encuentran en el ámbito de aplicación del deber específico de diligencia debida, desarrollado en la propuesta de Directiva.

La propuesta de Directiva sobre diligencia debida supone un punto de inflexión en el proceso de creación de competencias reguladoras de las empresas

[4] Enmienda 7, por la que se añade un nuevo Considerando a la propuesta de Directiva (6 bis).

[5] Enmienda al Considerando 5 de la Directiva.

[6] Ibídem.

multinacionales respecto de sus actuaciones y las de todas aquellas empresas colaboradoras que integran sus cadenas de valor. O, dicho de otro modo, un punto de inflexión en la "laboriosa construcción de una respuesta"[7] ante los efectos perjudiciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente que se producen en las cadenas globales de producción. Con la propuesta de Directiva, y sin entrar todavía a valorar su contenido, se produce por primera vez una intervención normativa de carácter vinculante para los Estados miembros, que deberán regular dentro de ese marco normativo europeo el deber de diligencia de determinadas empresas para asegurar el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en sus actividades económicas, tanto por dichas empresas, como por sus filiales y por las empresas que intervienen en sus cadenas de valor.

Un deber que, a partir de la aprobación de esta Directiva y su transposición, saldrá fuera del ámbito de la mera voluntad empresarial de actuación éticamente responsable, y que por tanto va más allá de lo que hasta ahora y desde los años 90 se ha venido denominando responsabilidad social corporativa[8], cuyo origen se sitúa en la globalización de la economía, y los daños y desequilibrios que ha producido a nivel mundial[9]. La toma de conciencia por la sociedad y las organizaciones no gubernamentales y sindicales sobre la necesidad de que el sistema económico globalizado respete los derechos humanos y el medio ambiente, junto con la presión ejercida en este sentido por instituciones internacionales, llevó a las empresas multinacionales como protagonistas destacadas de la globalización económica, a poner en marcha prácticas responsables en sus cadenas de producción, "como respuesta a los excesos de las empresas multinacionales en países en desarrollo sobre trabajo forzoso e infantil, represión de libertades sindicales y discriminación racial, sexual e ideológica, que pusieron de manifiesto que el proceso de la civilización del mercado mundial carecía de conciencia"[10].

[7] Así denominado, acertadamente, por Sanguineti Raymond, W. (2022): "La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor", en AAVV *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (directores), Cizur Menor Navarra, Aranzadi, p. 36.

[8] Vid. sobre la materia Sepúlveda Gómez, M. (2011): "Responsabilidad social de las empresas y eficacia en la calidad en el empleo", en AAVV, *Eficacia de las Normas Laborales desde la Perspectiva de la Calidad en el Empleo*, J. Cruz Villalón (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp 291-358.

[9] Es ilustrativa a estos efectos la afirmación de M. A. Lorente y J. R. Capella en *El crak del año ocho. La crisis. El futuro*, Mínima Trotta, 2009, p. 16, que mantienen que unos de los cuatro motores básicos del éxito de la globalización, y germen de su colapso, ha sido la globalización de los mercados, las cadenas de producción internacional y un enorme ejército global de mano de obra barata.

Baylos Grau, A., (2005): "Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de su exigibilidad jurídica", en AAVV, *Aspectos económicos de la Jurisdicción social*, Estudios de Derecho Judicial nº 66, Consejo General del Poder Judicial, p. 251.

[10] A. Baylos Grau, "Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de su exigibilidad jurídica", cit., pág. 255.

Ante la tesitura de una intervención normativa, revindicada por organizaciones civiles y sindicales, que tuviera en cuenta los factores sociales y medioambientales en los instrumentos de liberalización económica que habían impulsado la globalización económica, en una situación que llegó a ser preocupante por el hostil enfrentamiento entre activistas antiglobalización, empresas e intereses gubernamentales[11], las empresas multinacionales asumieron de manera rápida y "sin que exista norma alguna que las obligue y recurriendo para justificar sus actuaciones al paraguas ideológico de la responsabilidad social corporativa, el rol de sujetos reguladores de la conducta como empleadores de sus contratistas y proveedores situados en las más diversas localizaciones remotas, sirviéndose de los mecanismos contractuales que les permiten ordenar el funcionamiento de la red como palanca para llevarlo a cabo"[12]. La posición de las organizaciones empresariales internacionales ha sido siempre la de la voluntariedad, por entender que las obligaciones y responsabilidades en materia de derechos humanos son de los estados, no de las empresas[13].

Naciones Unidas ofreció el marco para esa asunción voluntaria de comportamiento ético en sus cadenas de valor por las empresas multinacionales, a través del Pacto Mundial de 2000, lo que suponía la transformación de la empresa transnacional, por decisión propia, en un sujeto ético además de económico, que reclama para sí la autoridad de una actuación conforme a los cánones de comportamiento universalmente admitidos[14]. Esta misma estrategia de lograr el compromiso y el poder de dichas empresas para alcanzar el respecto de los derechos humanos en sus actividades globales, es la que inspiró más tarde la proclamación por parte de Naciones Unidas de los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos[15]. Estos Principios persiguen la consecución de la globalización

[11] Según *McCrudden*, C. en "Responsabilidad empresarial y contratación en el sector público", Cuadernos Forética nº 9. Consultable en http://www.foretica.es.

[12] Sanguineti Raymond, W. (2022): "La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor", cit., pp. 37-38, con cita de cita de I. *Daugareilh*.

[13] Así lo expresaron frente a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas en la esfera de los Derechos Humanos, aprobadas en 2003 por la extinta Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. En 2004 se eliminó en carácter vinculante de estas Normas, según explica detalladamente Guamán, A. (2021): *Diligencia debida en Derechos Humanos Humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 53-54.

[14] Sanguinetti Raymond, W. "Globalización y regulación colectiva de las condiciones de trabajo: los derechos básicos de los trabajadores en los sectores deslocalizados", en AAVV *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, R. Escudero Rodríguez (coord.), Ediciones Cinca, 2008, p. 445, con cita de Baylos Grau.

[15] *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy'* Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas mediante su Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. Sanguineti Raymond, W. "Globalización y regulación colectiva de las condiciones de trabajo: los derechos básicos de los trabajadores en los sectores deslocalizados", cit. pp. 40-41. Sobre la materia vid. Márquez Carrasco, C. (Dir), *España y la*

socialmente sostenible, incorporando el concepto de diligencia debida, y a pesar de que en su introducción se afirma que "Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura", sin embargo también se afirma que "En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional", además de no contener mecanismos de coerción para el cumplimiento de sus principios, ni obligaciones directas para las empresas[16]. Estos Principios se basan en el concepto de diligencia debida, vinculado al principio de no dañar, y supone la adopción voluntaria por parte de las empresas de una serie de medidas para identificar, prevenir, mitigar e informar acerca de sus impactos negativos sobre los derechos humanos actuales y potenciales[17].

No obstante, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU trabaja desde 2014 en un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos[18], conocido como Tratado Vinculante de Naciones Unidas[19].

El concepto de diligencia debida como instrumento de referencia para la actuación voluntaria de las empresas multinacionales en materia de derechos humanos ha sido también acogido en otros instrumentos internacionales, como las recomendaciones de la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT[20], que recoge orientaciones sobre cómo pueden contribuir las empresas a la realización del trabajo decente para todos. Junto con las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales[21],

implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos, Huygens editorial, 2014.

[16] En este sentido, Guamán Hernández, A. (2021): *Diligencia debida en Derechos Humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión*, cit., p. 56.

[17] Ibídem, p. 55.

[18] Martín Hernández, M. L. (2022): "La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la propuesta de directiva", AAVV *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (directores), Cizur Menor Navarra, Aranzadi, pp. 220-2021.

[19] Del que existe ya un segundo proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante sobre las actividades empresariales y los derechos humanos, de 6 de agosto de 2020.

[20] Adoptada en 1977 y revisada 2000, 2006, 2017, y más recientemente en 2022: La «Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social» de la Organización Internacional del Trabajo, sexta edición 2022, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf.

[21] Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, acordadas en 1976 por la OCDE como Principios Directivos o *Guidelines* en relación con las empresas multinacionales, en respuesta a la conducta que algunas de estas empresas tenían en países en

y el Pacto Mundial de la ONU[22], la Declaración de la OIT sobre empresas multinacionales tiene como objetivo reglamentar la conducta de las empresas multinacionales y establecer las condiciones que han de regir las relaciones de dichas empresas con los países donde operan[23]. Ha jugado un papel destacado sobre todo en países en vías de desarrollo en los que no existe una legislación nacional de reconocimiento de derechos laborales, por lo que la mayoría de las medidas sociales adoptadas por las empresas transnacionales que operan en dicho ámbito han estado basadas en los contenidos de estas normas y recomendaciones internacionales[24].

Ahora, con la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad asistimos a un impulso europeo en la evolución de un instrumento asentando a nivel internacional y entre las empresas multinacionales, para la protección y respeto de los derechos humanos y el medio ambiente, que adquiere carácter jurídicamente vinculante tanto para los Estados miembros como para las grandes empresas europeas y otras de terceros países, aplicable en sus cadenas mundiales de producción.

2. CONTEXTO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA Y LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN

El 22 de febrero de 2022 la Comisión Europea presentó la propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad, en un contexto que

desarrollo; fueron revisados en 1998, y en 2000 se han incorporado nuevos principios sobre empleo, relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, intereses de los consumidores y ciencia y tecnología.

[22] Propuesto en julio de 2000 por el Secretario de Naciones Unidas al Foro Económico Mundial de 1999. Se trata de un mecanismo para compartir buenas prácticas voluntarias, y de reconocimiento de las buenas prácticas ya existentes; este pacto hace un llamamiento a las empresas multinacionales para que incorporen en su visión estratégica y en sus prácticas de funcionamiento diez principios universales en el marco de los derechos humanos (DUDH), las normas laborales (OIT), el medio ambiente (Declaración de Río de Janeiro) y la lucha contra la corrupción. En el ámbito de las relaciones de trabajo, estos principios fundamentales son: el respecto a la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; la eliminación de toda forma de trabajo forzoso y obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de cualquier forma de discriminación en el empleo y la ocupación.

[23] Merino Segovia, A. (2005): "Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas", en AAVV *La negociación colectiva europea*, M. L. Rodríguez (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 348 y ss.

[24] Sobre el contenido de estos instrumentos internacionales y cómo configuran los elementos del concepto de diligencia debida, vid. el detallado trabajo de Martín Hernández, M. L. (2022): "La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la propuesta de directiva", cit., pp. 217 y ss.

no parte de cero[25]. Muy al contrario, forma parte de una evolución en la construcción de mecanismos internacionales por el que las empresas multinacionales se responsabilizan del respeto de los derechos humanos y medio ambiente, tanto en sus propias actividades como en las de las empresas que forman parte de sus cadenas de valor. El tremendo impacto que han tenido en la sociedad algunas catástrofes medioambientales[26], así como casos de graves violaciones de derechos humanos[27], ha llevado a que este proceso evolutivo haya ido incorporando intervenciones normativas públicas, vinculantes para los Estados donde están domiciliadas las empresas multinacionales, dando lugar "a la formación de un cada vez más articulado andamiaje jurídico-institucional, fruto de la convergencia de un amplio número de fórmulas reguladoras de orígenes y naturalezas muy diversas –privada y pública, nacional e internacional, *soft* y *hard,* unilateral y pactada" [28]*,* que canalizan el poder de las propias empresas sobre sus cadenas de producción para corregir los desequilibrios sociales de la globalización, y que en el ámbito laboral vislumbra el camino "hacia un nuevo Derecho Transnacional del trabajo para las cadenas mundiales de producción"[29].

En esta línea, existen ya a día de hoy numerosas intervenciones legislativas nacionales que acogen diferentes fórmulas para la consecución del respeto de los derechos humanos y medio ambiente por las empresas multinacionales, y que difieren en cuanto a su nivel de intervención, alcance, u obligatoriedad de los instrumentos utilizados, entre ellos el deber de diligencia. Es el caso, por ejemplo, de la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y empresas

[25] Sobre los antecedentes del tratamiento de la diligencia debida empresarial en el ámbito de la UE, vid. Martín Hernández, M. L. (2022): "La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la propuesta de directiva", cit., pp. 232 y ss.

[26] Como es el caso del desastre ecológico ocurrido en la balsa minera de Aznalcóllar (Sevilla, España), en 1998, explotada por la empresa sueca Boliden. Tras 25 años todavía sigue sin haber reparación por parte de la multinacional por el daño producido en el ecosistema. La rotura de la balsa de la explotación de la empresa Boliden Apirsa liberó sobre los ríos Agrio y Guadiamar aguas ácidas y lodos tóxicos que contenían arsénico, cadmio, mercurio y otros metales pesados que provocaron el desbordamiento de sus cauces y la anegación de las tierras colindantes a lo largo de una extensión de 62 kilómetros, quedando cerca del Parque Nacional de Doñaña. https://www.diariodesevilla.es/andalucia/Aniversario-Vertido-Aznalcollar-catastrofe-puertas-Donana_0_1786621528.html.

[27] Vid. el Informe del Parlamento Europeo (2014): *Workers' conditions in the textile and clothing sector: just an Asian affair? Issues at stake after the Rana Plaza tragedy*. Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2014/538222/EPRS_BRI(2014)538222_REV1_EN.pdf. Vid. Confederación Sindical Internacional (2023): "Derechos de los Trabajadores en 2023", Índice de Derechos Globales, que enumera 15 empresas que han infringido la legislación laboral o ignorado los derechos sindicales y de los trabajadores durante el último año. Consultable en: https://www.globalrightsindex.org/en/2023.

[28] Sanguineti Raymond, W. (2022): "La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor", cit., p.49 y ss.

[29] Ibídem.

que ejercen el control (2017)[30]; la ley alemana de obligaciones de diligencia debida en las cadenas de suministro (2021)[31]; la ley holandesa sobre la introducción de un deber de diligencia para evitar el suministro de bienes y servicios producidos utilizando trabajo infantil (2019), ley noruega sobre transparencia (2022), además de otros países como Reino Unido, California o Australia, con normas más orientadas hacia la transparencia de información. En la actualidad hay además numerosas iniciativas en trámite en otros países[32].

También en España, la Estrategia de desarrollo sostenible (2021) consideró necesaria una ley de debida diligencia de empresas y derechos humanos con la que se contribuya a "poner fin a la injusticia global y a las amenazas a los derechos humanos, a los principios democráticos y a la sostenibilidad del planeta", dando lugar a la elaboración de un borrador de anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales. El texto fue sometido a consulta pública en febrero de 2022, y en enero de 2023 se estaba ultimando el borrador de anteproyecto , sin que se haya llegado a presentar antes de la disolución de las Cortes por convocatoria anticipada de elecciones generales[33].

La iniciativa legislativa de la Comisión europea surge entre otras razones como respuesta a las numerosas iniciativas nacionales de Estados miembros, sin desconocer por otro lado que la Unión Europea cuenta también con intervenciones previas en el ámbito de su política sectorial, bien para determinados sectores de actividad que tienen mayor impacto en los derechos humanos o en el medio

[30] LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Sobre esta ley, vid., entre otros, Auvergnon, Ph.: "El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial", Lex social: revista de los derechos sociales, Vol. 10, Nº. 2, 2020, pp. 206-223. MOREAU, M-A., "*L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales", Droit social*, 2017, nº 10, pp. 792-797. Daugareilh, I.: La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas, AAVV, *Impacto laboral de las redes empresariales* / coord. por W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano, Granada, Comares 2018, pp. 375 y ss.

[31] Con entrada en vigor el 1 de enero de 2023, se adoptó tras comprobarse que la vía voluntaria no había logrado el resultado deseado porque muy pocas empresas estaban dispuestas a asumir su responsabilidad, por lo que los ministerios responsables se decidieron por una normativa legal vinculante y, aunque es más amplia en medidas preventivas que otras leyes nacionales como la francesa, holandesa o británica, no se alcanzó la mayoría parlamentaria para introducir la responsabilidad específica o autónoma por daños en los derechos humanos, según Fuchs, M. "La Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro de Alemania", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 16, 2022.

[32] Sobre experiencias nacionales en materia de diligencia debida en derechos humanos, y análisis comparado, vid. Guamán Hernández, A. (2021): *Diligencia debida en Derechos Humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión,* cit., pp. 137 y ss.

[33] Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

ambiente, como el sector de la madera[34], minerales[35]; sector de servicios financieros[36]; bien fomentando de forma indirecta el gobierno empresarial sostenible a través de la imposición de requisitos de información a determinadas empresas[37]; o mediante instrumentos de transparencia en materia de inversiones sostenibles desde el punto de vista medioambiental[38]; entre otras acciones, como el Plan de Acción para financiar el desarrollo sostenible, con el objetivo de transformar la economía europea en un sistema más ecológico, resiliente y circular que reduzca la huella ambiental en el planeta, corregir desigualdades existentes, e impulsar la competitividad al mejorar la eficiencia de los procesos de producción y reducir los costes de acceso a los recursos y gestión de los mismos[39].

Son acciones que se enmarcan en un contexto más amplio de intervención por parte de la UE en materia de derechos humanos, que va desde la adopción del Marco estratégico de la UE sobre derechos humanos y democracia en 2012, a los dos primeros Planes de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2012-2014 y 2015-2019), y el actual Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024[40], así como la Recomendación del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los derechos humanos y las empresas, aprobada el 2 de marzo de 2016.

Pero sin duda de especial importancia para la presentación de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida han sido las Resoluciones del Parlamento

[34] Reglamento (UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera (Reglamento sobre la madera).

[35] Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo4 (Reglamento sobre minerales de zonas de conflicto).

[36] Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros.

[37] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (Directiva sobre divulgación de información no financiera), modificada recientemente por la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022.

[38] Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (Reglamento de taxonomía).

[39] Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Banco Central europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 8.3.2018 COM (2018) 97 final.

[40] Bruselas, 25.3.2020 JOIN (2020) 5 final.

Europeo, de 25 de octubre de 2016, sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países[41], en la que se pide a las empresas, europeas y no europeas, que apliquen la diligencia debida en materia de derechos humanos e incorporen sus conclusiones en las políticas y los procedimientos internos, asignando y aplicando en consecuencia recursos y responsabilidades, y destacando que la transparencia y la divulgación de las medidas adoptadas para evitar la violación de los derechos humanos en terceros países son fundamentales para ejercer una supervisión democrática adecuada y que los consumidores puedan hacer elecciones factuales. Se afirma que respetar los derechos humanos es una obligación moral y una obligación jurídica de las empresas, y que los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, y deben conceder a las víctimas acceso a vías de recurso efectivas.

Y la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa[42], mediante la que se pide a la Comisión que presente una propuesta legislativa sobre la diligencia debida obligatoria en la cadena de valor, porque considera que las normas voluntarias en materia de diligencia debida presentan limitaciones, y no han logrado avances significativos para prevenir del menoscabo de los derechos humanos y del medio ambiente, ni para permitir el acceso a la justicia. En sus Recomendaciones, el Parlamento anexa una propuesta de contenido para una Directiva sobre diligencia debida de las empresas, ya que considera que la Unión debe adoptar con urgencia requisitos vinculantes para que las empresas identifiquen, evalúen, prevengan, detengan, mitiguen, supervisen, comuniquen, tengan en cuenta, aborden y corrijan los impactos adversos potenciales o efectivos sobre los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza en su cadena de valor.

Los contenidos para una propuesta de Directiva que recomienda el Parlamento en su Resolución de 2021 son mucho más ambiciosos que los que finalmente ha recogido la Comisión en la propuesta de Directiva presentada el 23 de febrero de 2022, lo que puede explicar que en la tramitación de ésta ante el Parlamento en primera lectura (junio 2023), se hayan aprobado un total de 381 enmiendas. Queda esperar el siguiente trámite ante el Consejo, conforme al art. 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y la redacción definitiva de la Directiva para comprobar el verdadero compromiso de la UE con las personas, los derechos humanos, el medio ambiente y el cambio climático.

De otro lado, el contexto se ha visto también influido por la constante presión ejercida por las organizaciones civiles y sindicales durante años. Los sindicatos han venido denunciando sistemáticamente las violaciones de derechos humanos

[41] (2015/2315(INI), (2018/C 215/21).

[42] 2020/2129(INL.

a personas trabajadoras y, en particular, el trabajo infantil, el trabajo forzoso, las persecuciones sindicales, las condiciones de trabajo contrarias a la salud, la retribución y jornadas de trabajo precarias, etc. La *European Trade Union Confederation* (ETUC), afirma y denuncia que las violaciones a los derechos humanos, incluidos los derechos de los trabajadores y sindicales, continúan ocurriendo en las operaciones de las empresas, incluidas las multinacionales, sus cadenas de suministro y subcontratación. La libertad de asociación, el derecho a negociar colectivamente, el derecho a la información, consulta y participación ya emprender acciones colectivas están en el centro de tales violaciones, siendo también el caso de las violaciones del derecho a una remuneración justa, condiciones de trabajo dignas y salud y seguridad en el lugar de trabajo. Por ello afirma que del caso XPO en EEUU y España al caso Rana Plaza, situaciones tan intolerables deben cambiar[43]. Por ello la ETUC ha venido reclamando una directiva europea sobre derechos humanos obligatorios, incluidos los derechos de los trabajadores y sindicales, la debida diligencia y la conducta empresarial responsable. Reclama mecanismos de diligencia debida obligatorios y efectivos que cubran las actividades de las empresas y sus relaciones comerciales, sus cadenas de suministro y subcontratación.

Por su parte, el Informe Global de Derechos de la *International Trade Union Confederation* (CSI)[44] clasifica los diez peores países para los trabajadores y las trabajadoras en 2021: Bangladesh, Belarús, Brasil, Colombia, Egipto, Filipinas, Honduras, Myanmar, Turquía y Zimbabwe. También clasifica 149 países en función del grado de respeto hacia los derechos de los trabajadores. Entre las principales conclusiones figuran que en el 87% de los países se ha vulnerado el derecho de huelga. En el 79% de los países se ha vulnerado el derecho de negociación colectiva. Un 74% de los países excluyen a los trabajadores del derecho a formar o afiliarse a un sindicato. El número de países que impidieron el registro de sindicatos ha aumentado, pasando de 89 en 2020 a 109 en 2021. Tres nuevos países han entrado en la lista de los diez peores países para los trabajadores y trabajadoras (Belarús y Myanmar). El número de países que denegaron o reprimieron la libertad de expresión se ha incrementado, pasando de 56 en 2020 a 64 en 2021. Los trabajadores se vieron expuestos a actos de violencia en 45 países. Los trabajadores no tienen acceso a la justicia, o lo tienen restringido, en el 65% de los países. Se registraron arrestos y detenciones de trabajadores en 68 países. Asesinaron a sindicalistas en seis países: Brasil, Colombia, Filipinas, Guatemala, Myanmar y Nigeria.

[43] *ETUC Position for a European directive on mandatory Human Rights due diligence and responsible business conduct Adopted at the Executive Committee Meeting of 17-18 December 2019.* Consultable en: https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2019-12/ETUC%20Position%20for%20a%20European%20directive%20on%20mandatory%20Human%20Rights%20due%20diligence%20and%20responsible%20business%20conduct%20adopted_0.pdf

[44] https://files.mutualcdn.com/ituc/files/ITUC_GlobalRightsIndex_2021_EN-final.pdf

La conclusión de la CSI ante tan devastadores datos es clara: "hace falta un Nuevo Contrato Social, con empleo, derechos, protección social, igualdad e inclusión, para recobrar la confianza perdida por culpa de Gobiernos represivos y compañías abusivas. Pese a algunos cambios legislativos positivos, como la Ley ACT en EEUU, o proyectos de legislación sobre diligencia debida en la Unión Europea para exigir cuentas a las compañías, todavía queda mucho por hacer (…). El riesgo para nuestras democracias y nuestras economías es demasiado importante como para que los Gobiernos lo ignoren"[45].

3. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA Y SOSTENIBILIDAD

Se trata de una iniciativa muy reclamada desde diferentes ámbitos institucionales, civiles y sindicales. La propia Comisión afirma en el texto que "La actuación voluntaria (de las empresas) no parece haber dado lugar a una mejora a gran escala en todos los sectores y, en consecuencia, se observan externalidades negativas de la producción y el consumo de la UE tanto dentro como fuera de la Unión"[46]. Ha sido una iniciativa legislativa muy esperada, presentada con meses de retraso respecto de la fecha prevista por las intensas presiones recibidas durante la redacción del texto, y que había creado unas altas expectativas en consonancia con los instrumentos internacionales sobre diligencia debida en los que se basa. Sin embargo, el texto presentado por la Comisión ha provocado decepción y ha recibido contundentes críticas, afirmándose en este sentido que "si algo hace la propuesta de Directiva es evidenciar el temor de la Comisión a contrariar los intereses de las grandes empresas transnacionales"[47]. También han manifestado su preocupación ante el texto presentado por la Comisión, organizaciones internacionales como la OIT, OCDE y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos[48].

Desde esta perspectiva crítica, consideramos que, además de ser un texto con una redacción técnicamente compleja, no existe en la propuesta de Directiva una correlación entre los objetivos que enuncia y los mecanismos que establece para ello, como tendremos ocasión de abordar seguidamente. No obstante, las enmiendas

[45] Sharan Burrow, Secretaria General de la CSI, Informe Global de Derechos 2021.

[46] Exposición de motivos de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad.

[47] Guamán, A. (2022): "La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos", en el diario digital Público. https://blogs.publico.es/dominiopublico/43654/la-comision-europea-defrauda-de-nuevo-la-fallida-propuesta-de-directiva-sobre-diligencia-debida-en-derechos-humanos/

[48] Si bien apoyan la iniciativa, en su carta dirigida a la Presidenta de la Comisión europea de 22 de marzo de 2022, reclaman una mayor coherencia y adecuación de ésta con los textos internacionales sobre la materia. https://mneguidelines.oecd.org/ilo-ohchr-oecd-response-to-eu-commission-proposal.pdf

aprobadas por el Parlamento Europeo mejoran sustancialmente el alcance de la norma, y la viabilidad de protección y respeto de los derechos humanos y el medio ambiente por los Estados y las empresas multinacionales.

De otro lado, la Directiva pretende ser un marco horizontal para fomentar la contribución de las empresas que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y del medio ambiente en sus propias operaciones y a través de sus cadenas de valor, que proporcione seguridad jurídica a las empresas a la hora de ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, evitando la fragmentación de regulación en el mercado interior mediante las iniciativas nacionales que se están llevando a cabo.

Pero no cabe desconocer que la propuesta persigue también alcanzar las libertades propias que caracterizan a la UE, y que sirven de base jurídica para esta intervención, como la libertad de establecimiento para hacer equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses de los socios y terceros (art. 50 TFUE). También persigue asegurar la libre circulación, eliminando los obstáculos que la impidan y evitando las distorsiones de la competencia mediante la armonización de los requisitos para las empresas de llevar a cabo la diligencia debida en sus propias operaciones, filiales y cadenas de valor (art. 114 TFUE).

Se razona además en la propuesta, el cumplimiento del principio comunitario de subsidiariedad, en cuanto se considera que los marcos jurídicos nacionales no son suficientes ni eficientes para alcanzar los objetivos que desbordan las fronteras nacionales, y además se pueden producir distorsiones en la competencia. Así como el principio de proporcionalidad, mediante la limitación de su ámbito de aplicación material y personal, además de prever la adopción de medidas adecuadas que guarden proporción con el nivel de gravedad y la probabilidad de los efectos adversos y que estén razonablemente al alcance de las empresas, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto –incluidas las características del sector económico y de la relación comercial específica– y de la influencia de la empresa en ellas, así como de la necesidad de garantizar la priorización de las medidas.

Finalmente, conviene aclarar que la propuesta de Directiva establece las acciones concretas de diligencia debida empresarial, que tendrán que garantizar los Estados miembros, para proteger los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas de producción de las empresas transnacionales. Es decir, un concepto de diligencia debida obligatoria para las empresas, a partir de la obligación de los Estados de garantizarla, lo que plantea algunas cuestiones acerca de la responsabilidad por daños a las víctimas de violaciones de derechos humanos y medio ambiente, que abordamos más adelante. Exponemos a continuación algunos de los aspectos de mayor interés de la propuesta de Directiva, teniendo también en cuenta las enmiendas del Parlamento Europeo recién aprobadas en junio 2023 sobre el texto presentado por la Comisión europea. Propuesta de Directiva que

cuenta con 71 Considerandos y 32 artículos, y que recibió en consulta pública una abrumadora participación[49].

3.1. Objetivos de la propuesta de Directiva a partir de un concepto de diligencia debida obligatoria para las empresas y garantizada por los Estados

Dentro del objetivo más general de lograr la transición de la UE hacia una economía climáticamente neutra y ecológica, y de cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (entre ellos los derechos humanos y el medio ambiente), la propuesta de Directiva fija cinco objetivos concretos (formulados como resultados de futuro que espera alcanzar). Sólo tres de ellos se dirigen específicamente a la protección de los derechos humanos y medio ambiente: 1) Mejorar las prácticas de gobernanza empresarial para integrar mejor la gestión de riesgos y los procesos de mitigación de los riesgos y repercusiones para los derechos humanos y el medio ambiente, incluidos aquellos derivados de las cadenas de valor, en las estrategias empresariales; 3) Aumentar la responsabilidad de las empresas por los efectos adversos y garantizar la coherencia para las empresas con respecto a las obligaciones derivadas de las iniciativas de la UE existentes y propuestas en materia de conducta empresarial responsable; 4) Mejorar el acceso a las vías de recurso para las personas afectadas por los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente del comportamiento empresarial. Los otros dos objetivos, aunque relacionados con la materia, se dirigen a obtener la armonización y coordinación normativa: conseguir una regulación uniforme, y complementar otras normas de la UE[50].

Son sin duda objetivos ambiciosos, cuya consecución dependerá de cómo quede la redacción final de la Directiva y, por tanto, cómo se configure el deber de diligencia y las obligaciones en las que éste se concrete, incluida la reparación a las víctimas de violaciones, y la participación de organizaciones civiles y sindicales.
Partimos de un texto inicial controvertido, que ha sido objeto de fuertes críticas, entre otras razones porque contempla "metas grandilocuentes, pero incluye me-

[49] Consulta pública realizada entre octubre de 2020 y febrero de 2021. Consultable en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/public-consultation_es

[50] Exposición de motivos (razones y objetivos de la propuesta). Los otros dos objetivos tienen que ver con la coordinación normativa: 2) Evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y creará seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas en lo que respecta al comportamiento y la responsabilidad previstos; 5) complementar otras medidas vigentes o propuestas que abordan directamente algunos retos específicos en materia de sostenibilidad o que se aplican en algunos sectores específicos, principalmente dentro de la Unión, al ser la propuesta de Directiva un instrumento horizontal centrado en los procesos empresariales, que se aplica también a la cadena de valor.

canismos débiles, sin llegar a la altura de lo que la sociedad civil lleva décadas exigiendo"[51].

Del mismo modo, resulta criticable que el texto prescinda completamente de la participación sindical[52], a pesar de que en su exposición de motivos se afirme que: "La conexión de la economía de la UE con millones de trabajadores de todo el mundo a través de las cadenas de valor mundiales conlleva la responsabilidad de abordar los efectos adversos sobre los derechos de estos trabajadores". Esta anomalía ha sido corregida por las enmiendas del Parlamento a la propuesta de Directiva, reconociendo expresamente que los sindicatos puedan presentar notificaciones, reclamaciones y solicitar reparaciones[53], además de considerarlos como "*partes interesadas afectadas*", con las consecuencias que ello lleva aparejadas a los efectos de su participación[54].

Respecto del objeto de la propuesta de Directiva, expresado en su art. 1.1, es el de establecer normas: a) sobre las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente *que hayan causado, a los que hayan contribuido o con los que tengan una vinculación directa, con respecto a* sus propias actividades, *y las* de sus filiales y las actividades de *las entidades de su cadena de valor* con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida, así como b) sobre la responsabilidad que se deriva de *un* incumplimiento de esas normas *que haya dado lugar a daños y perjuicios*[55].

Cabe hacer a este respecto dos consideraciones. La primera, sobre el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente que acoge

[51] Guamán, A. (2022): "La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos", cit.

[52] A pesar del destacado protagonismo que ha tenido el sindicalismo internacional en las iniciativas multilaterales, desde el Acuerdo de Bangladesh 2013 y posteriores. Vid. sobre la materia Soler Arrebola, J. A. (2022): "Compromisos laborales multilaterales en las cadenas mundiales de suministro", AAVV *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (directores), Cizur Menor Navarra, Aranzadi, pp. 550 y ss.

[53] En este sentido se afirma que "Los trabajadores y sus representantes también deben gozar de una protección adecuada, y los esfuerzos de reparación extrajudicial no deben excluir el fomento de la negociación colectiva y del reconocimiento de los sindicatos, ni socavar en modo alguno el papel de los representantes de los trabajadores o los sindicatos legítimos a la hora de abordar los litigios laborales", Enmienda nº 55 al Considerando 42. También se reconoce la posibilidad de que los sindicatos puedan emprender acciones ante un órgano jurisdiccional en nombre de una víctima o grupo de víctimas de efectos adversos, y deben tener los derechos y obligaciones de una parte demandante en el procedimiento, sin perjuicio de la legislación nacional vigente, en la enmienda nº 80, que introduce un nuevo Considerando 53 bis).

[54] Enmienda nº 121 al art. 3.1. n).

[55] La cursiva corresponde a la enmienda nº 85 realizada al art. 1.1. de la propuesta de Directiva.

el texto. En este concepto incluye la norma una serie concreta de obligaciones a cumplir por las empresas, que se sustentan a la par en la obligación de los Estados miembros de garantizar su correcto cumplimiento y ejercicio por dichas empresas, tanto respecto de las propias actividades de éstas, como la de sus filiales, y de todas aquellas que formen parte de su cadena de valor. La obligatoriedad de cumplir el deber de diligencia no es sólo para las empresas, sino también para los Estados miembros (garantizando su cumplimiento mediante normas nacionales y mecanismos específicos de control), lo que supone una gran diferencia con respecto al concepto de diligencia debida voluntaria acogido en los textos internacionales sobre la materia, en los que no existen obligaciones jurídicamente vinculantes para las empresas, ni opciones para que los Estados puedan garantizar la aplicación de los procesos de diligencia debida por las empresas[56].

Esto nos lleva enseguida a la segunda consideración, relativa al sujeto responsable de los daños y efectos adversos en caso de que la diligencia debida en derechos humanos y ambientales no se cumpla por la empresa –ya sea en sus propias actividades, ya en las de sus filiales o en las empresas de la cadena de producción–. Cabe plantearse si el incumplimiento del deber de diligencia por las empresas alcanzará a la responsabilidad del Estado miembro en que radique la sociedad matriz, por violación de derechos humanos y ambientales y posibles daños ocasionados, es decir, responsabilidad por los daños provocados a las víctimas. Y ello porque la obligación del Estado entendemos que es de resultado, no de medio, y se podría entender que ha incumplido en estos casos con su obligación de garantizar el correcto ejercicio y ejecución de la diligencia debida por parte las empresas. O, yendo más allá, si se podría plantear también tal posibilidad en los casos en los que, incluso cumpliéndose por parte de las empresas con las obligaciones de diligencia debida, tal y como quede regulada en el Estado miembro en cuestión, se hayan producido daños en los derechos humanos o el medio ambiente derivados de sus actividades, la de sus filiales o las de su cadena de valor. En esta hipótesis, se podría entender que surge la responsabilidad del Estado por haber una deficiente regulación del deber de diligencia empresarial, tal como quede configurado en el texto definitivo de Directiva. Son cuestiones que dejamos planteadas, sin que podamos abordarlas en este trabajo por su limitada extensión. Lo que sí parece claro es la preocupación del Parlamento europeo –expresada a través de enmiendas a la propuesta de Directiva– por la posible falta de homogeneidad en la transposición de la Directiva, para lo que introduce un nuevo art. 3 bis) que impone a la Comisión y los Estados miembros coordinarse durante su transposición, y posteriormente. El motivo que se expresa para la coordinación es que las regulaciones nacionales de transposición puedan provocar una fragmentación del mercado único, lo que no permitiría alcanzar un pleno nivel de armonización entre los Estados miembros a

[56] En este sentido, y para mayor detalle del concepto de diligencia debida en los textos internacionales, vid. Guamán, A. (2021): *Diligencia debida en Derechos Humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión,* cit. pp. 49 y ss.

fin de garantizar unas condiciones de competencia equitativas para las empresas. También se mandata a la Comisión para a los seis años de su entrada en vigor estudie si las disposiciones de la Directiva podrían convertirse en un Reglamento.

3.2. El limitado ámbito personal de aplicación

A efectos de determinar las empresas a las que resulta de aplicación la propuesta de Directiva, se utilizan dos criterios acumulativos: El primero, que diferencia entre empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros, y las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer país. El segundo, y dentro de cada una de las categorías anteriores, consistente en que, además, las empresas lleguen a un determinado umbral de personas trabajadoras empleadas y un determinado volumen de negocios, diferenciándose aquí dos niveles, uno para las de mayor volumen de empleados y de negocio, y otro para las de menor volumen. Con la particularidad, en el caso de las empresas con un menor volumen de negocios y menos trabajadores, de que la obligación de diligencia debida se limita a aquellas empresas que operan en sectores de gran impacto que, al mismo tiempo, están incluidos en las orientaciones sectoriales existentes de la OCDE. Según la Comisión europea, esta limitación pretende crear un equilibrio entre el interés en alcanzar los objetivos de la Directiva y el interés en minimizar la carga financiera y administrativa para las empresas, simplificando la obligación de diligencia debida para estas empresas. Cabe añadir que la propuesta de Directiva no incluye el sector financiero entre los sectores de gran impacto *debido a sus particularidades*. Según la Comisión europea, en base a estos criterios la Directiva abarcará unas 13000 empresas de la UE, y unas 4000 empresas de terceros países, según estudios de trabajo realizados al respecto.

La distinción va a tener como consecuencia un nivel diferente de obligaciones para ambos tipos de empresas, tanto conforme al primer criterio como conforme al segundo, de manera que sólo las empresas muy grande van a tener el total de las obligaciones de la diligencia debida[57].

Estos criterios han sido objeto de críticas desde diversas instancias, principalmente porque abarca a un reducido número de grandes empresas multinacionales, además de conllevar el riesgo de adopción de estrategias empresariales de reestructuración organizativa o comercial para salir fuera del ámbito de aplicación de la norma.

[57] Para Guamán, A. (2022): "La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos", cit., "Esta complicada división es fundamental para entender el conjunto de la norma, dado que solo estarán obligadas a cumplir con el conjunto completo de los mecanismos de diligencia debida y respecto la totalidad de sus cadenas las empresas muy grandes (9.400 empresas de la UE y 2.600 de fuera de la UE).

No obstante, los umbrales han sido reducidos por las enmiendas del Parlamento Europeo, lo que supone que un mayor número de empresas va a quedar incluidas en su ámbito de aplicación. Se elimina, además, el criterio de pertenencia a sectores de gran impacto en derechos humanos y medios ambiente. Conforme al texto revisado, los umbrales para empresas de la UE serían: a) tener una media de más de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 milloneS de euros en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales[58]; b) si la empresa no alcanza los umbrales fijados en la letra a), ser la sociedad matriz última de un grupo que tenga 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales[59].

Respecto de las empresas constituidas conforme a la legislación de un tercer país, la Directiva se aplicará a las empresas que cumplan algunas de las dos condiciones siguientes (según el texto enmendado):

a) Si la empresa generó un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros, siempre que al menos 40 millones de euros se generaran en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, incluido el volumen de negocios generado por empresas terceras con las que la empresa o sus filiales hayan celebrado un acuerdo vertical en la Unión como contraprestación al pago de un canon;
b) no haber alcanzado los umbrales establecidos en la letra a) pero ser la sociedad matriz última de un grupo que haya tenido 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a los 150 millones de euros, de los que al menos 40 millones de euros se hayan generado en la Unión, en el último ejercicio para el que se hayan elaborado estados financieros anuales, considerando también el volumen de negocios generado por terceras empresas con las que la empresa o sus filiales hayan celebrado un acuerdo vertical en la Unión como contraprestación al pago de un canon[60].

[58] En el texto inicial de la propuesta de Directiva, los umbrales se situaban en tener al menos de más de 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales.

[59] Los umbrales en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión eran en este caso: si la empresa no alcanza los umbrales fijados en la letra a), tener una media de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales, siempre que al menos el 50% de ese volumen de negocios se haya generado en uno o varios de los sectores considerados de gran impacto, que se listan en el texto, y que coinciden con los así clasificados en las guías sectoriales existentes de la OCDE en materia de diligencia debida, salvo el sector financiero que se excluía de la propuesta debido a sus especificidades.

[60] Conforme al texto original, los umbrales eran: a) haber generado un volumen de negocios neto superior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último

> En este tipo de empresas de un tercer país no se aplica el criterio de volumen de empleados "ya que el concepto de trabajadores empleado a efectos de la presente Directiva se basa en el Derecho de la Unión y no puede transponerse fácilmente fuera de la Unión" (Considerando 24).

Se establecen además algunas reglas para el cómputo del número de trabajadores, a los efectos de las empresas constituidas conforme a la legislación de un Estado de la UE (art. 2.3). Así, el número de empleados a tiempo parcial se calculará en equivalentes a tiempo completo. También entran en el cómputo los trabajadores de agencias de trabajo temporal, igual que si fueran trabajadores directamente empleados por la empresa durante el mismo período. Se añaden también en el cómputo, mediante enmienda del Parlamento, "*a otros trabajadores con formas de empleo atípicas*"[61], entre los que se incluyen los trabajadores desplazados[62].

Finalmente, cabe indicar que el texto inicial imponía importantes obligaciones a los administradores de las grandes empresas, siendo responsables de la puesta en marcha y supervisión de las medidas de diligencia debida (art. 26), responsabilidades que han sido suprimidas por las enmiendas del Parlamento[63]. En cambio, a los administradores de las empresas incluidas en el ámbito de la norma se les atribuye un mayor protagonismo en la lucha contra el cambio climático, siendo responsables del control de las obligaciones establecidas en el art. 15 sobre cambio climático (en su redacción enmendada), así como que en las empresas con una media de más de 1000 empleados dispongan de una política pertinente y eficaz para garantizar que una parte de la remuneración variable de los administradores esté vinculada al plan de transición de la empresa a que se refiere dicho artículo[64].

ejercicio financiero; b) haber generado un volumen de negocios neto superior a 40 millones de euros pero igual o inferior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, siempre y cuando al menos el 50% de ese volumen de negocios mundial neto se haya generado en uno o varios de los sectores enumerados en el apartado 1, letra b) [textil y calzado; agricultura; minerales].

[61] Enmienda 96 al art. 2.3.

[62] Enmienda 25 al Considerando 21: Los trabajadores desplazados con arreglo al artículo 1, apartado 3, letra c), de la Directiva 96/71/CE, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo103, deben incluirse en el cálculo del número de trabajadores de la empresa usuaria. Los trabajadores desplazados con arreglo al artículo 1, apartado 3, letras a) y b), de la Directiva 96/71/CE, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/957, solo deben incluirse en el cálculo del número de trabajadores de la empresa de envío.

[63] Enmiendas 391 y 405.

[64] Enmienda 256.

3.3. Ámbito material: derechos humanos, medio ambiente y cambio climático

El ámbito de aplicación material se centra y estructura principalmente en torno a la obligación de diligencia debida de las empresas y abarca los derechos humanos y aquellos efectos adversos sobre el medio ambiente que pueden definirse claramente en determinados convenios internacionales[65]. El deber de diligencia empresarial se dirige por tanto a lograr el respeto de una serie de derechos humanos y del medio ambiente por parte de las empresas multinacionales, y a cargo de los Estados la protección de los mismos.

La propuesta de Directiva contiene, a estos fines, un Anexo que se estructura en 2 partes: la parte I, que a su vez se divide en dos secciones (subtítulos). La primera sección, inicialmente recogía un listado de violaciones de derechos humanos o prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales de derechos humanos. Las enmiendas al texto eliminan del listado la formulación en términos de violaciones, y los recoge en forma de derechos y prohibiciones. Y, por otro lado, se añaden dos derechos nuevos al listado: Derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia[66]. Y la prohibición de provocar cualquier degradación ambiental mensurable, que perjudique la salud, como provocar epidemias, teniendo en cuenta el concepto «Una sola salud»[67]. La segunda sección contiene un listado de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, con la particularidad de que todos estos derechos pasan a formar parte de la primera sección si no se encuentran expresamente recogidos en ésta, "cuando exista un riesgo previsible de que tal prohibición o derecho pueda verse afectado".

Entre los derechos y prohibiciones relacionados se encuentran numerosos derechos laborales reconocidos internacionalmente, como son todos aquellos contenidos en los Convenios básicos y fundamentales de la OIT[68], habiéndose

[65] Exposición de motivos de la propuesta de Directiva (apdo 2. Proporcionalidad).

[66] Con arreglo al artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Enmienda 336: Anexo I – parte I – subtítulo 1 – punto 7 bis (nuevo).

[67] Enmienda 349: Anexo I – parte I – subtítulo 1 – punto 18 – letra d bis (nueva).

[68] Convenio OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.º 87); Convenio OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.º 98); Convenio OIT sobre sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111); Convenio OIT sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29); Convenio OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (n.º 182); Convenio OIT sobre la edad mínima, 1973 (n.º 138); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (n.º 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111).

añadido al listado inicial mediante enmienda, tres Convenios más de la OIT[69]. Se añade también el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, ya que las enmiendas del Parlamento Europeo han introducido en el articulado de la propuesta inicial la perspectiva de género en todas las obligaciones de diligencia debida.

En cuanto a la Parte II del Anexo, recoge un listado de prohibiciones específicas relativas al medio ambiente, amparadas en texto internacionales, añadiendo las enmiendas al texto varias obligaciones y derechos que no estaban en el texto inicial, como son las de lograr reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero; obligación de adoptar todas las medidas compatibles con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino; obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir, controlar y reducir cualquier impacto transfronterizo en las aguas transfronterizas; obligación de asegurar que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos medioambientales relacionados con la cadena de valor de una empresa puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad y no sean penalizados, perseguidos o acosados de ninguna manera por su participación; y los derechos de acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente[70].

Cabe añadir que las enmiendas del Parlamento facultan a la Comisión para adoptar actos delegados (de conformidad con el art. 28) para modificar el Anexo, a fin de garantizar que éste siga siendo coherente con los objetivos de la Unión en materia de derechos humanos y medio ambiente (art. 1 bis).

De otro lado, y en cuanto a la lucha contra el cambio climático (art. 15), las enmiendas amplían de forma significativa la regulación de esta obligación empresarial, incluyendo la elaboración y aplicación de un plan de transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C, en consonancia con el Acuerdo de París y el objetivo de lograr la neutralidad climática. La norma ahora especifica detalladamente el contenido que se debe abordar en dicho plan de transición. Otro cambio sustancial en esta materia es el relativo al tipo de empresas sobre las que recaen esta obligación: en el texto inicial de la propuesta recaía sólo sobre las clasificadas como grandes empresas, en tanto que la nueva redacción incluye a *todas las empresas comprendidas en el art. 2* (con la nueva redacción dada al precepto, visto *supra*), por tanto también estarán obligadas las empresas de menor volumen y las empresas de terceros países incluidas en el ámbito de aplicación.

[69] Convenio OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169); y Convenio OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (n.º 155); y Convenio OIT sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, 2006 (n.º 187.

[70] Enmiendas 377 a 381.

3.4. Obligaciones empresariales que integran la diligencia debida

La propuesta de Directiva acoge como instrumento jurídico vinculante el deber de diligencia empresarial, o diligencia debida[71], e impone a los Estados miembros (como hemos expuesto *supra*) la obligación de garantizar que las empresas ejerzan esa diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, a través de una serie de acciones que los Estados deben regular (y garantizar su ejercicio y aplicación por las empresas) y que las empresas deben realizar, recogidas en el art. 4, y desarrolladas en los arts. 5 a 11. A estos efectos resultan fundamentales las definiciones que proporciona la propuesta de norma (art. 3), que además de ser un listado extenso, ha sido modificado por las enmiendas del Parlamento en el sentido de mejorar y concretar las definiciones, o cambiar el sentido de la definición (por ejemplo respecto de la definición de "empresa") además de añadir algunas definiciones nuevas (acordes con la nueva redacción de los arts. 4 a 11), como es el caso de la definición de "partes interesadas afectadas", "partes interesadas vulnerables", "influencia", "causar un efecto adverso", "contribuir a un efecto adverso", "vinculación directa con un efecto adverso", "basado en el riesgo", "factores de riesgo", y "gravedad de un efecto adverso".

La regulación parte del mandato a los Estados miembros para que "velen" por que las empresas ejerzan la diligencia debida a través de las acciones que lista el precepto (art. 4). Estas acciones conforman el conjunto de obligaciones que integran el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en la propuesta de Directiva, obligaciones que tendrán que realizar y aplicar las empresas incluidas. A los Estados miembros, por su parte, la propuesta de norma les impone la obligación de velar por que las empresas ejerzan la diligencia debida. Consideramos que "velar" no es el verbo más adecuado para una obligación de tanta trascendencia a cargo de los Estados como es la de protección de los derechos humanos y medio ambiente, ni consideramos que pueda entenderse como equivalente a una mera obligación de "observar", lo que equivaldría a reducir la intensidad de la obligación. No resulta coherente, además, que para dos de las obligaciones de las empresas –detección de los efectos adversos reales y potenciales, y eliminación de los efectos adversos reales (arts. 6 y 8)– se utilice en cambio la obligación del Estado de "asegurarse" de que las empresas las cumplen. Entendemos que la diligencia debida debe cumplir los principios que la caracterizan en materia de derechos humanos y medio ambiente: proteger, respetar y reparar. Por ello, la obligación de los Estados de proteger sólo se cumple si garantiza la aplicación de la diligencia debida por parte de las empresas.

Un deber de diligencia, o diligencia debida que, tras las enmiendas del Parlamento de forma acertada, se tiene que cumplir *de manera basada en el riesgo*,

[71] Sobre el concepto de diligencia debida, vid. Guamán, A. (2021): *Diligencia debida en Derechos Humanos*): *posibilidades y límites de un concepto en expansión,* cit., *passim.*

cuya definición se introduce también, como una diligencia debida *proporcional a la probabilidad y gravedad de los efectos adversos potenciales*. De esta forma, todas las medidas, acciones y obligaciones que deben cumplir y aplicar las empresas se deberán hacer de forma adaptada a las todas circunstancias que rodeen a la empresa y sus actividades en relación con el riesgo que pueden producir, evitándose de esta forma que la diligencia debida sea un mero modelo tipo aplicable a cualquier empresa[72].

Las obligaciones (acciones) en que se concreta la diligencia debida a cargo de las empresas, conforme a la propuesta de Directiva, son: la integración de la diligencia debida en sus políticas; la detección de los efectos adversos reales o potenciales; la prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales; la eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance; el establecimiento y mantenimiento de un procedimiento de denuncia; la supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida; la organización de una campaña de comunicación pública sobre diligencia debida (de conformidad con los arts. 5 a 11, respectivamente).

Resulta extraño que entre estas acciones no se encuentre la obligación de reparación, pues sin duda forma parte de la diligencia debida[73]. Lo que se regula es la "responsabilidad civil" (art. 22) a cargo de las empresas por los daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte de éstas de ciertas obligaciones.

Esta anomalía es corregida por las enmiendas del Parlamento, que añaden dos acciones más al listado del art. 4: "*cuando sea necesario, detección y priorización de los efectos adversos reales o potenciales, de conformidad con el artículo 8 ter"* (art. 4.c bis –nuevo–); y "*reparación de los efectos adversos reales, de conformidad con el artículo 8 quater"* (art. 4.1 *c ter* –nuevo–*)*.Se incorpora además la posibilidad de ejercer la diligencia debida a nivel de grupo por parte de la empresa matriz respecto de sus filiales, sin que ello exonere a cada una de cumplir sus obligaciones respectivas (art. 4 bis).

Sin que podamos entrar en los detalles de las obligaciones de diligencia debida reguladas en los arts. 5 a 11, por la limitación de espacio de este trabajo, sí al menos destacar sintéticamente algunos aspectos de interés de la redacción dada mediante

[72] Así, la diligencia debida deberá ser *proporcionada y acorde a los posibles efectos adversos y a la gravedad de sus efectos adversos reales y sus circunstancias, así como factores de riesgo específicos, en particular su sector de actividad, el lugar en que esta se desarrolla, el tamaño y la longitud de su cadena de valor, el tamaño de la empresa, su capacidad, sus recursos y su influencia* (art. 5.2 bis nuevo). Incluso deberá tener en cuenta si la actividad se desarrolla en zonas en conflicto armado, territorios ocupados o con Estados fallidos (art. 5.2. ter nuevo).

[73] A pesar que en el Considerando 16 se expresa que "El proceso de diligencia debida establecido en la presente Directiva debe abarcar las seis etapas definidas en la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable", entre la que se encuentra: proporcionar reparación.

enmiendas, sin ánimo de exhaustividad. Destaca en el nuevo texto enmendado una redacción mucho más detallada y completa de todas las obligaciones, con mandatos bastante más claros y protectores de los derechos en juego[74], que hacen que la diligencia debida pueda resultar mucho más eficaz, en consonancia con los objetivos de la misma, además de aportar una mayor seguridad jurídica para las empresas obligadas.

Se aporta también un mayor peso a las obligaciones de detección y prevención de los efectos adversos que pueden provocar las actividades de la empresa matriz, filiales y contratas de la cadena de valor[75]; obligaciones en las que se eliminan conceptos ambiguos como "cuando corresponda", sustituyéndose por mandatos más claros como "se exigirá"[76]. Se incluye *ex novo* la necesidad de prevenir los posibles efectos adversos sobre menores. También en materia de prevención destaca el hecho de que, aunque se sigue manteniendo el mecanismo de *disposiciones contractuales que avalen su cumplimiento del código de conducta de la empresa y, en su caso, del plan de acción preventiva*, por parte de los socios comerciales con los que la empresa mantenga una relación comercial, sin embargo se recoge a modo de mera posibilidad (no imperativa como antes) y nunca como fórmula a aplicar cuando la empresa prevea que los efectos adversos potenciales no se pudieran impedir o mitigar suficientemente[77]. O, el nuevo mandato de adaptar los modelos de negocio y las estrategias, incluidas las prácticas de compra, y las que contribuyen a unos salarios e ingresos dignos para sus proveedores, resultan más favorables para una mayor eficacia de la diligencia debida.

El texto enmendado refuerza también la obligación de las empresas de eliminar los efectos adversos reales que hayan sido detectados o que deberían haberlo sido (art. 8), con el novedoso mandato de neutralizar los efectos adversos o mitigar adecuadamente su alcance *devolviendo a las personas afectadas o el medio ambiente a un estado equivalente o lo más próximo posible a su estado antes de dichos efectos*; o la presunción de que las empresas financieras están directamente vinculadas a un efecto adverso en su cadena de valor sin causarlo ni contribuir a ello. Se elimina también la medida de celebrar un contrato con socios comerciales cuando la empresa considere que no puede eliminar o mitigar

[74] Por ejemplo, el mandato de que en el código de conducta se definan las normas, los principios y las medidas que deben seguirse y aplicarse, en su caso, en toda la empresa y sus filiales en todas las operaciones, y que se diseñe para garantizar que la empresa respete los derechos humanos y el medio ambiente, y estará en consonancia con los valores fundamentales de la Unión [art. 5.1 b)]. O la obligación de que la política de diligencia debida de la empresa incluya la descripción de los efectos adversos potenciales o reales detectados por la empresa [art. 5.1. a) nuevo].

[75] Presumiéndose, por ejemplo, los efectos del deber de prevención que las empresas financieras están directamente vinculadas a un efecto adverso en su cadena de valor sin causarlo ni contribuir a ello (art. 7.1. ter nuevo).

[76] Art. 7.2.

[77] Se suprime el art. 7.3 que contemplaba este uso del contrato con los socios comerciales.

los efectos adversos en las actividades de éstos; por el contrario, en estos casos se obliga a las empresas a *proporcionar el acceso al desarrollo de capacidades, la orientación, el apoyo administrativo y financiero, como préstamos o financiación, teniendo en cuenta los recursos, los conocimientos y las limitaciones del socio comercial*. No obstante, sigue existiendo la posibilidad de celebrar disposiciones contractuales con socio comerciales, si bien, las que se reclamen no darán lugar a la transferencia de la responsabilidad relativa al ejercicio de la diligencia debida de conformidad con la Directiva ni de la responsabilidad derivada de incumplimiento en este ámbito, pues las empresas también están obligadas a evaluar si cabe esperar razonablemente que el socio comercial cumpla las disposiciones contractuales[78]. Destacable especialmente en la obligación de eliminación de los efectos adversos es la introducción *ex novo* de la obligación de *desarrollo de una colaboración significativa con las partes interesadas afectadas*, *que permita una verdadera interacción y diálogo en su proceso de diligencia debida.* Obligación que los Estados tendrán que garantizar, y que abarcará la información y la consulta de las partes interesadas afectadas, y será global, estructural, eficaz y oportuna y tendrá en cuenta las cuestiones culturales y de género[79].

De otro lado, se mejora notablemente lo que hasta ahora se denominaba "procedimiento de denuncia" (art. 9), que pasa a llamarse "Mecanismo de notificación y de reclamación judicial", entre otras novedades, ya que las reclamaciones las van a poder presentar, no sólo las personas que se vean afectadas o que tengan motivos fundados para creer que podrían verse afectadas por un efecto adverso, sino también *los representantes legítimos de dichas personas o, en los casos en que no haya personas, grupos o comunidades afectados por un efecto adverso sobre el medio ambiente, organizaciones fiables y experimentadas cuyo objetivo incluya la protección del medio ambiente*. Además, los Estados se tienen que asegurar que los mecanismos de notificación sean *legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos, tengan en cuenta las cuestiones de género y culturales y estén basados en la colaboración y el diálogo*. También se tendrán que asegurar los Estados de que las personas que presenten notificaciones o reclamaciones *no sean objeto de represalias ni sanciones*, entre otras vías, garantizando que las notificaciones o reclamaciones puedan formularse de manera anónima o confidencial, según proceda con arreglo

[78] Art. 8.3 c) en relación con el art. 8 –apartado 5– párrafo 2 bis (nuevo), y párrafo 2 ter (nuevo).

[79] Art. 8. quinquies (nuevo), apdo 1. Además, se contempla también que cuando no sea posible llevar a cabo una colaboración significativa con las partes interesadas afectadas, o cuando resulte útil recurrir a otras opiniones de expertos para que la empresa pueda cumplir plenamente los requisitos de la presente Directiva, las empresas colaborarán de manera significativa con otras partes interesadas pertinentes, como organizaciones de la sociedad civil, o personas físicas o jurídicas que defiendan los derechos humanos o el medio ambiente, con el fin de obtener información fiable sobre los efectos adversos potenciales o reales, a fin de poder cumplir los requisitos de la presente Directiva (apdo 2).

a la legislación nacional. Además, podrán solicitar la reparación de los efectos adversos (art. 8 *quater)*.

3.5. Reparación de los daños y responsabilidad civil

La propuesta de Directiva presentada por la Comisión regula la materia relativa a la reparación de daños dentro de lo que denomina "Responsabilidad civil" (art. 22), por tanto fuera de las acciones de diligencia debida. Se observa en su regulación el enfoque de la diligencia debida como una obligación de medios, no de resultado, es decir, y dicho de una manera sintética, sólo si la empresa incumple determinadas obligaciones (prevención y eliminación de los efectos adversos) y se produce un daño, sería responsable; por tanto, si hay cumplimiento de dichas obligaciones, aunque se produzcan daños, no habrá responsabilidad de la empresa. Pero además se trata de una responsabilidad doblemente limitada porque se excluye respecto de los efectos adversos provocados por socios comerciales indirectos (no definidos en el texto original) cuando la empresa ha cumplido una parte de aquellas obligaciones (art. 22.2). También queda exonerada de responsabilidad y se consideran cumplidas sus obligaciones respecto de los socios comerciales recabando de éstos garantías contractuales que avalen el cumplimiento del código de conducta de la empresa y, en caso, del plan de acción preventiva –aunque éste no se cumpla y produzca daños– (art. 7.2).

El texto de enmiendas aprobado por el Parlamento Europeo lleva acertadamente la materia de reparación de daños a las víctimas donde le corresponde, esto es, dentro de las obligaciones de diligencia debida, en concreto de la obligación de eliminación de los efectos adversos reales (art. 8 *quater*). La obligación de reparación recae ahora no sólo ante los daños provocados, sino también ante la producción de efectos adversos, y ante la contribución a un efecto adverso, en cuyo caso la empresa debe contribuir a su reparación, pudiendo producirse la obligación de reparación como resultado de una reclamación extrajudicial (no sólo judicial). Como medidas de reparación ("correctivas"), el nuevo texto prioriza la de *devolver a las personas y grupos o comunidades afectados o al medio ambiente a un estado equivalente o lo más próximo posible a su estado antes de dicho efecto.* No obstante, se contempla que esas medidas *pueden incluir la indemnización, la restitución, la rehabilitación, las disculpas públicas, el restablecimiento o una contribución a las investigaciones.* Con el añadido de que las empresas evitarán que se produzcan daños adicionales; se entiende que se refiere a daños adicionales provocados con ocasión de la elección de una concreta medida reparadora.

La responsabilidad civil sigue regulada en el art. 22, aunque con notables modificaciones. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas son responsables por daños y perjuicios *a) si incumplen las obligaciones establecidas en la presente Directiva* (de cualquier obligación, y no sólo de las previstas en materia de prevención y eliminación de los efectos adversos), y *b) como consecuencia*

de ese incumplimiento, la empresa causa o contribuye a causar algún efecto adverso real que debería haber sido identificado, priorizado, prevenido, mitigado, eliminado, reparado o minimizado en cuanto a su alcance mediante la aplicación de las medidas adecuadas que se establecen en la presente Directiva, y ese efecto ha ocasionado daños.

Es decir, que la diligencia debida se continúa concibiendo como una obligación de medios, no de resultado, porque si se producen daños, pero la empresa ha cumplido sus obligaciones de diligencia debida, no habrá responsabilidad. No obstante, se incrementan notablemente los supuestos de incumplimientos que dan lugar a responsabilidad. Además, se incorporan prescripciones que van fortalecer el mecanismo de la responsabilidad por incumplimientos que provocan efectos adversos con daños (art. 22.2 bis nuevo): plazo de prescripción para la interposición de demandas por daños y perjuicios de al menos diez años; costas no excesivamente onerosas; posibilidad de solicitar medidas cautelares; los sindicatos, las organizaciones de la sociedad civil u otros agentes pertinentes habilitados que actúen en aras del interés público van a poder emprender acciones ante un órgano jurisdiccional en nombre de una víctima o grupo de víctimas de efectos adversos; los tribunales van a poder ordenar, a petición del demandante, que las empresas aporten aquellas pruebas que obren en su poder siempre que *el denunciante aporte elementos que corroboren la probabilidad de la responsabilidad de la empresa con arreglo a la presente Directiva*; la no exoneración de responsabilidad de la empresa que aplica aspectos específicos de sus obligaciones de diligencia debida mediante su participación en iniciativas sectoriales o multilaterales o en iniciativas multilaterales, o hayan empleado cláusulas contractuales, o de comprobación por terceros; la no exoneración de responsabilidad de las filiales y empresas de la cadena de valor por el hecho de existencia de responsabilidad de la empresa matriz; y la responsabilidad de la empresa matriz en caso de que una de sus filiales, incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, *haya sido disuelta por la sociedad matriz o se haya disuelto intencionadamente para eludir su responsabilidad.*

3.6. Sanciones por incumplimientos de la diligencia debida

La propuesta de Directiva establece a cargo de los Estados miembros un sistema de vigilancia y control del cumplimiento y aplicación de las obligaciones de diligencia debida por parte de las empresas y de la Directiva. La articulación comprende: las Autoridades de Control (art. 17), las competencias (art. 18), sanciones (art. 20) y la red europea de Autoridades de Control (art. 21). De manera que los Estados miembros deben designar a una o varias autoridades de control nacionales, de carácter público, independiente de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva u otros intereses del mercado y estar libres de conflictos de intereses. Así mismo, deben garantizar su financiación adecuada. Entre las competencias, que como mínimo deben tener las autoridades de

control (art. 18.5) se encuentra la de imponer sanciones pecuniarias a las empresas por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida, conforme al art. 20. No obstante, son los Estados miembros los obligados a establecer el régimen de sanciones aplicable y las medidas necesarias para garantizar su ejecución.

El enfoque dado por la propuesta de Directiva en materia de sanciones es el de que éstas *no van más allá de lo necesario*, por lo que deben ser *proporcionadas*, aunque el art. 20 añade además que deben ser *efectivas y disuasorias*, y si son pecuniarias se basarán en el volumen de negocios de la empresa, a fin de garantizar su proporcionalidad. No obstante, las sanciones se contemplan como último recurso, ya que si las autoridades públicas detectan un incumplimiento deben concederle primero un plazo adecuado para adoptar medidas correctivas, y antes de decidir imponer una sanción –para determinar su naturaleza y nivel– *se tendrán debidamente en cuenta los esfuerzos de la empresa por aplicar las medidas correctivas que les exija una autoridad de control, las inversiones realizadas y cualquier apoyo específico prestado*. En todo caso, *la adopción de medidas correctivas no excluye la imposición de sanciones administrativas ni la generación de responsabilidad civil en caso de daños y perjuicios*, de conformidad con los artículos 20 y 22, respectivamente (art. 18.4).

Esta materia también ha sido objeto de enmiendas por parte del Parlamento europeo, que vienen a mejorar, concretar y ampliar su regulación, aportando interesantes novedades, como la ampliación de los parámetros a tener en cuenta antes de decidir la imposición de una sanción, como son entre otros, que *la gravedad y duración de la infracción de la empresa o la gravedad de los efectos que se han producido;* las infracciones previas cometidas por la empresa; los beneficios económicos obtenidos o las pérdidas evitadas por la empresa debido a la infracción; si la empresa ha tramitado efectivamente reclamaciones o propuestas presentadas por personas o partes interesadas afectadas; o cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso.

Es destacable igualmente la modificación del criterio del volumen de negocios para imponer las sanciones pecuniarias, respecto del que ahora se precisa que será el *volumen de negocios mundial neto de la empresa*, y que el límite máximo de las sanciones pecuniarias no será inferior al 5% del volumen de negocios mundial neto de la empresa en el ejercicio social anterior a la decisión sancionadora. Además, se añade que las sanciones pecuniarias administrativas se calculen teniendo en cuenta el *volumen de negocios consolidado* notificado por la empresa, cuando se lleve a cabo transferencia por parte de una sociedad matriz última de su volumen de negocios mundial neto a entidades terceras, y ello con el fin de evitar una reducción artificial de las posibles multas administrativas resultantes.

4. CONCLUSIONES

De aprobarse la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad, sobre todo con la redacción dada por las enmiendas del Parlamento Europeo, asistimos a un avance considerable en la consecución de la protección y respeto de los derechos humanos y el medio ambiente. En el ámbito laboral son muchos los derechos humanos que se ven dañados por la globalización de las actividades económicas de grandes empresas, especialmente en sus cadenas de producción.

Desde diferentes instancias institucionales, civiles y sindicales se constata cómo la autorregulación voluntaria de comportamiento ético por parte de las empresas que operan a gran escala, no ha impedido que se sigan produciendo graves violaciones de derechos humanos en el trabajo y en el medio ambiente. La sociedad y sus hábitos de consumo no son ya a día de hoy indiferentes ante los daños a las personas, al medio ambiente y al clima del planeta, por lo que sus opciones de consumo responsable están impulsando también la necesidad de cambio, enfocado hacia una protección y un respeto de estos bienes que sean verdaderamente reales, bienes que deben ser universales y que en definitiva se traducen en vida, salud y bienestar.

La propuesta de Directiva es pues un punto de inflexión en la forma de responder por los daños ocasionados por empresas globalizadas, sus filiales y sus cadenas de producción. La regla general será ahora la obligatoriedad de no dañar, a través de la prevención, mitigación, eliminación y, en caso, reparación de los efectos adversos y daños que las actividades económicas producen en los derechos humanos y el medio ambiente. Consideramos que la diligencia debida de las empresas puede ser un instrumento adecuado si sus mecanismos son lo suficientemente sólidos como para ser eficaces, y si además se cumplen realmente. A cargo de los Estados miembros está la obligación de garantizar esa diligencia debida, para así cumplir con su responsabilidad de proteger los derechos humanos y el medio ambiente.

De otro lado, entendemos que esta intervención normativa no debe ser vista en clave de costes o merma de competitividad, porque el aporte de beneficios será mucho mayor para todas las personas y para las propias actividades económicas, y el medio ambiente, con repercusiones no sólo en el territorio de la Unión Europea sino también fuera de sus límites. Entendemos que el proceso de tramitación de la propuesta de Directiva no debe dar como resultado un retroceso o vuelta atrás, sino todo lo contrario, ya que todavía es necesario evolucionar y mejorar más los mecanismos de la diligencia debida empresarial, que permita creer en un verdadero compromiso de la UE con las personas, los derechos humanos, el medio ambiente y la lucha contra el cambio climático.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EMPLEO. ANÁLISIS CRÍTICO DEL MARCO REGULATORIO EUROPEO Y ESPAÑOL IMPULSADO POR EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Rosa Mª González De Patto
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO **Palabras clave:** Inteligencia artificial, derechos fundamentales, empleo, Derecho europeo y español

Aunque el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) no recoge referencia alguna a la a la Inteligencia Artificial (IA) potencialmente lesiva en el ámbito del empleo, el Plan de Acción del PEDS 2021 sí lo hace de forma expresa, al concretar las acciones y objetivos para desarrollar y concretar los principios establecidos por aquél. De este modo, el PEDS ha servido de impulso de un marco regulatorio europeo y nacional, aún en construcción, enderezado a garantizar el uso ético, fiable y respetuoso de derechos sociales fundamentales de la ciudadanía en general y de las personas trabajadoras en particular. El análisis crítico de la disciplina jurídica de la IA en los ordenamientos europeo y español, objeto de este estudio, centrado en su proyección en el ámbito del empleo y la protección social, incide en sus progresos y debilidades, en el cumplimiento del objetivo de servir de escudo protector de derechos y garantía de condiciones de vida y trabajo seguras y justas (uno de los principios basilares del PEDS) frente a la digitalización basada en la Inteligencia Artificial.

ABSTRACT ***Keywords:*** *Artificial intelligence, fundamental rights, employment, European and Spanish legislation*

Although the European Pillar of Social Rights (PEDS) does not include any reference to protection against harmful artificial intelligence in the field of employment, the Action Plan PEDS 2021 does so expressly by specifying the actions and objectives to develop and implement the your Principles. In this way, the PEDS has served as an impetus for a European and national law framework, still under construction, aimed at ensuring the ethical and respectful use of fundamental social rights of citizens in general and working people in particular. The critical analysis of the legal discipline of AI in the UE and Spanish legal systems, the object of this study, focused on its projection in the field of employment and social protection, allows to detect and influence their progress as well as their weaknesses in fulfilling the objective of serving as a protective shield for the guarantee of safe and fair living and working conditions against digitization based on Artificial Intelligence, one of the basic principles of the PEDS.

 Recepción original: 30.08.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción
2. Inteligencia artificial y trabajo justo en el "plan de acción" del pilar europeo de derechos sociales 2021
3. El impacto del plan europeo de derechos sociales en materia de inteligencia artificial y empleo. El marco regulatorio europeo
   3.1. La Ley de Inteligencia Artificial. Progresos y debilidades
   3.2. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil extracontractual de la Inteligencia Artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial)
4. El marco regulatorio español
5. Conclusión final

1. INTRODUCCIÓN

Los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) no han perdido vigencia pese al tiempo transcurrido desde su proclamación en la Cumbre Social de Gotemburgo de 2017 por el Empleo y el Crecimiento Justos. Bien al contrario, cobran mayor sentido, si cabe ahora, como vector de la recuperación tras las durísimos efectos económicos y sociales de la pandemia Covid 19 y, por otra parte, como instrumento promocional de marcos regulatorios, europeo y nacionales, de garantía de los derechos sociales fundamentales frente a los nuevos y graves desafíos que representa la digitalización y, en particular, la Inteligencia Artificial (IA) en todos los ámbitos y, por lo que aquí interesa, en el ámbito del empleo.

Haciendo un brevísimo repaso histórico, recordemos que en la Recomendación (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), la Comisión Europea recogía los veinte principios que debían ser promovidos por las instituciones de la UE y los Estados miembros para la consecución de una Europa más social. Poco después, la cumbre europea de Gotemburgo del 17 de noviembre de ese mismo año se aprovechó para escenificar con una declaración formal la cobertura político-institucional del PEDS por parte del Parlamento, el Consejo y la Comisión europeos.

Sin perjuicio de su limitado valor jurídico al tratarse de una herramienta de soft low desprovista de naturaleza normativa e, incluso, de eficacia obligacional[1], lo que ha merecido el reproche de un sector de la doctrina iuslaboralista y constitucionalista[2], otro sector hace una lectura más positiva de este instrumento,

[1] Rojo Torrecilla, E. (2017): "La construcción del Pilar europeo de derechos sociales. De la propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente?, Revista Galega de Dereito Social, 3, 9-74.

[2] Ramos Quintana, M. (2017), "El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea", Revista de Derecho Social, n.º 77; Arrufe Varela, A. (2018): "El nuevo

apuntando que, pese a su carácter meramente programático, ha contribuido, por una parte, a sistematizar y visibilizar los principios y derechos sociales ya reconocidos previamente en el acervo comunitario, representando un contrapunto social frente a la razón económica propia de la corriente neoliberal preponderante en los años precedentes[3]; y, por otra parte, a impulsar el desarrollo de los derechos sociales por medio de instrumentos normativos posteriores, tanto europeos como nacionales, cuya fuerza vinculante los va dotando de efectividad[4]. Desde esta perspectiva, el PEDS ha representado un punto de inflexión muy positivo en la política social europea influyendo de forma relevante en su desarrollo[5].

Si bien es cierto que ninguno de los tres capítulos del PEDS, en torno a los que se articulan sus veinte principios vertebradores, hace referencia explícita al impacto de la disrupción digital en el ámbito del trabajo y, en particular a la Inteligencia Artificial (IA), el posterior Plan de Acción del PEDS 2021, impulsado por la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Bruselas 4 de marzo de 2021 [COM(2021 102 final])[6], sí recoge ya previsiones específicas a este respecto, vinculándolas al objetivo de "adecuación de las normas laborales al futuro del trabajo" para la garantía de Condiciones de trabajo justas, en el sentido del capítulo II del Pilar, que, como se recordará, incluye seis principios: 5. Empleo seguro y adaptable. 6. Salarios. 7. Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido. 8. Diálogo social y participación de los trabajadores. 9. Equilibrio entre vida profesional y vida privada. 10. Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos. Un enfoque acertado ya que la regulación del uso ético y adaptado a las personas, (de las trabajadoras en particular) de la IA es esencial para la garantía del empleo seguro, adaptable y justo.

En efecto, la necesidad de afrontar las secuelas económico-sociales de la pandemia llevaron a la Comisión a constatar la conveniencia de articular los principios del PEDS mediante objetivos y acciones concretas con la finalidad

Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico", Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 49, 2018; Lasa López, A. (2.019): "El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo". Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 23, Nº 62, 2019.

[3] Monereo Pérez, J.L. (2018): Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social. Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales, vol. 8, núm. 2, 2018.

[4] En este sentido, Tomás Mallen, B. (2023) "El impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la legislación española". Lex Social, Revista de Derechos Sociales 13 /1).

[5] Rojo Torrecilla, E. (2023): Pilar Europeo de Derechos Sociales. El avance hacia una Europa más social. Revista Gaceta Sindical, reflexión y debate, núm. 40, junio de 2023.

[6] https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF.

impulsar una Europa social más fuerte con el horizonte del año 2030, convergiendo así con la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas (25 de septiembre de 2015). Por esta razón adoptó en abril de 2021 el "Plan de Acción" del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en el que la Comisión insta a un esfuerzo conjunto, con la participación de todos los niveles de gobernanza, los interlocutores sociales y otros actores, para la plena aplicación de los principios del PEDS. Este Plan tuvo el respaldo de la Cumbre Social de Oporto (7-8 de mayo de 2021), y previsiblemente recabará el apoyo de la Presidencia Española de este segundo semestre de 2023, iniciada el 1 de julio, hasta su revisión prevista en 2025.

El Plan de acción 2021, como se ha dicho, se sustenta en el valor que le atribuye al PEDS, al que erige en el instrumento estratégico de la UE "para garantizar que las transiciones de la neutralidad climática, la *digitalización* y el cambio demográfico sean socialmente justas y equitativas", y, por ello mismo, contiene importantes elementos para abordar los desafíos que entraña la IA desde la perspectiva de la garantía de condiciones de trabajo seguras y justas a las personas trabajadoras.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y TRABAJO JUSTO EN EL "PLAN DE ACCIÓN" DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES 2021

Centrándonos en el tercer bloque del Plan de Acción del PEDS 2021, en él se recogen las medidas enderezadas a la aplicación y efectividad de sus principios, haciendo referencia a las ya adoptadas y a las previstas para el futuro, con especial hincapié en las áreas consideradas como prioritarias. Y es aquí y con este enfoque donde, entre los objetivos y medidas previstos para "Adecuar las normas laborales al futuro del trabajo", se plantean los retos vinculados a la disrupción digital en los lugares de trabajo y, en particular los desafíos que supone la aplicación de herramientas de gestión algorítmica, especialmente las basadas en inteligencia artificial (IA). En este sentido, la Comunicación advierte su aplicación extensiva e intensiva por las empresas "*para dirigir la contratación, supervisar las cargas de trabajo, definir las tarifas de remuneración, conducir la trayectoria profesional o potenciar la eficiencia de los procesos, así como cuando se deben realizar tareas de alta exposición*", por lo que considera imprescindible abordar los riesgos que presentan los sistemas automatizados de toma de decisiones basados en algoritmos, en especial los derivados de decisiones sesgadas, discriminatorias y faltas de transparencia, con el objeto de "*mejorar la confianza en los sistemas impulsados por IA, promover su uso y proteger los derechos fundamentales*" de los trabajadores/as. Sobre esa base, la Comisión asumía el compromiso de adoptar, a partir de la referencia del Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, "un reglamento de la Unión sobre la inteligencia artificial en el segundo trimestre de 2021 para la adopción del uso confiable de la IA en la economía de la Unión, especialmente en el lugar de trabajo y para todas las formas de trabajo". Un compromiso en el que

se han producido grandes y rápidos avances para adoptar un paquete normativo hard law integrado por dos normas de relevancia: la Propuesta Reglamento IA, considerada la primera ley a nivel mundial que establece los límites para una aplicación equilibrada, justa y ética de los sistemas de IA en diversos ámbitos, incluido, por lo que aquí interesa, el mercado de trabajo, así como la Propuesta de Directiva sobre Responsabilidad de la IA, cuyo análisis crítico constituirá el núcleo de este estudio.

3. EL IMPACTO DEL PLAN EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES EN MATERIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EMPLEO. EL MARCO REGULATORIO EUROPEO

La apuesta de la Comisión por impulsar un paquete normativo para la regulación de la IA responde a la convicción de que la disrupción digital aporta innegables beneficios en todos los ámbitos, incluido en el ámbito del empleo, representando ya una herramienta imprescindible para las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, en la mejora de la productividad, la competitividad y la eficiencia en la gestión de los recursos humanos y, desde la perspectiva de los trabajadores, nuevas oportunidades de acceso al empleo y a formas de empleo favorecedoras de la conciliación de trabajo y responsabilidades familiares. Pero, como contrapartida, engendra riesgos ciertos y graves de sesgos discriminatorios y de afectación de derechos sociales fundamentales, señaladamente los derechos a la intimidad, protección de datos personales, la salud, integridad física y moral de las personas trabajadoras. En ese escenario, las instituciones UE proponen una Europa resiliente en la Década digital, garantizando un uso justo y seguro de los sistemas de IA que preserve la indemnidad de los derechos fundamentales a través de normas y acciones concretas.

En este sentido, en cumplimiento de las previsiones al respecto en el Plan de Acción del PEDS, y conforme a las pautas marcadas por el Libro Blanco sobre IA[7], se aprueba la Comunicación de la Comisión: "Fomento de un enfoque europeo de la Inteligencia Artificial" de 21 de abril 2021 (COM/2021/205 final), en la que se incluyen dos compromisos: la revisión del Plan coordinado sobre IA (Revisión del Plan Coordinado de Inteligencia Artificial de 2021)[8] y el abordaje de un marco

[7] Libro Blanco de la Comisión Europea sobre IA , febrero de 2020, COM (2020) 65.

[8] El precedente Plan coordinado IA 2018 sentó las bases para la coordinación de políticas sobre IA e insta a los Estados miembros a desarrollar estrategias nacionales sobre la materia, con cuatro bloques de sugerencias al respecto. En el tercero, la revisión de 2021 refuerza el compromiso de que la IA desarrollada y comercializada en la UE esté centrada en el ser humano, sea sostenible, segura, inclusiva, accesible y fiable. Para lograr estos objetivos, el Plan revisado insiste en que la clave es el marco regulatorio apropiado para garantizar la confianza en los sistemas de IA. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review

regulatorio vinculante para la IA, en concreto un reglamento, una norma de eficacia jurídica fuerte (hardlaw), ante la convicción de que la legislación vigente a día de hoy , tanto a nivel europeo como nacional para proteger los derechos fundamentales[9], la seguridad[10] y los derechos de los consumidores[11] frente al progreso acelerado de la IA. El reglamento recogerá, según la Comunicación, normas aplicables al diseño, desarrollo y uso de determinados sistemas de IA, pero para evitar la extralimitación competencial de la UE se centrará en los sistemas considerados de "alto riesgo" para la seguridad y la afectación de derechos fundamentales.

Conforme a este compromiso asumido por la Comisión, a día de hoy se encuentra en avanzada fase de tramitación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial)[12]. La finalidad de la Ley IA es dotar de uniformidad a las respuestas de los ordenamientos nacionales frente a los riesgos que entrañan los productos y procesos basados en IA desde un enfoque equilibrado entre los progresos que reportan en todos los ámbitos, incluido el empleo y la protección social, y la garantía de que los mismos se desarrollen de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE.

3.1. La Ley de Inteligencia Artificial. Progresos y debilidades

La Propuesta de Reglamento IA es una norma que, aparte de ser pionera a nivel mundial en la regulación del uso equilibrado, justo y no lesivo de los sistemas IA, cobra una especial relevancia en el ámbito del empleo y la protección social ya que dichos ámbitos se contemplan en la norma como de "alto riesgo" por su potencialidad de afectación de derechos fundamentales de las personas trabajadoras y, por ello, les resulta de aplicación un arsenal de medidas preventivas para la evitación o minimización de dichos riesgos, así como medidas sancionadoras para los supuestos de incumplimiento de dichos deberes preventivos. De este modo, la norma contribuye a la protección de las condiciones de trabajo de millones de trabajadoras/es europeos que se ven expuestos a la aplicación, extensiva e intensiva, de sistemas IA en empresas de todos los tamaños y en prácticamente todos los sectores productivos.

Los progresos de los sistemas IA son incontestables y, en lo atinente al ámbito del mercado de trabajo, los beneficios son de sobra conocidos: la digitalización

[9] Directiva 2000/43/CE contra la discriminación por motivos de raza y origen étnico; Directiva 2000/78/CE contra la discriminación en el trabajo por motivos de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, e, incluso, el Reglamento General (UE) de Protección de datos 2016/679.

[10] Directiva de seguridad general de productos, 2001/95/CE.

[11] Directiva sobre prácticas comerciales desleales 2005/29/CE.

[12] Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial (COM(2021) 206 final]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52021PC0206&from=ES

mediante dichos sistemas de múltiples funciones y tareas favorece la productividad y la competitividad de las empresas y, desde la perspectiva del trabajo, contribuye a la mejora de la accesibilidad al empleo de colectivos vulnerables; abre nuevas y mejores oportunidades para el teletrabajo y, con ello, a la conciliación; aumenta la eficiencia en la gestión de los recursos humanos, pero, a cambio, implica riesgos de discriminación y exclusión de colectivos con mayores dificultades de empleabilidad y adquisición de competencias digitales, y, sobre todo, de afectación de derechos fundamentales (intimidad, protección de datos, saludo, intregridad física) del conjunto de las personas trabajadoras, particularmente cuando dichos sistemas se utilizan en los procesos de selección y contratación de personal, para la toma de decisiones relativas a la organización del trabajo y al control y vigilancia. Particularmente los derechos potencialmente concernidos son los derechos a la intimidad, a la protección de datos personales, la salud, la integridad física o, incluso, la integridad moral. En este sentido, el Reglamento pretende garantizar la aplicación segura de la IA en el ámbito de las relaciones laborales y, con el objetivo de reforzar la efectividad de la protección jurídica frente a sus potenciales efectos lesivos, el Parlamento Europeo (PE) ha mejorado sensiblemente el texto original de la Comisión mediante las Enmiendas aprobadas por el Pleno el (14 de junio de 2023)[13].

La primera aportación a destacar del Reglamento, por lo que contribuye a clarificar la confusión conceptual existente hasta ahora en esta materia, es la delimitación restrictiva de la definición de "sistemas de inteligencia artificial" o "sistemas IA" para distinguirlos de otros sistemas de software más clásicos. Para ello, el PE modifica el art. 3.1 y efectúa un reajuste conceptual de la definición de la IA, alineándose con la propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en mayo de 2019. Conforme a la nueva definición, un «sistema de IA» es "un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida –como predicciones, recomendaciones o decisiones– que influya en entornos reales o virtuales"[14].

A partir de ahí, la norma clasifica los sistemas IA en cuatro grupos en función del nivel de riesgo que generan para los derechos fundamentales: sistemas prohibidos, por entrañar un riesgo inadmisible y contrario al Derecho y los valores de la UE (art. 5); sistemas de "alto riesgo"(art. 6.3 y Anexo III) y sistemas de medio y mínimo riesgo, sometiendo a los de alto riesgo a una serie de obligaciones exigibles a fabricantes, desarrolladores, proveedores, importadores, implementadores y usuarios

[13] Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html

[14] Enmienda 165 del Parlamento Europeo a Artículo 3 – párrafo 1 – punto 1 de la Propuesta de Reglamento.

finales, con el objeto de prevenir o minimizar el riesgo (arts. 9-20): gestión de riesgos, transparencia, gobernanza de datos, garantía de intervención humana y evaluación de conformidad, así como el registro de dichos sistemas y de los proveedores y usuarios de los mismos en la Base de datos de la UE habilitada al efecto (art. 60).

En lo que concierne a su ámbito subjetivo, la norma es aplicable, como se ha dicho, a todos los agentes u operadores de la cadena de valor de estos sistemas, elenco que las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo amplía para incluir también a los importadores (en caso de productos fabricados fuera de la UE), distribuidores, así como a los representantes autorizados de los proveedores de sistemas de IA, cuando dichos importadores, distribuidores o representantes autorizados estén establecidos o se encuentren en la Unión.

Como ya se ha dicho, en el catálogo de ámbitos de "alto riesgo", el Anexo III, al que remite el art. 6.3, se incluyen la formación profesional, el empleo y la protección social.

En cuanto al primero, el punto 3 del Anexo, se refiere a: (a) sistemas de IA destinados a utilizarse para determinar el acceso o la admisión de personas físicas a programas o centros educativos y de formación profesional a todos los niveles o para asignar a personas físicas a dichos programas o centros; y (b) sistemas de IA destinados a utilizarse para evaluar los resultados del aprendizaje, también cuando dichos resultados se utilicen para orientar el proceso de aprendizaje de las personas físicas en programas o centros educativos y de formación profesional a todos los niveles.

Por lo que se refiere al empleo, los sistemas de IA sujetos a la norma son los aplicables a los procesos de reclutamiento, selección y contratación de personal y acceso al autoempleo[15]; los destinados a los procesos de promoción profesional, encuadramiento o clasificación profesional y de regulación extintiva de plantilla de personal laboral; así como los relativos a procedimientos de evaluación del desempeño[16]. Y en lo referente a la protección social, el Reglamento también califica de alto riesgo los sistemas que se implementen en los procedimientos de acceso, reducción o extinción de prestaciones sociales públicas "esenciales", lo que incluiría las de seguridad social, dependencia y asistencia social[17].

[15] 4.a) "sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos".

[16] 4.b) "IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y a la rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales y para realizar un seguimiento y una evaluación del rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones".

[17] 5.a) "sistemas de IA destinados a ser utilizados por las autoridades públicas o en su nombre para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para acceder a servicios y ayudas esenciales de asistencia pública, así como para conceder, reducir, retirar o recuperar dichos servicios y ayudas";

En lo concerniente a los procesos de reclutamiento, selección y contratación de personal, ya es habitual y conocido el uso intensivo de diversas herramientas de inteligencia artificial, como los chatbots (chatGPT, en su versión más reciente) para la entrevista de candidatos y las de cribado de currículos, que, aparte del riesgo que representan para la protección de datos personales, pueden encerrar sesgos desfavorables para los candidatos pertenecientes a colectivos vulnerables. Igualmente sucede con los algoritmos diseñados para los sistemas de cribado por vídeo para el reconocimiento facial (sistemas categorización biométrica), reconocimiento de emociones (estabilidad emocional, extroversión, impulsividad o capacidad de atención) y de características personales de los candidatos (sistemas de categorización biométrica), que, sin perjuicio de utilizarse conforme a las restrictivas limitaciones impuestas para el tratamiento de datos biométricos por el Reglamento General de Protección de datos 2016/679 (art. 9.2.b RGPD), podrían tener un indeseable impacto discriminatorio en la valoración del grado de empleabilidad de los candidatos y las decisiones que, sobre esa base, el algoritmo adopte.

Iguales desafíos plantean los sistemas IA que se implementen en los procesos de evaluación del desempeño de los trabajadores/as, basados, como es sabido, en indicadores que miden la eficiencia y productividad del empleado desde diferentes planos: en función de sus competencias y rendimiento (cantidad y calidad de trabajo); en función de la salud financiera de la empresa y, en fin, de la satisfacción de clientes y usuarios. Estas herramientas de gestión de recursos humanos, se están utilizando para la adopción automatizada de decisiones en el ejercicio de los poderes organizativos empresariales de gran calado en la relación de trabajo: en materia retributiva (primas o incentivos), modificación de condiciones de trabajo (movilidad funcional y geográfica), promoción profesional, suspensión contractual e, incluso, para decisiones extintivas (ceses o despidos).

De nuevo aquí el riesgo de efectos perversos en el plano de la igualdad y de la protección de datos está servido, ya que no es descartable que los macrodatos que alimentan el sistema y los algoritmos IA utilizados para su autoaprendizaje o entrenamiento, aunque parezcan objetivamente neutros, puedan estar basados en patrones históricos o actuales de discriminación (incluso sin intervención humana) o de otros sesgos lesivos que arrojen decisiones discriminatorias o vulneradoras de otros derechos fundamentales. De hecho, la doctrina ya ha advertido de que en la práctica de la gestión de recursos humanos existen modelos algorítmicos de evaluación del rendimiento laboral que ignoran criterios de orden jurídico-laboral objeto de especial tutela jurídica frente a la discriminación, como es el caso de la discapacidad[18].

[18] Vid. Rivas Vallejo, P.: "Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio", e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, nº 1.

Antes tales riesgos ciertos, el Reglamento europeo supone un indudable avance en la protección de los derechos que pueden verse concernidos, si bien no está exento de algunas, y no precisamente intrascendentes, debilidades que el PE pretende corregir, como seguidamente se verá, a través de las Enmiendas al texto de la Comisión aprobadas en votación del Pleno el 14 de junio de 2023[19].

En primer lugar, en el texto inicial de la Comisión el grueso de los requisitos imperativos que se establecen para los sistemas de alto riesgo, cual es el caso de los aplicables en el ámbito del empleo (arts. 9-15) se hacen recaer en los fabricantes y proveedores de los mismos y en mucha menor medida en los usuarios finales o implementadores –por lo que aquí interesa, a los empleadores que los utilicen en los procesos de gestión de personal–. Las Enmiendas aprobadas por PE a este respecto[20] suponen significativos avances al ampliar las responsabilidades legales secundarias que se atribuían inicialmente a estos últimos operadores finales. Así, más allá de las obligaciones de garantizar de la intervención humana en la toma de decisiones automatizadas (art. 29.1) y de evaluación de la adecuación y representatividad de los datos de entrada a la finalidad del sistema (art. 29.3), ahora el nuevo art. 29.1 bis incorpora la obligación de velar por la competencia y cualificación de las personas encargadas de la supervisión humana (del correcto funcionamiento del sistema y de las decisiones adoptadas por el mismo), así como la de por dotarlas de los recursos necesarios para la efectividad de esta función, sin perjuicio del deber, ya contemplado en el texto transaccional de la Comisión y el Consejo, de ordenar la suspensión de su uso de detectarse riesgo de lesión de derechos fundamentales (art. 29.4). Asimismo, se incluye el deber del usuario de notificar cualquier anomalía potencialmente lesiva al proveedor así como a la "autoridad nacional de supervisión", que, a su vez, habrán de trasladar esa información a la Oficina de Coordinación de la IA para la UE.

Pero la aportación de mayor trascendencia del PE en clave de derechos reside en la incorporación de la obligación de los usuarios o implementadores de los sistemas de alto riesgo de realizar "evaluaciones de impacto para los derechos fundamentales"[21]. En efecto, el nuevo art. 29 bis concreta, además, los elementos mínimos que debe recoger esta evaluación: a) una descripción clara de la finalidad prevista para la que se utilizará el sistema; b) una descripción clara del ámbito geográfico y temporal previsto de utilización del sistema; c) las categorías de personas físicas y grupos que puedan verse afectados por la utilización del sistema; d) una verificación de que la utilización del sistema es conforme al Derecho de la Unión y nacional pertinente en materia de derechos fundamentales;

[19] Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial), P9_TA(2023)0236

[20] Enmiendas 401-413 al Artículo 29.

[21] Enmienda 413 al art. 29: nuevo art. 29 bis.

e) el impacto razonablemente previsible en los derechos fundamentales de poner en uso el sistema de IA de alto riesgo; f) los riesgos de perjuicio específicos que puedan afectar a personas marginadas o a grupos vulnerables; g) las repercusiones negativas razonablemente previsibles del uso del sistema en el medio ambiente; h) un plan detallado sobre cómo se mitigarán los perjuicios y el impacto negativo en los derechos fundamentales; j) el sistema de gobernanza que pondrá en marcha el implementador, incluida la vigilancia humana, la tramitación de reclamaciones y las vías de recurso. Por otra parte, en caso de imposibilidad de definir el plan detallado de evitación o reducción de los riesgos detectados en el transcurso de la evaluación, el precepto impone al implementador el deber de abstenerse de poner en uso el sistema de IA e informar sin demora indebida al proveedor y a las autoridades nacionales de supervisión pertinentes.

Finalmente, para el desarrollo de las evaluaciones de impacto se contempla (art. 29 bis. 4) la participación de los representantes de los afectados: agentes sociales y los representantes legales de los trabajadores en los centros de trabajo, concretada respecto a estos últimos en la obligación de consulta previa en los supuestos específicos de implementación de estos sistemas en los lugares de trabajo (nuevo art. 29.5 bis). El PE introduce, de este modo, una fórmula de control colectivo "fuerte" (derecho de consulta), que viene a reforzar la obligación de mera información que, a este respecto, prevé nuestro Estatuto de los Trabajadores (art. 64.4. d. ET), que queda integrada por los derechos de información y consulta previas en los procesos de evaluación de riesgos de los sistemas IA aplicables en los ámbitos de la formación profesional, selección y contratación y gestión de las relaciones laborales (medidas organizativas, vigilancia y control, medidas extintivas del empleador).

La revisión aportada por el PE resultada acertada, dado que la ampliación de los deberes inherentes a los usuarios finales reequilibra la distribución de las obligaciones preventivas entre los agentes de la cadena de valor de los sistemas IA y, de este modo, facilita la exigencia de responsabilidades administrativa y civil frente a los usuarios por parte de los perjudicados por el resultado lesivo. Por lo demás, el modelo propuesto por del Parlamento Europeo centralizaría la supervisión de la IA en una agencia pública de cada Estado miembro[22], al tiempo que ampliaría el papel de la Oficina de Coordinación de la IA de la UE, lo que implica un cambio de paradigma respecto a los textos de la Comisión y el Consejo: el Parlamento apuesta por la creación un ecosistema de supervisión pública de la IA en la Unión, aunque, de momento, ninguna de las instituciones europeas se ha comprometido lo suficiente con este mecanismo como para garantizar su éxito[23].

[22] Como se sabe, España ya ha iniciado el procedimiento para la constitución de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA).

[23] Barrio Andrés, M. (2023), "Novedades en la tramitación del próximo Reglamento europeo de inteligencia artificial", Real Instituto Elcano, 19 julio 2023, https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/novedades-en-la-tramitacion-del-proximo-reglamento-europeo-de-inteligencia-artificial/

Sin embargo, la segunda de las carencias que se viene reprochando al Reglamento: la falta de previsión de herramientas de impugnación o reclamación directa de los afectados por intromisiones ilegítimas en derechos fundamentales consumadas, no se ha resuelto completamente, lo que frustra en parte las expectativas generadas respecto a su potencial tuitivo[24]. En efecto, el legislador europeo no inclu**ía** hasta ahora previsión alguna de vías de impugnación directa por parte de los perjudicados, ni instaba a los Estados a regularlas a través de las legislaciones internas, limitándose a establecer un régimen sancionador por infracciones de los requisitos exigibles a los sistemas de alto riesgo, cuyo desarrollo sí que encomienda a los Estados, imponiendo como condicionante mínimo para los legisladores nacionales que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 71). El silencio de la norma europea a este respecto dejaba, así, a las normas internas de cada Estado la determinación de las acciones legales a ejercer por los afectados en general y las personas trabajadoras en particular para la exigencia de responsabilidades por las decisiones discriminatorias y/o lesivas de derechos fundamentales resultantes de decisiones automatizadas de los sistemas IA implementados en las empresas.

Las aportaciones del PE han supuesto un avance, aunque parcial, en este sentido, con el reconocimiento del derecho de los afectados (personas físicas o colectivos) a formular reclamaciones directas frente a la implementación de sistemas IA que transgredan los requisitos legales frente a las autoridades de supervisión[25]. En efecto, el nuevo art. 68 bis propuesto por el PE recoge dos vías de reclamación a los afectados: 1) derecho a presentar una reclamación ante la autoridad nacional de supervisión del Estado miembro en el que tenga su residencia habitual o sea sede del lugar de trabajo donde se ha producido la supuesta infracción, y 2) el derecho a la tutela judicial frente a sus decisiones, es decir, a recurrir a la vía judicial frente a la inacción o decisiones vinculantes del órgano de supervisión ante el que se ha formulado la reclamación (art. 68 ter). Pero se trata de meras reclamaciones de naturaleza administrativa enderezadas a solicitar la suspensión del uso del sistema lesivo y, a lo sumo, a la imposición de sanciones al empleador (usuario) infractor.

De este modo, el Reglamento renuncia al reconocimiento del derecho a los afectados a la reclamación de resarcimiento de los daños sufridos por acciones lesivas consumadas derivadas de productos basados en IA, en contraste con las previsiones específicas a este respecto del Reglamento General de Protección de datos (arts. 79 y 82 RGPD). Esto es, la norma carece de regulación de un régimen de responsabilidad civil que permita, en nuestro caso, a los trabajadores/as afectados recabar la tutela judicial para la obtención de una indemnización reparadora de los perjuicios derivados de decisiones discriminatorias o conculcadoras de derechos fundamentales adoptadas por los sistemas IA implementados en la empresa. El

[24] González de Patto, R.M (2023), Temas Laborales, nº 167, julio, 2023.

[25] Enmiendas 627-630 de PE.

legislador europeo ha desaprovechado la oportunidad de regular un sistema integral e integrado de garantías mediante esta norma de aprobación inminente y eficacia jurídica directa, aportando uniformidad a las heterogéneas normas nacionales vigentes en materia de responsabilidad civil, que, en su mayoría, como es el caso del ordenamiento español, no cubren específicamente, de momento, los daños causados por productos o servicios basados en IA, lo que va en menoscabo de la tutela de las personas trabajadoras perjudicadas y de la seguridad jurídica de las empresas usuarias[26].

La omisión del Reglamento obedece a una opción de política legislativa, en mi opinión desafortunada, de las instituciones europeas consistente en fragmentar en varias normas el marco regulatorio de garantías frente a la IA lesiva: por un lado, el Reglamento, cuyo objeto es la regulación de la tutela preventiva y administrativo-sancionadora; por otro lado, la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA)[27], con el objeto aquí de regular los mecanismos de tutela reparadora o indemnizatoria a ejercer por los afectados contra proveedores y usuarios finales, que, en este caso, está pendiente aún de largo proceso legislativo en el Parlamento y el Consejo Europeos para su entrada en vigor. Por último, la propuesta de revisión de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos[28], regula los cauces de exigencia de responsabilidad indemnizatoria por parte de los consumidores finales de productos IA contra los operadores iniciales de los sistemas (fabricantes, importadores, etc.).

Se trata de un modelo regulatorio que resta eficiencia y efectividad al sistema europeo de garantías. ¿Tiene sentido disociar en tres normas con diversa eficacia jurídica y calendario legislativo el régimen de prevención de riesgos de los sistemas IA y la sanción de los incumplimientos de las obligaciones preventivas, por un lado, y por otro, los mecanismos de resarcimiento en los supuestos en que el riesgo se materialice en un daño o perjuicio material o moral? No parece razonable, porque aunque sus respectivos objetos y momentos de aplicación divergen, se complementan y refuerzan mutuamente, de forma que este enfoque resta cohesión, inmediatez aplicativa y, en suma, efectividad al régimen de protección, máxime con la referencia contrapuesta del precedente modelo unificador del Reglamento General de Protección de datos (RPD).

[26] Sobre el complejo panorama existente en materia de responsabilidad civil por daños de la IA, vid. Iturmendi Morales, G. (2020): "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de inteligencia artificial", Actualidad Civil, Nº 11, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, La Ley 14075/2020.

[27] Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 496 final.

[28] Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final.

3.2. La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil extracontractual de la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de Inteligencia Artificial)

El paquete normativo de Derecho europeo relativo a IA se completa con esta norma (Directiva RIA) que viene a integrar la comentada laguna del Reglamento respecto a la tutela reparadora de las víctimas de daños producidos por productos o servicios basados en IA, mediante la armonización de las normas nacionales en materia de responsabilidad civil facilitando así a las víctimas el logro de una indemnización. El Parlamento Europeo ya venía advirtiendo a la Comisión desde 2020 de la necesidad de una regulación uniformadora de esta materia, para lo cual proponía, incluso, un instrumento normativo de eficacia jurídica directa, esto es, un Reglamento específico[29], pero finalmente ha sido una Directiva la herramienta utilizada por la Comisión para este fin.

La propuesta de Directiva, introduce, sin duda, elementos de progreso estableciendo medidas que facilitan la obtención de una indemnización reparadora por los daños sufridos por, entre otras, las personas trabajadoras afectadas por sistemas IA, tal como reconoce el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE)[30], en concreto, en los supuestos en que se alegue discriminación en el marco de procesos de contratación o de adopción de decisiones automatizadas relativas a la organización del trabajo (movilidad interna, promoción profesional) o decisiones extintivas adoptadas mediante tecnología IA.

Sin embargo, esta propuesta no está tampoco exenta de debilidades. La principal reside en el criterio de imputación de responsabilidad, ya que opta por el de responsabilidad subjetiva basada en la culpa o negligencia de algún operador final (proveedor o usuario) del sistema IA lesivo. No es, desde luego, la mejor opción desde la perspectiva de la efectividad de la tutela resarcitoria de los trabajadores perjudicados ni el enfoque tradicional del derecho de daños y, de hecho, desoye la sugerencia del PE que apostó inicialmente por un régimen de responsabilidad objetiva para los sistemas de alto riesgo, como el adoptado por la Directiva 85/374/CEE, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos [31], ésta, aplicable a los conflictos entre los consumidores finales del producto defectuoso y los fabricantes o importadores de los mismos.

[29] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL))

[30] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)» , 24 enero 2023, [COM(2022) 496 final.

[31] Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210 de 7.8.1985).

No obstante, el criterio de imputación acogido se matiza con el establecimiento de una serie de reglas facilitadoras de la obtención de la prueba del acto lesivo, la identificación de los sujetos responsables y la existencia de nexo causal, aplicables en los supuestos de imputación de daños causados por sistemas IA de alto riesgo a tenor del Reglamento. El perjudicado tendrá que acreditar la existencia del acto lesivo y del daño sufrido pero, para facilitar la prueba, la norma reconoce a la víctima que ejercite la acción de responsabilidad el derecho de acceso a la información de la que dispongan fabricantes, proveedores, importadores y empresas usuarias que permita determinar qué ha provocado el daño sufrido y contra qué persona, física o jurídica, debe formularse la demanda de responsabilidad, si bien con ciertos límites para preservar los secretos comerciales y la información confidencial de las empresas (art. 3). Por otra parte, se establece una presunción "iuris tantum" de la existencia de nexo causal entre el acto (u omisión) lesiva y el daño producido en los ámbitos de alto riesgo; esto es, el trabajador/a o los RLT (que podrán ejercitar acciones colectivas de responsabilidad) demandantes solo tendrán que acreditar el acto (u omisión) y la existencia del daño, ya que el nexo causal y entre ambos y la culpa o negligencia del demandado se deducen de la existencia del incumplimiento de las obligaciones preventivas establecidas en la Ley de IA o en otras normas establecidas a escala de la Unión, como las que regulan el uso de la supervisión y la toma de decisiones automatizadas para el trabajo en plataformas (art. 4). Con ello, el modelo se escora hacia un régimen de responsabilidad cuasi objetiva, que contribuye a paliar las dificultades generadas por los sistemas IA complejos o de "caja negra", evitando así la indefensión de los trabajadores perjudicados; un enfoque que ha obtenido el beneplácito del CESE por considerar que consigue el equilibrio entre la protección de los afectados y de la investigación e innovación en la UE materia de IA[32].

Una vez aprobada la Directiva RIA, estas previsiones específicas sobre responsabilidad civil derivada de lesión de derechos fundamentales causada por sistemas IA deberán ser transpuestas al Derecho español y en particular, en lo que atañe al marco regulatorio del trabajo asalariado, incorporadas a las disposiciones de la LRJS relativas a las indemnizaciones resarcitorias que procedan en el marco del proceso especial de tutela de derechos fundamentales (art. 183 LRJS), ya que de tratarse de demandas formuladas por trabajadores, sindicatos o RLT la competencia corresponde al orden jurisdiccional social. En este sentido, recuérdese que el citado precepto establece un régimen de prueba específica de los daños derivados de la lesión del derecho fundamental en el que se presumen los morales y se facilita la

[32] "El CESE considera que la adopción de una presunción moderada en lugar de una responsabilidad objetiva facilita el desarrollo de la tecnología de IA en la Unión Europea y podría confirmar el papel de la Unión como referente normativo mundial", ap. 7.6 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA»

prueba de los personales y materiales[33], regulación más beneficiosa que la prevista en este punto en la Directiva.

Por último, conviene recordar que la Comisión ha impulsado también la revisión de la vigente Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Directiva RPD)[34], con el objeto de adaptarla a los retos de la economía digital y, en particular, de la IA. Así, establece que toda la gama de productos defectuosos está cubierta por las normas revisadas, incluyendo el software, sistemas de IA o servicios digitales que sean necesarios para que funcione el producto. La nueva norma permite a los particulares reclamar una indemnización por los daños causados por un producto defectuoso, incluidas las lesiones corporales, los daños materiales o la pérdida de datos.

Sin embargo, a diferencia de la Directiva RIA, esta norma será aplicable a las reclamaciones de indemnización por una persona física por el daño sufrido a resultas de un producto defectuoso que se ejerciten contra el fabricante, el importador (en caso de fabricantes de terceros países), y el suministrador (en el supuesto de no identificación de los sujetos anteriores), como hasta ahora contempla la vigente Directiva de 1985. Y aunque la Propuesta de revisión conlleva una ampliación considerable el elenco de sujetos responsables, que ha sido aplaudida por la doctrina por adecuarse mejor a la cantidad y complejidad de los operadores de sistemas de inteligencia artificial[35], siguen quedando excluidas, como ha advertido el Dictamen del CESE, las reclamaciones del perjudicado contra el consumidor o usuario finales de un producto basado en IA, y, por tanto, en lo que respecta al ámbito laboral, a las deducidas por un trabajador/a contra la empresa implementadora de un sistema IA discriminatorio o lesivo de sus derechos fundamentales[36].

En todo caso, subsiste un problema de fondo y de difícil abordaje y solución en materia de resarcimiento de los perjudicados: la capacidad de autoaprendizaje

[33] García Romero, B. (2022): "Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo", Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 4/2022, a propósito de la STSud 214/2022, de 9 de marzo, que sintetiza la doctrina del TS sobre indemnización por daños morales resultantes de vulneración de derechos fundamentales de trabajadores.

[34] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final.

[35] Vid. Atienza Navarro, M.L. (2023): "¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos?.

Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)", InDret, 2, 2023.

[36] El Dictamen del CESE llama la atención de las autoridades acerca de la instauración y la correcta transposición a los Estados de la nueva Directiva, ya que algunos Estados miembros están utilizando la Directiva, en su versión inicial (la vigente), en caso de conflicto entre trabajador y empresario y entre profesionales, lo que corresponde a otros regímenes distintos de la responsabilidad objetiva. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva

y autonomía de estos productos y sistemas, que adoptan decisiones imprevisibles para sus operadores, lo que, unido a la cláusula de exoneración de responsabilidad basada en los "riesgos de desarrollo" de los mismos, permitiría a los operadores iniciales (fabricantes, desarrolladores del software) acogerse a la misma con el argumento de que el saber científico-técnico en el momento de la fabricación no permitió prever ni evitar el daño producido por una decisión autónoma del sistema inteligente, lo que deja un preocupante y aparentemente insalvable resquicio en el régimen de tutela reparadora frente a la IA lesiva[37].

4. EL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL

Aunque sin referencia al PEDS en las "Consideraciones preliminares" ni en sus diversos capítulos, la Carta de Derechos Digitales (14 julio 2021) se alinea, sin lugar a dudas, con los objetivos marcados por el Plan de Actuación del PEDS 2021: la adecuación de las normas laborales a los desafíos de la digitalización del trabajo para preservar condiciones laborales justas. El propósito de la Carta, ya se sabe, no es crear nuevos derechos fundamentales sino perfilar los ya reconocidos constitucionalmente y adecuar su protección al entorno digital. En cuanto a su eficacia jurídica, pese a carecer de naturaleza normativa sino meramente programática, se erige en marco de referencia para los poderes públicos en relación con los retos en el entorno digital, sirviendo de referencia para futuros proyectos legislativos y políticas públicas en España enderezadas a la consecución de ese fin.

En este sentido, en lo referente a los derechos digitales en el ámbito laboral (Cap. XVII), aparte de los derechos digitales de las personas trabajadoras ya normativizados con anterioridad en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales 2018 (LPDGDD), la Carta recoge una mención expresa a garantías específicas frente a la IA: por un lado, el derecho individual a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos de decisión automatizada, salvo en los supuestos previstos por la ley; y por otro lado, el derecho de información a los representantes de los trabajadores y los trabajadores directamente afectados sobre el uso de la analítica de datos o sistemas de inteligencia artificial en la gestión, monitorización y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales. Este deber de información alcanzará como mínimo al conocimiento de los datos que se utilizan para alimentar los algoritmos, su lógica de funcionamiento y a la evaluación de los resultados.

Por último y modo más específico, el capítulo XXV concreta los "Derechos ante la Inteligencia artificial". Aquí la Carta es ambiciosa y precisa estableciendo

del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», Pleno, 24 enero 2023.

[37] En este sentido, Atienza Navarro, M.L., ibídem.

pautas claras al legislador nacional en la regulación de la protección frente a la IA. En este sentido, establece (apartado 2) que "en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial. b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad". Por su parte, el punto 3 reconoce el "derecho de las personas a solicitar la supervisión e intervención humana en los sistemas IA, así como el derecho a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial".

Sin embargo, nuestro legislador no se ha hecho eco hasta ahora de casi ninguna de las propuestas lege ferenda contenidas en la Carta, a excepción de la recepción parcial de algunos elementos por parte de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales; la ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y, por último, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Por lo que se refiere a la Ley 12/2021, incorpora algunos elementos de protección de las condiciones de trabajo de los trabajadores el marco de un mercado en las que los algoritmos revolucionan la forma de prestación de servicios. El Preámbulo de la ley señala, aunque sin mencionar al PEDS, el fuerte potencial de estos métodos digitales para contribuir a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de las personas pero, a cambio, también los riesgos que comportan para los derechos sociales. En esa clave, y con la referencia, como se ha dicho, de la Carta, se modifica el artículo 64 ET, relativo a los derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras, añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4, en el que se incorpora el derecho de la RLT a "ser informada por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles". Es decir, introduce un control sindical débil (derecho de información pasiva) de los sistemas basados en IA utilizados en cualquier proceso afectante al acceso al empleo y desarrollo de la relación laboral. Crea un nuevo derecho de información colectivo pero, sin embargo, desaprovecha la oportunidad de adaptar a la transición digital el catálogo de derechos básicos de las personas trabajadoras (art. 4 ET) reconociendo un derecho de información individual homólogo.

Por otra parte, la Ley 12/2021 recepciona la doctrina jurisprudencial de la Sala IV del TS[38], en virtud de la cual las facultades empresariales de organización y control, a las que se refiere el artículo 20 ET, pueden ser ejercidas mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo a través de una plataforma digital, lo que determina la existencia de dependencia en la prestación de servicios y, en consecuencia, la naturaleza laboral del trabajo prestado a través de estas plataformas digitales: un paso indudablemente trascendental de progreso en el combate contra la precariedad laboral en la economía de plataformas, estableciendo garantías de condiciones de trabajo justas, en el sentido marcado por el PEDS (cap. II).

La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación es otra muestra de la insuficiente atención de nuestro legislador a la protección frente a los riesgos de la digitalización, y, en concreto, frente a la IA lesiva, ya que pese a su "vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español", según reza su Preámbulo, y de sistematizar las garantías básicas antidiscriminatorias, ha desaprovechado la ocasión de reconocer un nuevo supuesto específico de discriminación algorítmica, tanto al delimitar su ámbito subjetivo (art. 2.1), como al establecer las reglas específicas relativas al ámbito del empleo por cuenta ajena (art. 9). Para encontrarnos con la mención a sistemas automatizados de adopción de decisiones basados en IA hemos centrarnos en el art. 23, en el que, apelando al "marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la Carta de Derechos Digitales y las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial", prevé la implementación de mecanismos para la prevención y eliminación de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, incluyendo el diseño y los datos de entrenamiento, así como las evaluaciones de impacto que determinen su efectos discriminatorios, en el ámbito de los procesos (en general) que sean exclusiva responsabilidad de las Administraciones Públicas (AA.PP.), sin referencia alguna al sector privado. Pero, así y todo, tampoco se configuran aquí como deberes imperativos: los términos legales "favorecerán", "promoverán" o "priorizarán" utilizados en el precepto en relación a políticas y prácticas relacionadas con el uso de "algoritmos involucrados en la toma de decisiones" y al "uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales", apuntan tan solo a un desiderátum o a buenas prácticas desprovistas de fuerza vinculante, lo que indudablemente merma la efectividad de la tutela antidiscriminatoria integral pretendida por la Ley, que, por ello, nace ya obsoleta a este respecto.

Nuestra Ley antidiscriminatoria nos sitúa, por tanto, en un escenario de ausencia de obligaciones legales de los empleadores privados y públicos de adoptar mecanismos de control de sesgos, transparencia de los datos y de los algoritmos de aprendizaje, así como de evaluación de impacto en los derechos

[38] STSud 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, caso Glovo.

fundamentales en las herramientas IA utilizadas en el ejercicio de los poderes empresariales de organización y control. De este modo, en caso de actualización del riesgo y consumación del resultado discriminatorio o lesivo de derecho fundamental a resultas de las decisiones empresariales adoptadas mediante el sistema algorítmico, a falta de obligaciones preventivas exigibles al empleador en esa materia, lamentablemente no cabría la activación del arsenal de medidas de tutela administrativo-sancionadora (art. 9.4) ni las de tutela indemnizatoria por responsabilidad civil (art. 27) establecidas legalmente, lo que deja, de momento, en una situación de indefensión a las personas trabajadoras afectadas a la espera de la aprobación y entrada en vigor del Reglamento IA, que abocara a la segura modificación de la legislación española para su adaptación al Derecho comunitario.

Queda así nuestro legislador antidiscriminatorio lejos de su pretensión de complitud en el abordaje de los nuevos factores de riesgo y de las nuevas formas de discriminación; de normativizar las ambiciosas previsiones de la Carta de Derechos digitales (apartado XXV)[39], haciendo dejación de la oportunidad de alinearse con las reglas preventivas y sancionadoras del inminente Reglamento IA, y, en definitiva, del cumplimiento de los objetivos del Plan de Acción del Pilar de Derechos Sociales 2021: la adecuación de los marcos regulatorios nacionales a los desafíos de la digitalización en el futuro (ya presente) del trabajo.

En lo que respecta a la nueva Ley 3/2023, de Empleo, aporta algunos elementos innovadores, aunque manifiestamente insuficientes frente a lo que cabría esperar de una norma nacida en plena disrupción de la IA en el mercado de trabajo y con el propósito de adaptar las políticas activas de empleo (PAE) a los retos de la digitalización.

Así, en lo que se refiere a la intermediación laboral, establece un acertado mandato imperativo (art. 17.2) de sometimiento a auditorías anuales a los "sistemas de adopción automatizada de decisiones" relativas a personas demandantes de empleo que se implementen en el Sistema Nacional de Empleo (SNE), lo que habríamos de poner en relación con las específicas acciones de intermediación ex art. 40.2.c) LE, que prevé que la selección para un puesto de trabajo de las personas idóneas para el mismo se ha de "evitar cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad". Existiendo, desde esta perspectiva, una explícita

[39] El Apartado XXV. 2 de la Carta establece que en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial. b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad. Por su parte, el punto 3 reconoce el derecho de las personas a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial.", en la línea de los requisitos exigibles a los sistemas de alto riesgo en la Propuesta de Reglamento europeo IA.

obligación legal de auditorías anuales de impacto y control de sesgos a cargo de los SEPE de los sistemas IA utilizados en los procesos de intermediación, ¿cabría la aplicación del régimen sancionador y de responsabilidad civil de la Ley 15/2022 en caso de decisiones automatizadas discriminatorias o lesivas encuadradas en dichos procesos? Parece que la respuesta habría de ser positiva en lo atinente a la responsabilidad administrativo-sancionadora ex art. 16.4 LISOS, siempre que se acredite el incumplimiento por el SEPE de los deberes de control preventivo que impone el precitado art. 17.2 LE LISOS. Menos clara es la solución respecto a la responsabilidad civil por el resultado discriminatorio, ya que la ley 15/2022 no incluye, como se dijo, la discriminación algorítmica entre las formas de discriminación prohibidas.

Por otra parte, al establecer esta obligación preventiva, la norma se refiere exclusivamente a los sistemas utilizados en acciones y procesos de intermediación laboral de los servicios públicos de empleo y entidades colaboradoras del SNE, por lo que de tratarse de procesos selectivos desarrollados al margen del mismo, esto es, realizados directamente por las empresas ofertantes de empleo o bien externalizados a través de empresas de selección de personal, ignorados por la LE, no les resultará aplicable el requisito legal de control de sesgos y, en consecuencia, tampoco serán exigibles a la empresa empleadora ni a la subcontratada para la gestión de la selección la responsabilidades administrativo-sancionadora comentada.

En otro orden de ideas, en lo atinente a las acciones y herramientas del SNE para la mejora e incremento de la empleabilidad, que la Ley de Empleo erige en el elemento nuclear de las reformas de las PAE, también se incluyen referencias a la IA. Así, en garantía de la efectividad del derecho-deber al mantenimiento y mejora de la empleabilidad y del fomento de la proactividad de las personas demandantes de servicios de empleo, la Ley prevé la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones basadas "en datos y evidencias estadísticas" –lo que incluye a los sistemas IA– (art. 36.3 LE), prestando especial atención a la eliminación de las mismas de sesgos y estereotipos de cualquier índole (art. 39). El impacto de la IA también se proyecta en la elaboración de los perfiles individualizados de los usuarios de los SEPE, que permitirán la evaluación de la persona demandante de empleo con vistas a facilitar el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. Esta prestación, incluida en el Catálogo de servicios garantizados de personas demandantes de servicios de empleo, se efectuará (art. 56.1.a) LE) con el soporte de datos y evidencias estadísticas para la mejora de su empleabilidad (de nuevo llamamiento a sistemas IA). Otro tanto sucede en el abordaje del diagnóstico de la situación de partida de la persona usuaria, que tendrá en cuenta sus habilidades, competencias, formación y experiencia profesional, así como su edad y pertenencia a colectivos prioritarios. Se trata de una prestación que también forma parte del Catálogo de instrumentos de empleabilidad (art. 56.1.a), parrf. segundo LE) y sirve de premisa para el perfilado de los usuarios y el posterior diseño, en su caso, de los itinerarios personalizados de empleo.

Con todo, aunque las previsiones legales apuntadas representan avances no aportan herramientas suficientes para prevenir los riesgos y combatir los daños derivados de la IA discriminatoria o lesiva en los procesos de intermediación laboral, de elaboración de perfiles e itinerarios de inserción, ya que la ley 3/2023 de empleo, la ley 15/2022 antidiscriscriminatoria, ni tampoco la LISOS han adaptado el régimen sancionador a los incumplimientos de las obligaciones preventivas que en materia de IA se imponen a los SEPE, amén del olvido absoluto de los procesos de intermediación y selección privados por parte de los propios empleadores o externalizados a través de empresas de selección de personal selección.

5. CONCLUSIÓN FINAL

El impacto del PEDS frente a la Inteligencia Artificial lesiva en su proyección en el ámbito del empleo se ha producido de modo indirecto a través de la concreción de objetivos, para desarrollo de sus 20 principios, mediante el Plan de Acción del PEDS 2021. Por esa vía, el Pilar ha servido de impulso para la construcción de un marco regulatorio predominantemente comunitario (Propuesta de Reglamento IA y Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil de la IA), que viene a completar y adaptar el Derecho digital de la UE a los retos de la IA de alto riesgo mediante reglas innovadoras de protección de los derechos fundamentales en los ámbitos de la formación profesional, el empleo y la protección social. Los principales progresos se han centrado en la tutela preventiva y la administrativo-sancionadora, mientras que el régimen de tutela reparadora-indemnizatoria de daños consumados presenta brechas que debilitan el sistema de garantías, algunas de las cuales resultan de difícil corrección. La primera de ellas reside en la opción de política del Derecho del legislador comunitario de fragmentar el bloque normativo aplicable al no incluir en el ámbito del Reglamento IA el régimen de responsabilidad civil por daños causados por los sistemas inteligentes, que, por ello, queda desplazado a dos Directivas diversas en función de que los responsables sean operadores iniciales o usuarios finales de los sistemas lesivos. La segunda, en la dificultad que entraña la determinación del responsable del daño en sistemas complejos de "caja negra" en los que es prácticamente imposible determinar si las decisiones lesivas son resultado de los datos introducidos o del aprendizaje autónomo de los algoritmos.

Los progresos son mucho más parcos en el ordenamiento español, como lo demuestran las normas más recientes analizadas en este estudio: la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y la Ley 3/2023, de Empleo que, pese a su intento de inscribirse en la batalla legal frente a la IA lesiva en el ámbito del empleo, no aportan mecanismos suficientes, por cantidad y efectividad, para garantizar condiciones de trabajo seguras y justas frente a los desafíos que entraña, quedando lejos no solo del acervo comunitario sobre la materia sino de las propuestas programáticas más ambiciosas de nuestra Carta de Derechos digitales.

BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

Arrufe Varela, A. (2018): "El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico", Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 49, 2018.

Atienza Navarro, M.L. (2023): "¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)", InDret, 2, 2023.

Barrio Andrés, M. (2023), "Novedades en la tramitación del próximo Reglamento europeo de inteligencia artificial", Real Instituto Elcano, 19 julio 2023, https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/novedades-en-la-tramitacion-del-proximo-reglamento-europeo-de-inteligencia-artificial/

García Romero, B. (2022): "Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo", Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 4/2022.

González de Patto, R.M (2023): "Inteligencia artificial inclusiva versus discriminatoria ante la discapacidad laboral", Temas Laborales, nº 167, julio, 2023.

Iturmendi Morales, G. (2020): "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de inteligencia artificial", Actualidad Civil, Nº 11, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, La Ley 14075/2020.

Lasa López, A. (2.019): "El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo". Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 62, 2019.

Monereo Pérez, J.L. (2018): Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social. Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales, vol. 8, núm. 2, 2018.

Ramos Quintana, M. (2017), "El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea", Revista de Derecho Social, n.º 77.

Rivas Vallejo, P.: "Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio", e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, nº 1.

Rojo Torrecilla, E. (2017): "La construcción del Pilar europeo de derechos sociales. De la propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017). ¿Más Europa social o reordenación del marco normativo vigente?, Revista Galega de Dereito Social, 3.

Rojo Torrecilla, E. (2023): Pilar Europeo de Derechos Sociales. El avance hacia una Europa más social. Revista Gaceta Sindical, reflexión y debate, núm. 40, junio de 2023.

Tomás Mallen, B. (2023) "El impacto del Pilar Europeo de Derechos Sociales en la legislación española". Lex Social, Revista de Derechos Sociales 13 /1).

DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL*

María Teresa Velasco Portero
Profesora titular de área (acreditada PTU) de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Loyola

EXTRACTO

La expansión del uso de las TIC y la hiperconectividad de las relaciones sociales y en particular de las relaciones laborales ha puesto de manifiesto los riesgos que el fenómeno presenta para la salud, la intimidad y la conciliación de vida personal, familiar y laboral. A pesar de que la Unión Europea todavía no cuenta con ningún instrumento que obligue a garantizar el derecho a la desconexión digital, nuestro país ha sido de los primeros en reconocerlo en un texto legal, en concreto la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, de 2018. A pesar del avance que ha supuesto en este sentido, la regulación legal presenta ciertas carencias que se ponen de manifiesto en este trabajo. Por otra parte, el desarrollo que se está haciendo del derecho en la negociación colectiva es bastante limitado, lo que hace más acusada la falta de concreción de sus términos, que quedan en gran medida en manos del poder de dirección de la empresa. En este estudio se profundiza en estas cuestiones, y se pone además de relieve la necesidad de actualizar la ley de prevención de riesgos laborales para un mejor tratamiento del problema desde la perspectiva de la salud laboral.

Palabras clave: Desconexión digital; riesgos psicosociales; negociación colectiva

ABSTRACT

The expansion of ICT usage and hyperconnectivity in social relations, particularly in the context of labor relations, has brought to light the risks that this phenomenon presents to health, privacy, and the balancing of personal, family, and work life. Despite the fact that the European Union is yet to possess any instrument compelling the guarantee of the right to digital disconnection, our country has been among the pioneers in acknowledging it in a legal text, specifically in the Organic Law on Personal Data Protection and Digital Rights Guarantee of 2018. Nonetheless, despite the progress made in this regard, the legal regulation exhibits certain deficiencies that are apparent in this work. Moreover, the development of the right to digital disconnection in collective bargaining is quite limited, which exacerbates the lack of specificity in its terms, largely leaving it in the hands of the company's management power. This study delves into these issues and furthermore emphasizes the need to update the occupational health and safety law for a more effective treatment of the problem from the perspective of occupational health.

Keywords: *Digital disconnection; psychosocial risks: collective bargaining*

* Este trabajo forma parte del Proyecto "La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales" -GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO 2021- Proyectos investigación orientada. PID2021-122254OB-I00.

Recepción original: 30.07.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción: el impacto de la tecnología digital en el ámbito laboral
2. Génesis del derecho a la desconexión digital y bienes jurídicos protegidos
3. La desconexión digital en el ámbito de la unión europea
   3.1. Introducción
   3.2. La propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión
      3.2.1. Definición del derecho a la desconexión
      3.2.2. Garantía de indemnidad
      3.2.3. Ámbito subjetivo del derecho
      3.2.4. Objetivo del reconocimiento del derecho
      3.2.5. Papel de la negociación colectiva
      3.2.6. Relación con la existencia de un sistema objetivo, fiable y accesible de medición de la duración del trabajo diario
4. La consagración del derecho a la desconexión digital en españa
   4.1. La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales
      4.1.1. Concepto y contenido del derecho en la LOPD
      4.1.2. Sujetos del derecho en la LOPD
   4.2. La Ley 10/2021 de Trabajo a Distancia
5. Importancia del papel de la negociación colectiva en la regulación legal y desarrollo posterior
6. El derecho a la desconexión digital en el contexto de la prevención de riesgos laborales
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN: EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Ya es un hecho que la implantación de la tecnología digital como un elemento imprescindible en todos los ámbitos de nuestra vida ha revolucionado de forma radical la forma en que se llevan a cabo las actividades laborales en todo el mundo, generando beneficios pero también, y de manera no despreciable, riesgos y desafíos tanto para los trabajadores como para las empresas.

Esta revolución se ha manifestado en muchos aspectos, provocando importantes cambios en la organización del trabajo, transformando la forma en que se organiza y gestiona el trabajo. Es una tecnología que ha facilitado la comunicación y la colaboración en tiempo real, permitiendo que los equipos de trabajo estén conectados de manera constante, y ha impulsado la flexibilidad laboral, facilitando el teletrabajo y el trabajo a distancia. Es evidente que este elemento tiene dos caras: la constante conexión y la posibilidad de sacar el trabajo individual y en equipo de los despachos mejora la eficiencia y la productividad en muchos sectores, pero también es peligrosa para la salud mental de los trabajadores, que pueden ver invadida su vida personal por unos requerimientos laborales que expanden sus tentáculos a cualquier momento y lugar en que se encuentre. Esto supone un

desafío con respecto a la salud y el bienestar laboral, entre otros motivos porque la a disponibilidad constante y la presión para estar siempre conectado pueden conducir a un aumento del estrés laboral, la dificultad para establecer límites entre el trabajo y la vida personal, y la falta de tiempo de descanso adecuado.

Por otra parte, no podemos obviar que las herramientas y aplicaciones digitales han automatizado tareas repetitivas, agilizando los procesos y permitiendo un acceso rápido y fácil a la información relevante, aunque esta ventaja ha sido absorbida en parte por la capacidad que tiene la burocracia en irse expandiendo y crear nuevas obligaciones que implican nuevos procesos que sustituyen a los que desaparecen.

Otro elemento emergente es el nacimiento de nuevas formas de trabajo, como las plataformas de economía colaborativa. Estas plataformas, que conectan a trabajadores independientes con clientes que requieren servicios específicos presentan grandes desafíos al ordenamiento con respecto a la protección laboral de los sujetos que prestan sus servicios bajo esta modalidad, que todavía no han sido totalmente resueltos a pesar del gran interés que han puesto en ello tanto la Unión Europea como los distintos ordenamientos.

Estos son algunos de los puntos en que el impacto de la expansión de esta tecnología afecta a las relaciones laborales, pero no son los únicos, ya que se trata de una tecnología que evoluciona muy rápidamente, y es muy difícil ponerle límites, por su universalidad y viralización. Esto obliga a legisladores y los actores del mundo laboral a abordar de manera decidida estos desafíos para encontrar un equilibrio adecuado entre la utilización de la tecnología y la protección de los derechos y la salud de los trabajadores. El derecho laboral desempeña un papel crucial en la regulación y protección de los trabajadores, adaptándose continuamente para garantizar una protección efectiva, y es aquí donde tenemos que enmarcar las previsiones sobre el derecho a la desconexión digital.

2. GÉNESIS DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Es en este contexto de implantación social y laboral de la tecnología digital, y con la finalidad de responder a la necesaria protección de la salud de la persona trabajadora, donde surge la necesidad de garantizar su derecho a la desconexión digital.

El derecho a la desconexión digital es el derecho de los trabajadores a no estar disponibles o conectados electrónicamente fuera de su horario de trabajo regular, y es una respuesta al impacto de la tecnología digital en la disponibilidad constante y la presión para estar siempre conectado.

Los beneficios de que este derecho esté garantizado repercuten en el adecuado descanso de la persona, la promoción de su bienestar, la mejora de su salud mental y, de manera muy importante, la reducción del estrés laboral. No olvidemos que el estrés laboral no tiene efectos tan solo en la psique, sino

que se somatiza y provoca importantes síntomas físicos (musculo esqueléticos, dermatológicos, migrañosos…), impactando por tanto sobre cómo se realiza el trabajo y, consecuentemente, sobre absentismo, rendimiento y productividad. De la extensión del problema nos da cuenta Eurostat, de cuyos datos se extrae que el estrés es el segundo problema de salud más frecuente entre los trabajadores tras los trastornos musculoesqueléticos[1].

Por otra parte, el hecho de que la conexión se extienda más allá del tiempo y el lugar de trabajo supone una intromisión en la vida privada y la intimidad del trabajador, cuestión que también debe ser objeto de protección, y a la que debe atender su regulación.

En resumen, podemos decir que, aunque en primera instancia los beneficios de respetar este derecho son para los trabajadores, una adecuada política en este sentido también repercute en la buena marcha de la empresa, por la vía de un aumento de la productividad a largo plazo y la mejora del clima laboral.

A medida que se han puesto de manifiesto todas estas cuestiones se ha iniciado un movimiento a nivel internacional de concienciación en este sentido, que en la mayoría de los casos no ha llegado todavía a concretarse a nivel legislativo. Francia fue la primera legislación en reconocer la desconexión digital como un derecho[2] , y España ha seguido su estela con la LO 3/2018. No así Italia, por ejemplo, donde la ambigüedad de la norma hace que la doctrina se divida entre quienes consideran que sí es un derecho y quiénes consideran que es un "deber" o una "norma de comportamiento" [3]. En otros países es la jurisprudencia o incluso la negociación colectiva quien se ha encargado de regular este tema, siendo en este último caso ejemplo paradigmático Alemania[4]. En Bélgica los términos y condiciones del derecho se tiene que articular a través de los convenios colectivos[5].

[1] Trastornos que, a su vez, traen en muchas ocasiones causa en el propio estrés.

[2] Ley 2016-1088 (Loi Travail), du 8 août 2016, relative au travail, â la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, que ha dado nueva redacción al artículo L.2242-8 del Código de Trabajo francés.

[3] La primera referencia legal a la desconexión digital en Italia se encuentra en la Ley nº 81/2017, llamada "Medidas de protección del trabajo autónomo no empresarial y medidas dirigidas a favorecer la articulación flexible en tiempos y lugares del trabajo por cuenta ajena regulando el trabajo ágil", cuyo art. 19.1, en referencia al "pacto de agilidad", establece que "el pacto identificará el tiempo de descanso del trabajador, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la desconexión del trabajador de los equipos tecnológicos de trabajo" (Traducción de Pellicano, (2022), p. 218.

[4]

[5] Art. 8 Ley de 3 de octubre de 2022 (https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&pub_date=2022-11-10&caller=summary&numac=2022206360)

3. LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Introducción

La Unión Europea todavía no tiene un cuerpo normativo específico sobre el derecho a la desconexión digital, lo cual no quiere decir que sea ajena a este tema. Antes bien, se trata de una cuestión que está en la agenda de la Unión, y que ya ha ido siendo incorporada a través de determinados instrumentos.

En este sentido, podemos mencionar la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que establece un marco para el trabajo a distancia. Aunque la directiva no menciona explícitamente el derecho a la desconexión digital, sí que contiene disposiciones relativas a la necesidad de establecer límites claros entre el trabajo y la vida personal para los trabajadores a distancia. Una conexión similar podemos encontrar en la Directiva de Salud y Seguridad en el Trabajo (89/391/CEE), que establece el marco general para garantizar la salud y seguridad de los trabajadores en la UE. Aunque no aborda específicamente la desconexión digital, reconoce la necesidad de proteger la salud y seguridad de los trabajadores, lo cual puede incluir aspectos relacionados con el derecho a la desconexión; la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuestión también relacionada con el tema.

En la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo se hace referencia a una serie derechos relacionados de forma indirecta con cuestiones similares. Asimismo, el principio 10 del Pilar europeo de derechos sociales establece el derecho a un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y la protección de datos, y el principio 9, el derecho al equilibrio entre la vida profesional y la vida privada.

También hay que mencionar la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de octubre de 2019, sobre empleo y políticas sociales en la zona del euro (2019/2111(INI)), que en su punto 17 "señala, en particular, la necesidad de establecer un derecho a la desconexión digital y de estudiar las nociones de carencia de tiempo y autonomía respecto al horario laboral".

Finalmente, y en un paso más que refleja esta preocupación de la Unión Europea por este tema, se aprueba la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión. La resolución "pide a la Comisión que presente, sobre la base de una evaluación exhaustiva y adecuada y una consulta a los Estados miembros y los interlocutores sociales, una propuesta de Directiva de la Unión sobre normas mínimas y condiciones para garantizar que los trabajadores puedan ejercer

efectivamente su derecho a desconectarse y regular el uso de las herramientas digitales existentes y nuevas con fines laborales".

Es importante destacar que esta Resolución contiene lo que podemos considerar una definición del derecho a desconexión digital, cuando destaca que "el derecho a la desconexión permite a los trabajadores abstenerse de realizar tareas, actividades y comunicaciones electrónicas relacionadas con el trabajo, como llamadas telefónicas, mensajes electrónicos y otro tipo de mensajes, fuera de su horario laboral, también durante los períodos de descanso, las vacaciones oficiales y anuales, las bajas por maternidad, paternidad y el permiso parental, así como otros tipos de permisos, sin tener que afrontar posibles consecuencias negativas".

La resolución contiene un Anexo con la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho a la desconexión.

Por otra parte, y a nivel de interlocutores sociales europeos, no podemos dejar de referirnos a los Acuerdos Marco sobre teletrabajo (julio de 2020) y sobre digitalización (julio 2022). En concreto, el acuerdo marco sobre digitalización prevé posibles medidas que se acordarán entre los interlocutores sociales por lo que se refiere a la conexión y desconexión del trabajo por parte de los trabajadores.

3.2. La propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión

La propuesta de Directiva que hace el Parlamento es bastante interesante y moderna. Como puntos más importantes podemos destacar los siguientes:

3.2.1. Definición del derecho a la desconexión

De esta manera, establece que "El derecho a la desconexión hace referencia al derecho de los trabajadores a no participar en actividades o comunicaciones laborales fuera de su tiempo de trabajo, a través de herramientas digitales, como llamadas telefónicas, mensajes electrónicos u otro tipo de mensajes. El derecho a la desconexión debe permitir a los trabajadores apagar las herramientas de trabajo y no responder a las solicitudes de los empleadores fuera del horario de trabajo, sin riesgo de posibles consecuencias adversas, como el despido u otras represalias. Por el contrario, los empleadores no deben exigir a los trabajadores que trabajen fuera del tiempo de trabajo. Los empleadores no deben promover una cultura de trabajo de «siempre en línea» en la que se favorezca claramente a los trabajadores que renuncian a su derecho a desconectarse frente a los que no lo hacen.

3.2.2. Garantía de indemnidad

"Los trabajadores que denuncien situaciones de incumplimiento del derecho a la desconexión en el lugar de trabajo no deben ser penalizados".

3.2.3. Ámbito subjetivo del derecho

"El derecho a la desconexión debe aplicarse a todos los trabajadores y a todos los sectores, tanto públicos como privados, y debe cumplirse de forma efectiva".

3.2.4. Objetivo del reconocimiento del derecho

"El objetivo del derecho a la desconexión es garantizar la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, y unas condiciones de trabajo justas, incluido el equilibrio entre la vida profesional y la vida privada."

3.2.5. Papel de la negociación colectiva

La propuesta, estableciendo unos requisitos mínimos para el derecho a la desconexión, otorga un importante papel a la negociación colectiva. Las referencias a este papel son varias. Por una parte, establece expresamente que las modalidades prácticas del ejercicio del derecho a la desconexión por parte del trabajador y la aplicación de este derecho por parte del empleador deben poder ser acordadas por los interlocutores sociales mediante convenios colectivos o a nivel de empresa[6]. Por otra, señala que debe respetarse la autonomía de los interlocutores sociales, y que los Estados miembros deben apoyar a los interlocutores sociales en el establecimiento de convenios colectivos para la aplicación de la presente Directiva, garantizando, de acuerdo con el Derecho y las prácticas nacionales, la participación efectiva de los interlocutores sociales y promover y mejorar el diálogo social con vistas a la aplicación de la presente Directiva.

3.2.6. Relación con la existencia de un sistema objetivo, fiable y accesible de medición de la duración del trabajo diario

Los Estados miembros deben garantizar que los empresarios establezcan dicho sistema, reconociendo de esta manera su importancia en el control del tiempo de trabajo para garantizar la desconexión. Esta importancia no se limita a los casos de teletrabajo, sino que es aplicable a la mayoría de los puestos de trabajo, puesto que en casi todos se utilizan medios digitales o es posible contactar con el trabajador vía redes sociales o aplicaciones móviles.

[6] A pesar de ello, no minimiza el papel de los Estados en la vigilancia de que dichos acuerdos respeten unos mínimos, que ejemplifica señalando que deben velar por que "los empleadores proporcionen a los trabajadores una declaración escrita en la que se expongan dichas modalidades prácticas" de ejercicio del derecho.

4. LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN ESPAÑA

4.1. La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales

Como hemos visto, España ha sido de los primeros países de la Unión Europea en reconocer el derecho a la desconexión digital de manera expresa.

Su consagración se realiza en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPD), cuya disposición final 13 añadió también un artículo 20 bis al Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en el mismo sentido y otro similar al Estatuto Básico del Empleado Público. Se trata de un derecho que resulta directamente ejercitable, muy flexible en su configuración, y que tiene relación con otros derechos como el de conciliación de vida personal, familiar y laboral, el derecho a la intimidad y la materia de prevención de riesgos laborales. Es interesante tener en cuenta la sede en la cual se produce el reconocimiento del derecho, que va a marcar su análisis. No es una norma laboral ni de prevención de riesgos laborales, sino que como su propio nombre indica su objeto fundamental es la protección de la intimidad de la persona. De hecho, en el primer borrador de la ley no aparecía la referencia a este derecho, que se introduce durante la tramitación parlamentaria. Como decimos, esta ubicación poco apropiada y desestructurada consideramos que está en la base de algunos de los problemas que presenta el desarrollo del derecho, ya que no va acompañada de las medidas de control y efectividad del cumplimiento que serían deseables.

En definitiva, tras un accidentado proceso parlamentario[7] el texto definitivo del art. 88 de la LOPD establece lo siguiente:

"Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.
2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

[7] Vid Igartúa, (2019), p. 64 .

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas."

De manera complementaria, se añade al ET el siguiente artículo:

"Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

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

El punto positivo de esta regulación es, precisamente, que sea una ley (en este caso LO) la que haga un reconocimiento expreso del derecho, a pesar de que como hemos visto todavía no hay una directiva comunitaria que nos obligue a ello; también que se haya hecho en un momento tan temprano en el contexto europeo (la primera ley europea en reconocer el derecho fue la francesa tan solo dos años antes).

También la amplitud del ámbito subjetivo del derecho, que se extiende tanto a los trabajadores públicos como los de la empresa privada e incluso a los que ostentan puestos directivos en las empresas. Es muy significativa la generalidad del reconocimiento del derecho cuando anteriormente era un tema al que se prestaba atención tan solo en el caso del teletrabajo, y además que se hiciera antes de que la pandemia del COVID-19 diese lugar a la "pandemia de hiperconectividad" que nos asola hoy día y se haya convertido en un problema fundamentalmente de salud laboral.

Este carácter pre-COVID, entre otros factores, es el que puede explicar que la normativa atienda más al derecho a la intimidad que a los problemas de salud mental y física que conlleva la hiperconexión, ya que no olvidemos que se trata de una ley de protección de datos y no una ley de salud laboral.

Como elementos negativos podemos mencionar precisamente este último: hace escaso hincapié en la necesidad de desconexión como protección de la salud, centrándose más en el derecho a la intimidad y en el derecho a la conciliación. Esto es especialmente llamativo en la redacción del art.20 bis. del ET, que menciona la desconexión como un derecho más entre otros vinculados al respeto a la intimidad;

la LOPD en cambio hace una referencia a la fatiga informática, que es uno de los efectos de la hiperconexión sobre la salud (aunque hoy sabemos que no es el único, como ya hemos dicho).

Por otra parte, consideramos que, aunque la referencia a la negociación colectiva es importante, debería haberse extendido la necesidad del acuerdo para la fijación de toda la política de desconexión de la empresa, lo que no se ha hecho. Y también se echa en falta una modificación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales incluyendo este factor, y un incremento de la vigilancia y control del efectivo cumplimiento del derecho por parte de la empresa.

Coincidimos en suma con lo puesto de manifiesto por la doctrina de que la norma adolece de determinados defectos, como el hecho de que su puesta en práctica es complicada por las lagunas en la regulación, entre las que destacan también la falta de definición o delimitación del contenido del derecho, la ausencia de normas mínimas de aplicación en defecto de pacto o la carencia de sanciones ante la falta de cumplimiento por parte de las empresas[8].

4.1.1. Concepto y contenido del derecho en la LOPD

Por lo que respecta al concepto y contenido del derecho, la ley adolece como hemos adelantado de cierta indefinición, quizás buscada por el legislador para permitir la flexibilidad y adaptación a las circunstancias de la tecnología y del sector o empresa.

A pesar de ello, no parece haber problema en que los términos legales se refieran al concepto aceptado por la doctrina de que se trata del derecho que tiene el trabajador a no tener ningún contacto con herramientas relacionadas con el trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones[9]. Ahora bien, compartimos la opinión de la prof. Igartúa de que habría que precisar más el concepto, haciendo referencia a su "doble faz", incluyendo tanto el derecho a no ser "molestado" o "contactado" por parte de la empresa (deber de abstención) como el de no estar obligado responder a dichas comunicaciones, caso de producirse, o no contactar con clientes o terceros vinculados al puesto de trabajo[10]. Añadiríamos que, además, debería incluirse el elemento de impedir que dichos clientes o terceros puedan conectar con la persona trabajadora fuera del tiempo de trabajo[11], puesto que estas

[8] Igartúa, (2019), p. 65.

[9] Cialti,(2017), p. 165.

[10] En el mismo sentido Molina, (2017), p. 270, González, (2016), p. 270 y Taléns,(2018), pp. 5-6.

[11] En este sentido, nos permitimos acudir a la experiencia personal de la autora durante el confinamiento COVID de 2020, en que sufrió efectos psicosomáticos derivados del permanente contacto con alumnos y terceros.

conexiones pueden ser tan dañinas para los diferentes bienes jurídicos protegidos (salud, intimidad y conciliación) como las provenientes de la empresa.

La indefinición legal del concepto y contenido deriva en una especial importancia de la negociación colectiva en este sentido, ya que si el convenio colectivo no los incluye estaría trasladando al poder de dirección del empresario dicha definición. Por tanto, si el convenio cae en la tentación de resolver la cuestión con una mera declaración de intenciones o repetición del texto legal con carácter generalista, o bien remitir directamente a la regulación legal (cuestión que como veremos está ocurriendo a menudo), el derecho se va a reducir probablemente a un mínimo indispensable como sería el deber del empresario de abstenerse de comunicaciones formales fuera del horario de trabajo.

4.1.2. Sujetos del derecho en la LOPD

En cuanto a los sujetos del derecho, en este sentido la ley es muy amplia, incluyendo tanto a los trabajadores públicos como privados, así como al personal directivo de la empresa, del que en principio podría haberse considerado su exclusión por las especiales características de su trabajo o de su relación contractual. Sin embargo, la ley no hace exclusiones, y expresamente habla de que en la política de desconexión de la empresa debe regularse también la situación del personal directivo.

Esto no quiere decir que el contenido del derecho para el personal directivo deba ser exactamente el mismo que el del resto del personal, ya que el propio art. 88 LOPD en su p. 2 señala que "las modalidades de ejercicio del derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral", lo que da pie a que se puedan establecer distintas modalidades de ejercicio del derecho dentro de la misma empresa. Sería razonable que la modalidad de ejercicio del derecho en el caso de las relaciones laborales de carácter especial del personal de alta dirección se articulase en un régimen de ejercicio mucho más laxo que el del personal con relación laboral común, de la misma manera que en la regulación reglamentaria de este tipo de contrato no se fijan unos mínimos de duración para los derechos al descanso del trabajador. Recordemos que en RD 1382/1985 se establece que "el tiempo de trabajo en cuanto a jornada, horarios, fiestas y permisos, así como las vacaciones será el fijado en las cláusulas del contrato, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente"[12]. Entendemos que en este caso la referencia a las condiciones "usuales en el ámbito profesional correspondiente" como límite mínimo en el ejercicio del derecho debería ser matizada, ya que el problema social con el que nos encontramos es precisamente que lo usual es una

[12] Art. 7 RD 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

hiperconexión dañina para la salud y la intimidad del trabajador, por no hablar de la inexistencia de una cultura de conciliación en el personal directivo en general, y no solo en el de alta dirección. El límite en este caso consideramos que debe estar en la necesidad objetiva de la disponibilidad y en la salud e intimidad del trabajador que debe estar mínimamente garantizada en adecuada ponderación.

Por otra parte, a pesar de esta consagración amplia del ámbito subjetivo del derecho, la ley hace una mención especial a la situación de los trabajadores a distancia o a domicilio, vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Si bien es cierto que estos trabajadores tienen un especial riesgo de hiperconexión e invasión de la intimidad y derecho al descanso, hay que tener en cuenta que todos los trabajadores son, en cierta medida, teletrabajadores potenciales: todas las personas llevamos siempre encima un aparato con el que la empresa o el trabajo puede contactar con nosotros en cualquier momento y lugar. Con el agravante de que ese aparato, en la mayoría de los casos, es particular (no lo facilita la empresa); por "comodidad" llevamos en él aplicaciones, contactos telefónicos y mail tanto personales como profesionales y, además, lo portamos voluntariamente. Y, para completar el cóctel explosivo para nuestra salud e intimidad, hemos adquirido el automatismo de consultarlo constantemente. Consideramos que, con estos hábitos sociales, la necesidad de protección frente a la hiperconexión es universal, y es uno de los aciertos de la regulación legal.

Quizás hubiera sido necesaria una mención también especial a los trabajadores a tiempo parcial, por la laxitud de la regulación legal de la ordenación del tiempo de trabajo en este tipo de contratos. El régimen jurídico de las horas complementarias tiene serios riesgos de interferencia con la conciliación y la intimidad, por lo que las razones para intensificar la toma en consideración de su especial situación son parecidas a las esgrimidas para la mención expresa a la situación de los trabajadores a distancia.

4.2. La Ley 10/2021 de Trabajo a Distancia

Del 15 de marzo al 21 de junio de 2020 todos los trabajos que podían hacerse en régimen de teletrabajo tuvieron que adoptar este sistema debido al confinamiento COVID. La situación se mantuvo de manera preventiva durante varios meses más, hasta que poco a poco la mayoría de las empresas fueron optando por la presencialidad de sus trabajadores. A pesar de que en aquel momento fueron muchas las voces que aseguraban que "el teletrabajo ha llegado para quedarse" la realidad ha ido demostrando que ha vuelto a quedar como algo residual, en parte por la resistencia de las empresas a dejar de "ver" a sus trabajadores como método de control, y en parte por la desilusión de los propios trabajadores ante una fórmula de trabajo que tiene efectos aislantes y de monotonía, presentando dificultad para separar tiempo de trabajo y tiempo de descanso.

Estas circunstancias excepcionales permitieron comprobar empíricamente los efectos sobre la salud laboral del abuso de esta fórmula de trabajo, lo que prácticamente obligó al legislador a establecer una regulación específica, actualizando con arreglo a los avances sociales y tecnológicos el tradicional régimen jurídico del trabajo a distancia.

Se trata de la Ley 10/2021 de Trabajo a Distancia (en adelante LTD), en cuya exposición de motivos ya se pone de manifiesto que el trabajo a distancia, en su concepción clásica de trabajo a domicilio (aquel que se realiza fuera del centro de trabajo habitual y sin el control directo por parte de la empresa y vinculado a sectores y ámbitos geográficos muy concretos) se ha visto superado por la realidad de un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías. Confirma que actualmente lo que existe, más que un trabajo "a domicilio", es un trabajo remoto y flexible, que permite que se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo. Y este trabajo remoto, cuando se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (teletrabajo), presenta una serie de inconvenientes reseñados en la propia exposición de motivos: necesidad de protección de datos, brechas de seguridad, tecnoestrés, horario continuo, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral, pérdida de la identidad corporativa, deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen de manera exclusiva a distancia, dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio, como la conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar, o traslado a la persona trabajadora de costes de la actividad productiva sin compensación alguna, entre otros.

Como vemos, la ley es muy consciente, entre otros, de los riesgos sobre la salud que presenta el teletrabajo, precisamente porque se elabora en tiempos de pandemia cuando una parte muy importante de la población trabajadora estaba sufriendo los efectos negativos de la hiperconectividad. Por ello, entre sus objetivos menciona expresamente el de tener en cuenta "los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento".

En este sentido, el art. 16 de la Ley es más explícito que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ya que establece que "La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada."

Por otra parte, y con respecto al derecho a la desconexión digital, establece lo siguiente:

"Artículo 18. Derecho a la desconexión digital.

1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso."

Como vemos, aquí el concepto y contenido del derecho a la desconexión digital es más concreto que el caso de la LOPD. En primer lugar, se configura no solo como un derecho del trabajador sino también como un deber del empresario. Por otra parte, se establece un contenido mínimo del deber empresarial, que en este caso se señala expresamente que conlleva una limitación (que no anulación) del uso de medios de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada. Esta referencia a la duración de la jornada y los períodos de descanso hay que ponerla en conexión con la obligación de llevar un sistema de registro horario también en estos casos, que debe incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada (art. 14 LTD).

Sin embargo, en lo referente al papel de la negociación colectiva en la concreción del derecho, en este caso se refuerza menos que en el general establecido por la LOPD, ya que mientras en este último caso se dice que "Las modalidades

de ejercicio de este derecho (…) se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores", en el caso del trabajo a distancia la LTD utiliza la fórmula "Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo *podrán* establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión".

A pesar de esta diferencia en la fórmula utilizada en uno y otro caso, entendemos que en el caso del trabajo a distancia no se está excepcionando la regulación establecida con carácter general para todos los trabajadores en la LOPD, y la negociación colectiva tiene que ocuparse de concretar las modalidades de ejercicio del derecho, en cuyo marco se elaborará posteriormente la política concreta de desconexión por medio del poder de dirección del empresario previa audiencia con la representación legal de los trabajadores. No es por tanto una mera posibilidad, como podría dar a entender una interpretación demasiado literal y no sistemática de la LTD.

5. IMPORTANCIA DEL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN LEGAL Y DESARROLLO POSTERIOR

La remisión que tanto el proyecto de Directiva como la LOPD y el ET hacen a la negociación colectiva no responde a una decisión caprichosa, siendo la sede más apropiada para concretar este tema. Hay que tener en cuenta que cada sector, cada empresa e, incluso, cada puesto de trabajo, tienen unas características y necesidades concretas, y una forma de utilizar los dispositivos y medios de conexión digital distintos, que además están en continua evolución. El contenido generalista y de mínimos de la ley es si cabe más oportuno en esta que en cualquier otra materia, y la remisión al convenio o acuerdo colectivo para su necesaria concreción aporta la flexibilidad y adaptabilidad que exigen una tecnología y unas prácticas laborales en constante y rápida evolución, y garantiza que la regulación se mantenga actualizada y por ello útil a lo largo del tiempo.

En esta línea, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (Resolución de 19 de mayo 2023), junto al reconocimiento del derecho y de su importancia para la salud laboral, el clima laboral, la calidad del trabajo y la conciliación, establece que en los convenios se garantizará el derecho a la desconexión digital tanto a las personas trabajadoras que realizan su jornada de forma presencial como a las que prestan servicios mediante nuevas formas de organización del trabajo (trabajo de distancia, flexibilidad horaria u otras), adaptándose a la naturaleza y características de cada puesto de trabajo o función. Asimismo, y a los efectos de la regulación del derecho en la negociación colectiva recoge una serie de criterios a tener en cuenta, entre ellos los siguientes:

- La desconexión digital se reconoce y formaliza como un derecho a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo. No obstante lo

anterior, la conexión voluntaria de una persona trabajadora no conllevará responsabilidades de la empresa.

- El derecho a la desconexión operará en relación con todos los dispositivos y herramientas susceptibles de mantener la jornada laboral más allá de los límites de la legal o convencional establecida y distribuida en el calendario laboral por el que se rija cada empresa.
- Si se produce cualquier tipo de llamada o comunicado fuera de la jornada laboral, las personas trabajadoras no estarán obligadas a responder, ni los superiores jerárquicos podrán requerir respuestas fuera de la misma, salvo que concurran circunstancias excepcionales de fuerza mayor, justificadas, que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio y que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas.
- Las empresas garantizarán que las personas trabajadoras que hagan uso de este derecho no se verán afectadas por ningún trato diferenciado o sanción ni perjudicadas en sus evaluaciones de desempeño ni en su promoción.
- Las empresas podrán llevar a cabo acciones de formación y de sensibilización de su plantilla sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Asimismo, recoge una lista de buenas prácticas para una mejor gestión del tiempo de trabajo (programar respuestas automáticas para los períodos de ausencia, utilizar el envío retardado…).

Sin embargo, a pesar de estas recomendaciones del Acuerdo marco, en la práctica los agentes sociales no están atendiendo de manera satisfactoria a esta responsabilidad, abusando en nuestra opinión de las cláusulas generales. Esto da pie a que la política concreta de desconexión quede en la práctica en manos de la empresa, que según la LOPD tan solo tiene que dar *audiencia* a los representantes de los trabajadores. Además de los convenios que se limitan a reconocer la existencia del derecho y remitirse a la LOPD y el art. 20 bis del ET[13] y de aquellos otros que, junto a ello, se remiten a la fijación de la política interna de la empresa previa audiencia a los representantes, hay otro grupo que son un poco más

[13] ES el caso, por ejemplo, del III Convenio colectivo del Grupo Renfe, BOE 19 de julio de 2023. "Cláusula 14. Desconexión digital. Con la finalidad de cumplir la normativa reguladora del derecho a la desconexión digital en España, se impulsarán medidas que potencien el tiempo de descanso una vez finalizada la jornada laboral reconociendo el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras como elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo de trabajo en aras del respeto de la vida privada, mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y contribuir a la optimización de la salud laboral. Se analizará, mediante la negociación en el seno de la Comisión Negociadora y hasta el 31 de mayo de 2023 la problemática con el tratamiento de las incidencias."

concretos y especifican algunas de las conductas de las que deben abstenerse las empresas y el derecho del trabajador a no atender dispositivos digitales ni contestar comunicaciones fuera del horario de trabajo.

Por último, también hay convenios que regulan una completa serie de medidas de desconexión digital, como es el caso por ejemplo del Convenio colectivo Kiabi España (2023[14]), el Convenio colectivo nacional de revistas y publicaciones periódicas (2022-2024) – que regula de manera conjunta este derecho con los derechos conexo a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos fuera del ámbito laboral y el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización fuera del ámbito laboral.

Un ejemplo claro de buena práctica en este sentido sería el convenio colectivo de Bolsas y mercados españoles de 2022, que pacta expresamente la Política de desconexión digital y la adjunta como Anexo al convenio, estableciendo medidas concretas y constituyendo [15]una comisión de seguimiento, ordenando además que dicha política sea publicada on line en la página de RRHH de la empresa.

[14] "Desconexión digital: Conforme a lo regulado en el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , artículo 18 de la Ley 10/2021 de 9 de julio (RCL 2021, 1335) de trabajo a distancia y en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018 (RCL 2018, 1629) , de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, tanto las personas trabajadoras que realicen su jornada de forma presencial como a las que presten servicios mediante nuevas formas de organización del trabajo (trabajo a distancia, flexibilidad horaria u otras), tendrán derecho a la desconexión digital, a fin de garantizar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Con el fin de garantizar la desconexión digital de las personas trabajadoras de Kiabi se establecen las siguientes medidas:

Se establece que, no se exigirá ni se esperará por parte de la persona trabajadora que acceda a los sistemas informáticos puestos a su disposición con el objetivo de revisar o responder correos o responder llamadas relacionados con su prestación laboral, una vez finalizada su jornada.

En los periodos vacacionales de las personas trabajadoras, se deberán cumplir las consignas previstas en la política de turnos y determinación de personal de «backup» para cada puesto, de modo que la actividad de Kiabi España KSCE SA pueda seguir desarrollándose sin interrupción ni contingencia alguna, en ausencia de la persona trabajadora.

Kiabi España formará al personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas para evitar el riesgo de fatiga informática.

Kiabi España informará y formará al personal, directivos y mandos intermedios, sobre el respeto a la duración de la jornada laboral y el derecho a la desconexión digital."

[15] "Medidas:

1. BME garantiza a la plantilla el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. En este sentido, las personas trabajadoras tendrán derecho a responder cualesquiera comunicaciones efectuadas por cualquier medio (correo electrónico, teléfono, etc.) una vez finalizada su jornada laboral, en la jornada laboral siguiente.

2. No serán de aplicación estas medidas que garantizan el derecho a la desconexión digital en los casos en que concurran circunstancias de causa de fuerza mayor o que supongan un significativo,

6. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL CONTEXTO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A pesar de que la LOPD no hace referencia a la vertiente preventiva del derecho a la desconexión digital, es aceptado que la hiperconectividad laboral es un riesgo para la salud, encuadrado dentro de los llamados riesgos psicosociales.

Ya en 2017 el Comité Económico y Social Europeo (CESE)[16]ponía de relieve que el uso cada vez más intenso de las TIC puede representar un riesgo para la salud, constatando un aumento del número de trabajadores que sufren estrés y síndrome de desgaste profesional. Lo consideraba una realidad preocupante y costosa y recomendaba un diálogo social amplio para limitar la disponibilidad permanente de los trabajadores y su formación para la utilización de las TIC, como respuestas necesarias.

Más recientemente podemos citar, por ejemplo, el texto de la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI)), que hace una serie de llamamientos a la Comisión Europea en este tenido consecuencias negativas, concretamente (entre otras) "la excesiva conexión, la difuminación de las líneas entre la vida laboral y la vida privada, una mayor intensidad del trabajo y del estrés tecnológico". Considera asimismo que esta nueva situación hace necesaria una definición nueva y más amplia de salud y seguridad en el trabajo, en la que ya no puede prescindirse de

inminente o evidente posible perjuicio empresarial o del negocio, y cuya urgencia temporal necesita de una respuesta inmediata.

3. Existen en BME, fruto del acuerdo de la negociación colectiva, canales establecidos para organizar situaciones especiales relativas a horarios, disponibilidad en las que las necesidades del negocio demandan actuaciones y conexiones de manera operativa y continua. Estas situaciones quedan excluidas de la presente Política y se seguirán rigiendo por sus correspondientes acuerdos.

4. El derecho a la desconexión digital se establece tanto para las personas que realicen su jornada de forma presencial, como en los casos de prestación de servicios a distancia mediante conexión remota en el domicilio de la persona trabajadora.

5. Se garantizará el derecho a la desconexión digital durante el período de disfrute de las vacaciones, los días de convenio y los permisos, estableciéndose a estos efectos los mecanismos de mantenimiento de la actividad correspondientes en cada departamento.

6. Se observará una racionalización de los horarios de convocatoria de reuniones delimitando, en la medida de lo posible, tanto la hora de comienzo como la duración de las mismas dentro del horario laboral de los asistentes y posibilitando, cuando sea posible, la asistencia en remoto a través de medios tecnológicos, todo ello, con el objetivo de hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y personal de las personas trabajadoras.

7. Se realizarán acciones de formación y sensibilización a las personas trabajadoras sobre la protección y respeto del derecho a la desconexión digital y sobre un uso razonable y adecuado de las nuevas tecnologías.

8. BME garantiza que el ejercicio del derecho a la desconexión digital no influirá de manera negativa en los procesos de evaluación ni conllevará medidas sancionadoras de ninguna clase para las personas trabajadoras.".

[16] Informe CESE, 2017.

la salud mental. Lamenta que, durante la pandemia de COVID-19, la salud mental de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia se haya visto afectada por el aumento de los factores de estrés, siendo uno de ellos el estrés relacionado con la tecnología. Considera por ello que el derecho a la desconexión es esencial para garantizar el bienestar mental de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, en particular para las personas con formas de trabajo atípicas, y debe complementarse con un enfoque preventivo y colectivo de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo. En concreto y entre otras medidas, pide a la Comisión que proponga, previa consulta con los interlocutores sociales, una directiva sobre normas y condiciones mínimas para garantizar que todos los trabajadores puedan ejercer efectivamente su derecho a la desconexión y para regular el uso de herramientas digitales nuevas y existentes con fines laborales, en consonancia con su mencionada Resolución de 21 de enero de 2021.

En la misma línea, de conciencia de la relación entre desconexión digital y salud laboral, la Comisión Europea, en el "Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027: La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación"[17] se compromete expresamente con la garantía de un seguimiento adecuado de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a la desconexión. Para ello, invita a los interlocutores sociales a que busquen soluciones comúnmente acordadas para abordar los desafíos derivados del teletrabajo, la digitalización y el derecho a la desconexión, con base en el Acuerdo Marco de los interlocutores sociales europeos sobre la digitalización.

De esta forma, ligada la desconexión a la tutela del trabajador frente a los riesgos psicosociales, consideramos que es de aplicación en este tema el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales[18], que impone al empresario el deber de garantizar el derecho a la seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo. De este genérico deber se derivan otros, como son la obligación de evaluación de los riesgos (art. 16 LPRL)7 y la de dar formación de los trabajadores (art. 19 LPRL).Es decir, reconociendo que existe un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, el empresario tiene la obligación de evaluarlo y planificar las medidas concretas, adecuadas y eficaces que deben adoptarse para garantizar la efectividad del derecho.

El problema con el que nos encontramos es que, como ya se ha puesto de relieve con otros riesgos psicosociales, el texto de la LPRL (1985) se va quedando obsoleto ante la evolución de la sociedad y la tecnología. Nada obsta a que la inclusión de este tipo de riesgos en las previsiones genéricas de la Ley, pero es cada vez más evidente la necesidad de una revisión del texto para adaptarlo a una

[17] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones EMPTY. Bruselas, 28.6.2021, COM(2021) 323 final.

[18] En el mismo sentido Vallecillo,(2017), p. 175; Cialti, (2017), p. 175, Igartúa, (2019), p. 74.

realidad del mundo del trabajo que poco tiene que ver con la de hace casi treinta años, cuando se redactó la ley.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alemán Páez, F., "El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail n.º 2016-1088»." *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 30, 2017, pp. 12-33.

Cialti, Cialti, P. H., "El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?" *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 137, 2017, pp.163-181.

Fernández Collados, M.B, "La negociación colectiva ante los riesgos laborales en la nueva era digital", *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, pp. 56-78.

González Cobaleda, E., "Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales", en *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psi- cosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo*, Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016.

Igartúa Miró, Mª T, "El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales" *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 432, marzo 2019, pp. 61-87.

Igartúa Miró, Mª T. y Solís Prieto, C., "Seguridad y salud en un mundo del trabajo en transformación: la adaptación a la triple transición ecológica, demográfica y digital", en AA.VV., *Digitalización, desarrollo tecnológico y Derecho del Trabajo: nuevas perspectivas de sostenibilidad*, (Marín Alonso, I, Igartúa Miró, M.T y Solís Prieto, C., Dir.) Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 327-368.

Informe CESE, Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo [Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia estonia] (2017/C 434/05) (DOUE C 434/30, de 15 de diciembre de 2017).

Martín Rodríguez, O., "El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador", *Lan Harremanak*, 2020, núm. 44, pp. 164-183.

Molina Navarrete, C., "Jornada laboral y tecnologías de la infor-comunicación: «desconexión digital», garantía del derecho al descanso", *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social,* núm. 138, 2017, pp. 249-283.

Pellicano, A., "Trabajo ágil y desconexión: el riesgo de la conectividad permanente", en AA.VV., *Digitalización, desarrollo tecnológico y Derecho del Trabajo: nuevas pers-*

pectivas de sostenibilidad, (Marín Alonso, I, Igartúa Miró, M.T y Solís Prieto, C., Dir.) Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Pérez Campos, A.I., "Teletrabajo y derecho a la desconexión digital" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, núm. 1, 2021, pp. 499-528.

Selma Penalva, A., "Desconexión digital: protocolo de actuación", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías,* núm. 59, 2022.

Taléns Visconti, E. E. "La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva", *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018, pp. 1-12 en versión digital.

Tascón López, R., "El derecho de des- conexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento Español)", *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales,* núm. 41, 2018, pp. 45-63.

Trujillo Pons, F., "La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo", *Lan Harremanak*, núm. 45,2021, pp. 257-271.

Vallecillo Gámez, M.ª R., "El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esno- bismo del «viejo» derecho al descanso?" *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 408, 2017, pp.167-178.

INSTRUMENTOS MULTINIVEL PARA LA ELIMINACIÓN DEL TRABAJO FORZOSO: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO EMPRESARIAL*

José A. Soler Arrebola
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería

EXTRACTO **Palabras clave:** trabajo forzoso, derechos laborales, estrategias normativas, protección social

Durante más de un siglo la erradicación del trabajo forzoso ha sido una constante sobre la que se han planteado numerosas iniciativas tendentes a su desaparición. Su juridificación internacional ha puesto de manifiesto la necesaria concreción de sus contenidos y la identificación de sus parámetros básicos a efectos de su delimitación, teniendo en consideración factores interpretativos y evolutivos. Desde distintos planos, tanto nacionales como internacionales o derivados de la responsabilidad social corporativa, se han trazado diversos instrumentos para eliminar esta lacra. La empresa, y más específicamente las cadenas mundiales de suministro, son actualmente un punto de atención preferente dadas las bolsas de trabajo obligatorio detectadas derivadas de la ausencia de mecanismos de control de esta práctica. En este análisis se reflexiona sobre diferentes herramientas adoptadas para su supresión.

ABSTRACT ***Keywords:*** *forced labor, labor rights, regulatory strategies, social protection*

For over a century, the eradication of forced labor has been a constant on which numerous initiatives have been raised aimed at its disappearance. Related international juridification has revealed the necessary specification of its contents and the identification of its basic parameters for its delimitation, with consideration for interpretive and evolutionary factors. From different levels, both national and international or derived from corporate social responsibility, various instruments have been drawn up to eliminate this scourge. Companies, and more specifically, the global supply chains, are currently a preferential point of attention given the mandatory labor pools detected derived from the absence of control mechanisms for this practice. This analysis reflects on different tools adopted for its suppression.

* Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación *"La construcción transnacional del Derecho del Trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española"* (TRANSLAB Ref. PID2019-104809-100-DER).

 Recepción original: 30.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Variables identificadoras del trabajo forzoso
   1.1. La diversa amplitud conceptual
   1.2. El Convenio 29 de la OIT como elemento referencial
   1.3. La complementariedad del convenio 105 de la OIT
   1.4. Aproximación a otros conceptos vinculados
2. La multiplicidad instrumental para su erradicación
   2.1. La perspectiva nacional como elemento clásico de sanción
   2.2. Instrumentos específicos de intervención empresarial
      2.2.1. El papel de la responsabilidad social empresarial
      2.2.2. La multifocalidad de la UE para su erradicación

1. VARIABLES IDENTIFICADORAS DEL TRABAJO FORZOSO

1.1. La diversa amplitud conceptual

Hablar de trabajo forzoso bien entrado el siglo XXI debiera circunscribirse a reflexiones sobre situaciones históricas que actualmente se encontrasen completamente desparecidas. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. La existencia de esta fórmula de subsistencia no puede ceñirse exclusivamente a entornos muy localizados sino que, al contrario, puede vislumbrase en los cinco continentes independientemente del grado de desarrollo de las diferentes economías de cada uno de ellos. La globalización ha supuesto, entre otras muchas consecuencias, la diversificación de este fenómeno a todas las regiones mundiales apareciendo de manera diferenciada y, en ocasiones evolucionada, en casos que implican una trasgresión de los derechos humanos y, específicamente, los de ámbito laboral[1]. Las distintas maneras en las que se manifiesta este hecho resultan adaptativas a las circunstancias en las que los procesos productivos se desarrollan y a los particulares contextos sociales en los que se desenvuelve, pero manteniendo un hilo conductor derivado de la ausencia de voluntad a la hora de efectuar la actividad. La internacionalización de las empresas ha generado también un acrecimiento de estas prácticas debido a la ausencia de un efectivo control de los estratos en los que se desarrolla la actividad en las cadenas mundiales de suministro, donde aparecen oscuros nichos de producción desconocidos y, a la vez, poco controlados por las sociedades matrices. Pero también actitudes poco eficientes de poderes estatales, que se manifiestan en conductas permisivas o laxas frente a esta lacra o, incluso, más peligrosamente, en promocionales de este tipo de trabajo, generan entornos proclives a su desenvolvimiento. Si a ello le añadimos

[1] Canessa Montejo, M. F., utiliza la expresión derechos humanos laborales dado "su uso continuo por las organizaciones internacionales y los organismos privados", en "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, núm. 72, 2008, p. 112.

supuestos en los que determinadas redes utilizan a personas desprotegidas para finalidades punibles o se mantienen determinadas prácticas o costumbres arcaicas cercanas a la servidumbre podemos comprobar cómo sigue existiendo el trabajo forzoso actualmente.

Numéricamente si acudimos a los datos que nos ofrece la OIT[2], 27,6 millones de personas se encuentran en esta situación, lo que indica la magnitud de este problema. Pero, sin duda, lo que parece más preocupante –al margen del elevado número–, es la progresión en la cifra ya que se ha incrementado en 2,7 millones de personas durante el periodo 2016-2021. Ello, evidentemente, lleva a reflexionar sobre las causas de dicho aumento y también, en las medidas que han sido implementadas para disminuir o eliminar tal situación. Prueba de ello es que incluso se ha establecido la erradicación del trabajo forzoso como una de las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) 8 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada dentro de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Hemos de tener presente que no estamos hablando de trabajo en condiciones precarias o que se desvía de algunos estándares de lo que se considera trabajo digno en las países desarrollados o, incluso, de explotación laboral, que se puede identificar con "un incumplimiento simple de la normativa laboral"[3], sino de la carencia de voluntad a la hora de la prestación de servicios, de una auténtica mercantilización[4] del ser humano, que lleva incluso a la imposibilidad de considerarse como trabajador dentro de nuestro sistema normativo ante la falta de un elemento esencial como es la prestación libre[5] del consentimiento.

[2] Según datos de la OIT recogidos en 2021 en el informe titulado "Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso" https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_854733.pdf La situación del trabajo forzoso en España es de difícil cuantificación dado que no existe una base de datos centralizada. No obstante, en el Informe de situación sobre la trata de seres humanos en España (2017-2021) (https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/Balance-Ministerio-TSH-2017-2021.pdf) en el año 2020 se computaron 647 víctimas de trata, de las que 99 lo fueron por trata de seres humanos en el ámbito laboral y 548 por explotación laboral (Vid. Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas).

[3] Tal y como señala Lousada Arochena, J. F., "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT", Lan Harremanak, núm. 39, 2018, p.158.

[4] Recordamos como la Conferencia General de la OIT de 1944 declara sus propios fines y objetivos entre los que se encuentra la determinación de que "el trabajo no es una mercancía".

[5] Sobre la consideración del "trabajo libre" y diferentes concepciones a la expuesta en este estudio puede consultarse a Bueno, A., "Libertad en el trabajo, a través del trabajo y frente al trabajo. Un replanteamiento de los derechos laborales", Revista Internacional del Trabajo, vol. 140, núm. 2, 2021.

La identificación de lo que se considera trabajo forzoso no ha estado exenta de una cierta discusión a la hora de definir sus contornos. Desde nuestra perspectiva, han sido distintas las variables que han propiciado la existencia de disimilitudes a la hora de confeccionar un concepto unitario que permita una caracterización estricta. En primer término y desde un punto de vista evolutivo, no cabe duda que las condiciones laborales han sufrido innumerables variaciones a lo largo de la historia y los procesos, no tan sólo productivos, sino también sociales han hecho que la percepción del trabajo en general no sea uniforme. Evidentemente, la traslación de esa concepción genérica del trabajo a aquellos supuestos en los que la prestación de servicios se manifiesta obligatoria ha mudado significativamente en función de parámetros derivados de las situaciones a resolver en cada periodo, sin que ello suponga alterar ciertas bases que se mantienen iguales. Los diferentes tratados, convenios, declaraciones etc., redactados sobre el particular tratan de establecer fronteras del concepto forzoso según los acontecimientos surgidos en cada momento histórico (esclavitud, servidumbre, colonialismo. campos de trabajo, etc.)[6]. Resulta reseñable también, como en la elaboración de esa delimitación conceptual, en la que los Estados intervienen no sólo como legisladores dentro de sus fronteras sino como miembros de organizaciones internacionales, su papel ha resultado ambivalente; el Estado ha sido partícipe y suscriptor de acuerdos tendentes a la eliminación del trabajo forzoso y, a la vez, conservador de una posición, en determinados momentos, de sujeto involucrado y mantenedor de la obligatoriedad del trabajo para colectivos específicos o en concretas circunstancias. Si en un principio ello supuso la dilación de la efectividad de la proscripción de esta práctica en función de sus intereses, posteriormente, un cambio de tendencia derivado de un mayor compromiso para su erradicación implicó una ampliación de supuestos que quedan enmarcados como trabajo forzoso y, consecuentemente, una visión extensiva de supuestos prohibidos. A causa de ello se amplió la concepción de este tipo de actividades desterradas y la extensión de lo que se entiende como trabajo forzoso.

Otra variable a tener en consideración en la identificación de lo que se entiende por trabajo forzoso, al margen de la perspectiva histórico/evolutiva, la encontramos en el papel que las organizaciones internacionales han desempeñado. La necesidad de prohibición de este tipo de actividades debía ceñirse a una perspectiva territorial mucho más amplia que la de las fronteras nacionales, por lo que su eliminación

[6] Como indican Plant R., y O´Reilly C, "en las primeras décadas del siglo XX (el Convenio núm. 29 se adoptó en 1930), la principal preocupación eran los excesos cometidos por el colonialismo, que impuso el trabajo forzoso en aras de la consecución del desarrollo económico. En el periodo de entreguerras y en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, el trabajo forzoso fue utilizado a gran escala, y durante los años cincuenta, hubo graves problemas, en muchos casos de carácter político o ideológico, debido al trabajo forzoso impuesto a millones de personas recluidas en campos de trabajo por razones políticas", en "El programa de la OIT para la lucha contra el trabajo forzoso", Revista Internacional del Trabajo, vol. 122, 2003, p. 83.

debía hacerse desde contornos más amplios. Este requerimiento supuso la intervención de organizaciones internacionales que, en época contemporánea, introdujeron a principios del siglo XX prescripciones tendentes a la erradicación de estos comportamientos. Numerosos han sido los textos que señalan esta prohibición desde la Convención de Ginebra, de la Sociedad de Naciones, de 1926[7] hasta nuestros días, donde se recogen, desde diferentes perspectivas internacionales, la eliminación de dichas prácticas. Así, acuerdos liderados por distintas organizaciones como Naciones Unidas, la OIT, el Consejo de Europa, la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos o la Unión Africana, entre otras, son ejemplo de ello. Si bien, la finalidad de todas ellas es común, resulta relevante como la definición de lo que se entiende por tal no aparece recogida en la mayor parte de dichas disposiciones salvo, específicamente, en los Convenios 29 y 105 de la OIT. De esta manera, la ofrecida en el primero de estos convenios se considera como "la definición legal válida y en vigor en el Derecho Internacional"[8], sin perjuicio de que en otros textos se puedan realizar aproximaciones que no difieren en exceso de la anterior.

Sin perjuicio de que posteriormente analizaremos el concepto indicado por la OIT, no podemos olvidar un tercer vector que consideramos necesario introducir y que interviene en el reconocimiento de lo que se entiende por trabajo forzoso. Si bien se parte de una concepción estática y fija de una serie de cánones descriptivos, la adecuación a hechos concretos hace que se deba dilucidar, de una forma práctica, la existencia de unas conductas que se encuentran abarcadas por esa definición. Es por ello que la tarea hermenéutica de los elementos conceptuales se convierta en un elemento imprescindible para dar un sentido omnicomprensivo a la realidad a la que se aplica. La labor interpretativa que realizan diversos tribunales y distintos órganos, partiendo de elementos comunes, resulta indispensable no sólo para esclarecer –y en su caso sancionar conductas contrarias a esa libertad en el trabajo–, sino también para analizar supuestos en los que la complejidad de los hechos hace necesaria una extensión o restricción aclaratoria de conductas no siempre fácilmente subsumibles en una definición. Asimismo, esa misión interpretativa resulta necesaria por su función adaptativa a fenómenos cambiantes en virtud tanto de la alteración de los sujetos infractores, como por la propia evolución social; todo esto, sin perder de vista la transformación de sistemas productivos que pueden hacer visibles nuevas formas de actuación de esta desgraciada realidad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comité Europeo de Derechos Sociales, la

[7] Sin olvidar la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 30 de abril 1956.

[8] Tal y como expone Valverde Cano, A. B., "*It´s all about control*: el concepto de trabajos forzosos", Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, núm. 22, 2019, p. 253. Este estudio realiza una magnífica esquematización de los contenidos que sobre aspectos definitorios se realizan en numerosos tratados internacionales.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, etc., efectúan una labor esclarecedora de los factores que intrínsecamente forman parte de los elementos identitarios del trabajo obligatorio.

1.2. El Convenio 29 de la OIT como elemento referencial

Partiendo del Convenio número 29 de la OIT, el artículo 2.1 indica que "la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente".

A efectos de nuestro estudio, y sin perjuicio de la existencia de numerosos análisis pormenorizados sobre los elementos constitutivos de esta definición, queremos detenernos en determinados caracteres significativos del concepto que permiten diferenciar esta figura de otras con las que puede presentar ciertas analogías. Para ello resulta necesario partir de la distinción el carácter forzoso y el obligatorio. Sobre la base del TEDH el trabajo forzoso se entiende aquel derivado de una coacción privada[9], y, consecuentemente desarrollado por particulares, mientras que el considerado como obligatorio parte de una naturaleza pública resultado de la actuación estatal sobre el individuo. En cualquier caso, y pese a las matizaciones que pudieran derivarse del sujeto impulsor de estas conductas, el hecho relevante es la prohibición de actuaciones en este sentido, independientemente de quien sea el artífice de la actuación, ya que las consecuencias derivadas serán comunes, por lo que a efectos de nuestro estudio equiparamos su significado.

Respecto a la actividad a la que es compelido el sujeto, resulta ser indiferente de que se trate de una actividad lícita o ilícita dentro del mercado de trabajo, ya que no tiene que estar "reconocida oficialmente como actividad económica para considerarla trabajo forzoso, puesto que también puede referirse al mercado informal"[10]. Éste es en muchas ocasiones, como veremos más adelante, uno de los nichos sobre los que se asienta el trabajo forzoso al escaparse del control que puedan realizar las autoridades gubernativas o las propias empresas en los casos en los que la trazabilidad del producto no se efectúe con las máximas garantías dentro de la cadena de valor. Asimismo, el tiempo durante el cual se esté desempeñando la

[9] En este sentido Rivas Vallejo P., indica que ese carácter privado deviene por "exclusión de ciertas formas de carácter público como las prestaciones cívicas que la OIT excluye con carácter general bajo condiciones proporcionales en sociedades democráticas", en "Las fronteras entre los conceptos esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género" en AAVV., (Dirs. Pérez Alonso, J., y Olarte Encabo, S.) *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 45.

[10] Valverde Cano, A.B., ""*It´s all about control*: el concepto de trabajos forzosos", op. cit., p. 254.

labor resulta irrelevante[11] para determinar la existencia de esta conducta denigrante ya que, el hecho en sí constituye una contravención directa a lo preceptuado, por lo que la variabilidad de la duración de la actividad resulta ser accesoria, independientemente de que a efectos probatorios pueda tener una mayor facilidad para poder demostrar si ésta resulta prolongada.

Junto a ello, otro elemento que conforma esta definición lo compone "la amenaza de una pena cualquiera". La identificación de conductas que quedan sujetas a estos términos es una cuestión compleja a la hora de su estricta caracterización. La contextualización de elementos objetivos junto con la percepción por el obligado[12] resultan ser parámetros que engloban una multitud de situaciones de difícil enumeración taxativa. Ello ha implicado que sea la interpretación de distintos tribunales los que de una forma más o menos amplia incluyan diferentes supuestos dentro de estos parámetros. En cualquier caso, deportaciones, daños físicos, violencia psicológica, explotación en situaciones de extrema vulnerabilidad, aislamiento, confinamiento, amenazas de muerte o lesiones a la persona o familiares, sanciones pecuniarias etc. son situaciones que perfectamente quedan incluidas en la definición. Así, la identificación de la palabra pena queda en un contexto amplio por lo que no tiene por qué implicar una sanción penal, sino que "puede consistir también en una pérdida de derechos y privilegios"[13]. Por lo tanto, la valoración concreta de que se está en presencia de dicha "amenaza" habrá que efectuarla en virtud de supuestos específicos y determinados que supongan restricciones graves en el desarrollo de la actividad productiva.

Pero sin duda, el elemento más característico del trabajo forzado lo constituye la ausencia de voluntariedad. La imprescindible libre aceptación de una actividad laboral supone la prestación del consentimiento sin coacciones que no implique la realización de una actividad productiva sin la aprobación por el individuo implicado. Para no constatar la existencia de un trabajo obligatorio se requiere que la voluntad libre de realización de la obra o servicio se mantenga durante todo el tiempo en que se encuentre vivo el vínculo, es decir, que si tanto al inicio como en el desarrollo se pierde dicho consentimiento la calificación debiera ser la de

[11] En este sentido se manifiesta Arenas Ramiro, M, en "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y prohibición de trabajos forzosos: como proteger los derechos sociales", Estudios Latinoa, núm. 6, Vol II, 2018, p. 73.

[12] Señala García Sedano, T, que "la valoración subjetiva de la amenaza será particularmente relevante cuando la persona víctima del trabajo forzado sea una persona vulnerable por ser menor de edad o discapacitado o haya sido vulnerabilizada por ser mujer o por ser extranjera en situación administrativa irregular", en "El concepto de trabajo forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 6, núm. 4, 2018, p. 177.

[13] Tal y como se indica en el "El costo de la coacción" Informe I (B) Conferencia Internacional del Trabajo 98ª Reunión. OIT 2009, p. 7. Vid. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106269.pdf

forzoso. En este sentido, se pueden encontrar labores en las que inicialmente se presta el consentimiento pero, durante su transcurso, se carece de libertad para rescindir la misma como consecuencia de actuaciones que supongan amenazas, coacciones, uso de la fuerza contra las personas o de libre movimiento entre otras. Por tanto, la voluntariedad "es un requisito determinante para poder afirmar la existencia conforme a derecho de una relación jurídico laboral"[14], por lo que su ausencia desemboca, irremediablemente, en una exclusión de este tipo de relación.

Directamente relacionado con lo anterior podemos encontrar situaciones en las que la carencia de información, o más específicamente actuaciones dolosas o fraudulentas sobre la labor a desempeñar, supongan un engaño que desemboque en escenarios en los que la prestación se inicia a través de un consentimiento viciado del que pueda derivar, posteriormente, la no libre extinción de la relación. En este sentido, "el mero hecho de tener un contrato laboral o deber cumplir una obligación legal no implica realizar cualquier tipo de actividad, máxime si la misma deriva en realidad de amenazas o sanciones, pues esto acaba provocando, la involuntariedad de la acción"[15]. Sin embargo, no parece encuadrable dentro del concepto en análisis aquellas actuaciones que supongan una infracción de la normativa estatal que pudiera ser subsumible como infracción laboral y que fuesen calificadas como "abuso empresarial o ejercicio irregular de sus facultades directivas, tutelable dentro del marco contractual por la jurisdicción laboral"[16].

En el apartado segundo de este artículo 2 del convenio número 29 se realiza una identificación de trabajos que no son calificados como forzosos u obligatorios y, consecuentemente, no quedan adscritos a tal calificación[17]. Específicamente las actividades que se exijan "en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar", no tendrán tal consideración, aunque sí aquellas otras que aún bajo una cobertura militar vayan destinadas a la realización forzosa de obras públicas o privadas. Junto a ellas, carecen del calificativo de obligatorias las que formen parte de "las obligaciones cívicas normales de los

[14] Rojo Torrecilla, E., "Nueva esclavitud y trabajo forzoso. Un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral" en AA.VV. (Pérez Alonso. E. Coord.) *El Derecho ante las nuevas formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 740.

[15] Arenas Ramiro, M, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y prohibición de trabajos forzosos: como proteger los derechos sociales", op. cit., p. 74.

[16] Como reseña Rivas Vallejo, P., "Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los Tratados Internacionales", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, núm. 2, 2021, p. 112.

[17] Resulta relevante como el Convenio de Roma para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, aun no recogiendo una definición de trabajo forzoso, sí incluye una relación de labores que no tienen la calificación de tal muy similar a la recopilada en el Convenio número 29 de la OIT. Sobre la significación de cada una de estas excepciones puede consultarse a López Rodríguez, J., "Trabajo forzado u obligatorio: el significado contemporáneo de un viejo fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 48, 2018. p. 393 y ss.

ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo". En este caso la exclusión se presenta de una forma genérica, poco precisa. A título ejemplificativo podrían incorporarse aquellas derivadas de la obligación de formar parte de un jurado o el deber de asistir a una persona en peligro. Tampoco se considera trabajo forzado los servicios que se exijan "a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado". Las limitaciones que se establecen aquí para excepcionar la consideración de trabajo forzoso se basan en una previa actuación judicial sancionatoria y en la imposibilidad de que una empresa privada obtenga beneficios por el trabajo, ya que el mismo debe repercutir directamente en el interés general.

Sigue enumerando este convenio, como exclusiones a la consideración de trabajo forzoso, las actividades desarrolladas y exigidas en "casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población". Así, la excepcionalidad de estas circunstancias sólo será aplicable a los trabajos que estrictamente se requieran para combatir los efectos que de estos escenarios se puedan deducir como serias amenazas para la población y, exclusivamente, durante el tiempo necesario. Asimismo, tampoco tendrán esa consideración "los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos". La identificación de esta salvedad se relaciona, directamente, con actividades de escasa importancia y duración que no interfieran en el empleo regular de servicios y que sean efectuados por y para la propia comunidad beneficiada[18].

1.3. La complementariedad del convenio 105 de la OIT

Junto con el Convenio número 29 de la OIT identificador del concepto, el número 105 complementa su contenido indicando una serie de actuaciones prohibidas que dan lugar a la consideración de trabajo forzoso a la vez que resultan ser contrarias a otros derechos laborales que se consignan como fundamentales

[18] Criterios específicos y supuestos aplicables a estas excepciones se pueden consultar en "Erradicar el trabajo forzoso" Informe III (Parte I B) Conferencia Internacional del Trabajo 96ª Reunión. OIT, 2007 p. 22 y ss.

dentro del desarrollo de la actividad laboral. Específicamente, en su artículo 1 se enumera la proscripción de actuaciones que impliquen la realización de trabajos forzoso u obligatorios como son las utilizadas como "medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido", lo que supone una fórmula de sanción derivada de conductas que se entienden no amparadas por el ejercicio de la libertad de expresión en contextos donde ese libre ejercicio se encuentra muy limitado. También resulta prohibida la "movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico", basadas esencialmente en una forma productiva de desarrollo a través, entre otras fórmulas, de reclutamiento de trabajadores por medio de ciertas formas directas o indirectas de coerción. Asimismo, el uso del trabajo como medida disciplinaria tiene la consideración de forzoso cuando posea un perfil de carácter general (es decir aplicables a todos los trabajadores) o bien a determinadas categorías derivadas del tipo de la actividad. Esta prohibición se amplía también a los casos en los que se utiliza como "castigo por haber participado en huelgas", lo que conlleva la imposibilidad de que se puedan imponer sanciones civiles, penales o disciplinarias que impliquen la imposición de trabajar involuntariamente. Por último, este convenio introduce la utilización del trabajo como "medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa", suponiendo una prohibición de distinción discriminatoria fundada en estos criterios.

Puede comprobarse como en la aplicación de estos convenios, se produce una articulación de normas de la que deriva, no sólo la conceptuación del trabajo forzoso, sino también la identificación de situaciones que quedan excluidas de dicha definición y a las que se añade una individualización de conductas proscritas al resultar contrarias a la prohibición. No obstante, y pese a la extensa labor normativa y a la profusa actuación de los trabajos efectuados por la Comisión de expertos de la OIT –que resulta aclaratoria de las nociones empleadas y ejemplificativa de situaciones–, el hecho es que aún existen supuestos que en la práctica presentan dudas acerca de su calificación como trabajo forzado. Para su resolución devine la necesaria intervención de diferentes tribunales (sobre la base de una normativa y ámbito de actuación diferenciado) que, mayoritariamente, se nutren de las referencias anteriormente vistas de la OIT y que se han convertido en un cierto acervo internacional de común aplicación, a partir del cual se resuelven estas situaciones prácticas específicas.

Precisamente, desde la propia OIT se detectaron una serie de brechas en cuanto a la aplicación de estos convenios que en cierta medida se intentaron subsanar por medio del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre trabajo forzoso (1930) y la Recomendación (número 203) sobre el trabajo forzoso –medidas complementarias–. Estos instrumentos, que mantienen el concepto original, se dirigen fundamentalmente a adoptar medidas de prevención y protección, y emprender acciones jurídicas y de reparación para dar cumplimiento a la obligación

del Convenio de poner fin al trabajo forzoso, así como para establecer orientaciones prácticas no vinculantes (recomendaciones) relativas a medidas encaminadas a fortalecer la legislación y la política nacional sobre el trabajo forzoso.

Como puede apreciarse, el concepto de trabajo forzoso u obligatorio no ha permanecido invariable durante el transcurso del tiempo, sino que, por el contrario, resulta adaptable a las nuevas situaciones que van evolucionando. La propia dinámica histórica provoca la ampliación a supuestos que antes no eran reconocibles dentro de esta definición y produce una amplificación de sus contornos. Partiendo de una definición, que pronto tendrá casi un siglo de existencia, su validez se mantiene inalterada, si bien se modula para su adaptación a dinámicas que, originariamente, no eran contempladas dada su inexistencia. Así, la variabilidad y mutabilidad de las situaciones recogidas deviene de interpretaciones realizadas por diferentes órganos a partir de los cuales se produce una cierta retroalimentación de circunstancias que generan un concepto vivo, flexible y adaptativo a diferentes periodos históricos.

1.4. Aproximación a otros conceptos vinculados

Como hemos indicado anteriormente, pese a la existencia de una multitud de normativa internacional que prohíbe los trabajos forzosos, es el convenio número 29 de la OIT el que realiza una definición de este tipo de trabajo que viene siendo la comúnmente aceptada en el plano internacional. No obstante, con la existencia de diferentes puntos de vista garantizadores de derechos que inciden en la protección humana, se hace hincapié en perspectivas diferenciadas pero que, a la vez, resultan en ocasiones conexas, aunque no totalmente equiparables en su conjunto. Ello hace que deban efectuarse ciertas precisiones a la hora de distinguir la protección otorgada en dicha normativa, así como la amplitud de prohibición de determinadas conductas.

La utilización cada vez más empleada de "esclavitud moderna" o "formas contemporáneas de esclavitud" hace referencia a supuestos que engloban un conjunto de situaciones a erradicar que, entre otras incluye, junto al trabajo forzoso, la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el trabajo infantil en condiciones de esclavitud o análogas a ésta, la servidumbre doméstica, la esclavitud sexual y los matrimonios serviles[19]. Se trata de una noción que no se encuentra tasada normativamente pero que "se utiliza como un término general que centra la atención en los puntos en común entre estos conceptos legales"[20],

[19] Sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en estas materias puede consultarse los informes de la relatoría de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de esclavitud. Vid. https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-slavery

[20] Tal y como se referencia en el Informe "Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage" OIT, Walk Free y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Ginebra, 2022, p. 13, donde se indica también que dicho concepto esencialmente se refiere a situaciones de explotación que una persona no puede negarse o irse debido a amenazas, violencia,

por lo que su identificación concreta se sitúa en términos amplios. Esta conjunción de situaciones diversas compendiadas en una terminología unitaria deviene de la agrupación de realidades referenciadas normativamente en textos diversos. En este sentido, la OIT se centra básicamente en la descripción del trabajo forzoso, "mientras que la esclavitud y la trata resultan regulados por las convenciones de Naciones Unidas[21], así como de otras de ámbito regional"[22]. Consecuentemente, y aunque atiende a circunstancias que requieren protección, reflejan particularidades no sólo desde la perspectiva social y delimitadora de actuaciones específicas, sino también desde una visión normativa. Desde un punto de vista penal, la trata se circunscribe a una de las finalidades del trabajo forzoso[23] otorgándole un plus sobre el mismo[24]. Por su parte, la esclavitud y la servidumbre parecen aportar una modalidad agravada del trabajo forzoso "compartiendo una negación de la capacidad de autodeterminación de la persona proyectada en ciertos ámbitos: en el trabajo forzoso se determina a la persona a trabajar, en la servidumbre, además, a habitar en un sitio; y en la esclavitud, además de lo anterior, se priva totalmente de cualquier esfera de autonomía"[25].

En cualquier caso, y aunque la esclavitud supone un ejercicio de propiedad de la persona y la servidumbre implica la sumisión a un estatus del cual no puede librarse por su voluntad, el trabajo forzoso carece de estas dos perspectivas

coerción, engaño y/o abuso de poder. Vid. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_854733.pdf

[21] El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, comúnmente denominado Protocolo de Palermo, define la trata de personas, en su artículo 3 a,) como "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos".

[22] Tal y como indica Rivas Vallejo, P., citando como ejemplo de ámbito regional europeo (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1956), americano (Convención Americana de Derechos Humanos) o africana (Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos), en "Las fronteras entre los conceptos esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género", op. cit., p. 42.

[23] El Código Penal español establece este delito en el artículo 177 bis.

[24] Rivas Vallejo, P., en "Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los Tratados Internacionales", op. cit., p. 120.

[25] Tal y como expone Valverde Cano, A. B. "Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud" Diario La ley núm. 10272, 2023, p. 3/12 pdf, respecto al anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos.

ciñéndose a la obligación de trabajar, sin haberse ofrecido voluntariamente, bajo amenaza de cualquier pena[26].

De otro lado, la explotación laboral ofrece otra significación diferente, en tanto se circunscribe a situaciones en las que se produce un incumplimiento de la normativa laboral respecto a determinadas condiciones de trabajo, pero no tiene por qué ir indefectiblemente unida a la involuntariedad en la prestación del servicio, sino más bien con el uso irregular de las facultades de dirección empresarial[27].

Como se puede observar, existen distintos conceptos que se encuentran interrelacionados y poseen notas comunes y también diferenciales en función de la perspectiva social y normativa a la que se atienda. La amplitud definitoria sobre la que se asienta la noción ofrecida por la OIT creemos que tiende a compendiar un conjunto de situaciones sobre las que se deben articular mecanismos de variable calado y con puntos de vista diferenciados dirigidos a ofrecer una perspectiva correctiva derivada de las facultades sancionadoras del órgano competente. Esas sanciones son consecuencia del propio instrumento empleado y de las facultades que el órgano nacional o internacional tenga asignadas y que, sobre esa base conceptual amplia, permite especificidades nominativas y particularizadas sobre diferentes variables insertas en el trabajo forzoso.

2. LA MULTIPLICIDAD INSTRUMENTAL PARA SU ERRADICACIÓN

Una vez reseñados los parámetros identificadores del concepto se deben considerar los instrumentos empleados para su erradicación. Las estrategias utilizadas, a pesar de que tengan por finalidad ultima la eliminación del problema, presentan una disparidad enorme que deviene de múltiples factores. Partiendo del carácter "frágil"[28] del Derecho Internacional sin una normativa manifiestamente coercitiva y aplicable globalmente, los mecanismos tendentes a su abolición se han desarrollado profusamente en función de criterios diferenciados. El sujeto impulsor, el ámbito territorial de aplicación, el entorno subjetivo implicado, los mecanismos disuasorios, el grado de coercibilidad de las medidas, el sector de actividad implicado, etc., son variables que permiten realizar diferentes clasificaciones perfectamente plausibles para sistematizar las distintas fórmulas que se dirigen a su proscripción.

[26] Como manifiesta Lousada Arochena, J. F., "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT", op. cit., p. 164.

[27] Rivas Vallejo, P., en "Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los Tratados Internacionales", op. cit., p. 124.

[28] Sobre todo con "el actual cuestionamiento del multilateralismo", tal y como indica Servais, J. M., en "La OIT y la gobernanza del trabajo en las empresas multinacionales", en AA.VV. (Dir. Sanguineti Raymond, W.,) *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Univ. Salamanca, 2021, p. 73.

Desde nuestra perspectiva, y antes de evaluar la multiplicidad de medidas propuestas[29], hay que tener presente como su efectividad posee matices derivados del propio instrumento empleado, así como del grado de sujeción de los agentes implicados, dado que estas variables resultan muy significativas a la hora de valorar la eficacia.

2.1. La perspectiva nacional como elemento clásico de sanción

Partiendo de instrumentos tradicionales, la norma estatal se manifiesta como el mecanismo usualmente empleado para regular, dentro de las fronteras de un país, determinados comportamientos sociales. En nuestro ordenamiento jurídico la respuesta ante la necesaria abolición del trabajo forzoso se ha manifestado de una forma multifocal dada la diversidad de perspectivas y cauces de actuación. El problema de partida se origina a consecuencia de las múltiples conductas que se incluyen dentro del concepto de trabajo forzoso. Pese a la aceptación de la definición de la OIT, la traslación específica de comportamientos sujetos a sanción es muy extensa –en ocasiones de compleja adaptación objetiva– y, a su vez, encuadrable en las diferentes ramas en las que se subdivide la legislación. Estas circunstancias hacen que no podamos hablar de un conjunto homogéneo y unificado de disposiciones que abarquen la totalidad de las variables que conforman este amplio concepto.

No obstante, las actuaciones normativas se han diseñado tanto en el plano laboral como, muy especialmente desde una perspectiva penal, donde se hace hincapié en la punición de estas conductas, de carácter claramente agravado, y que quedan al amparo de esta rama del ordenamiento. Con la ratificación por España en 2017 del Protocolo de la OIT de 2014, y su entrada en vigor durante 2018, el Estado se obligaba a sancionar el trabajo forzoso y a su vez la protección a sus víctimas. Sin embargo, la específica protección de la materia no se vio materializada en una concreta actuación legislativa que comprendiese la totalidad de los compromisos adquiridos con la ratificación antes reseñada. No obstante, se avanzó mediante la elaboración en 2022 del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas[30]. Pero la concreción del Plan se ve mediatizada por la, en ocasiones, difícil separación de los ámbitos laboral y penal.

En una primera aproximación parecería que el ámbito laboral debiera circunscribirse al tratamiento de aquellas cuestiones relativas a un trabajo no

[29] Calificada por Sanguineti Raymond, W., como "categoría jurídica emergente en el espacio global en la que se dan cabida todas las medidas de protección de los trabajadores", en *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, Aranzadi, 2022, p. 119.

[30] Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021. BOE de 24 de diciembre de 2021.

voluntario efectuado bajo amenaza con un objeto lícito y recogido por la legislación laboral. Por su lado, el ámbito penal se centraría en actividades humanas forzadas en las que el objeto es alegal o ilícito y son utilizadas en beneficio de terceros. Sobre la base de esta idea quedaría perfectamente identificadas ambas visiones y estructurados los ámbitos aplicativos, e incluso orgánicos, en donde la actuación de la Inspección de Trabajo y los órganos judiciales diferenciarían sus cometidos.

Sin embargo, esta visión adolece de una amplitud suficiente ya que otros factores aparecen de forma sustancial a la hora de valorar esta segregación por ramas del ordenamiento. Uno de ellos, sobre el que queremos prestar una mayor atención, es la confusión terminológica entre el trabajo forzoso y la explotación laboral. Aunque este último concepto no se encuentra específicamente en nuestra legislación, sí ha sido empleado en numerosas ocasiones por parte de la doctrina y la judicatura como base de un conglomerado de actuaciones reprochables en las que encuadrar situaciones diferenciables. Éstas comprenden una multiplicidad de supuestos (incluso se ha llegado a incluir el trabajo forzoso como parte de la explotación laboral) que poseen una gravedad dispar y merecedora de una respuesta normativa acorde a la proporcionalidad de la conducta. Pero, no todo comportamiento contrario a las disposiciones laborales son objeto de sanción por este sector, ya que determinadas situaciones van más allá del mismo, al afectar a la propia dignidad de la persona y a sus derechos como humano, lo que debiera derivar en un agravamiento de la sanción hacia castigos privativos de libertad.

El Código Penal no indica un tipo específico para el trabajo forzoso sino que acumula, en el Libro II del Título XV de su texto, un conjunto de supuestos de explotación agravados respecto al ámbito laboral. Ello induce a confusión terminológica cuando, realmente, la obligación derivada de la ratificación del Protocolo de 2014 especificaba la concreción de un tipo concreto, tal y como lo han realizado otros países de nuestro entorno. Tan sólo en el artículo 177 bis se recoge como una de las finalidades la trata, pero no como un delito autónomo. Incluso se perdió la oportunidad de proceder a tal mandato con la reforma del artículo 311 producida por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre que incorpora un nuevo ordinal segundo y que podía haber sido aprovechada a tal fin[31].

Consecuentemente con lo anterior, desde nuestra perspectiva habría que reseñar que sería la normativa penal la encargada de sancionar aquellas conductas consideradas como trabajo forzoso desde la óptica definitoria de la OIT, sin perjuicio del necesario establecimiento de un tipo concreto esclarecedor de una voluntad clara e inequívoca de proscripción de esta actividad en nuestro país. Con ello no sólo se conseguiría tal fin sino también proceder a una separación nítida entre este tipo de trabajo y las actuaciones de explotación laboral agravada (propias

[31] Caso distinto son las actividades humanas forzadas derivadas de la explotación sexual que sí han recibido una amplia atención dentro del Código Penal.

del derecho penal) de otras que carecen de tal adjetivo y que conformarían en ámbito sancionador laboral. Ello, a su vez, también permitiría en el ámbito judicial un tratamiento diferenciado entre las distintas jurisdicciones.

Actualmente en nuestro país, el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos[32] persigue, entre otras muchas finalidades, establecer una identificación concisa de lo que se considera trabajo forzoso en orden a cumplir, de manera efectiva, las obligaciones derivadas de la ratificación de acuerdos internacionales. Específicamente, se propone la inclusión de un nuevo artículo 177 ter en el Código Penal en el que se configura, como autor del delito de trabajos o servicios forzosos quien, "ejerciendo sobre una persona un poder de disposición o control, y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la obligue a realizar cualquier trabajo o servicio, incluyendo prestaciones o actividades de naturaleza sexual, la mendicidad y la realización de actividades delictivas".

En una primera aproximación resulta destacable la utilización de expresiones diferenciadas de "trabajos" y "servicios", aunque ambas sean inclusivas del delito tipificado. La distinción nos parece acertada desde la perspectiva laboral entendiendo que, si se emplea una visión estricta, la ausencia de voluntariedad -característica de esta actividad-, podría hacer pensar que no nos encontramos ante un trabajador/trabajo en los términos que explicita el artículo 1.1 ET, si bien desde una perspectiva amplia no cabría ninguna duda de su inclusión. No obstante, al añadir el término "servicios" se engloban la totalidad de prestaciones efectuadas y, consecuentemente, carece de sentido la posible exclusión personal.

Junto con esta identificación, el proyecto normativo realiza también una definición de lo que se considera como servidumbre, entendida como tipo agravado y conexo con el anterior al especificar que, mediante los procedimientos empleados en el trabajo forzoso "determine a una persona a habitar en un lugar, o restrinja su libertad de movimientos, manteniéndola en un estado de dependencia y sometimiento respecto de quien la obliga a realizar trabajos o servicios". Asimismo, el tercer elemento incluido en el precepto por aprobar refleja otra conducta sancionada: la esclavitud. Sobre la base de los tipos anteriormente descritos se añade un plus en la actuación del infractor al reseñar que, se "someta o mantenga a una persona en una situación de absoluta disponibilidad sobre ella y sus esferas de

[32] Vid.https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20Trata%20TAIP.pdf

libertad personal"[33], lo que le confiere una pena aumentada sobre las anteriormente explicitadas[34].

También hay que tener en consideración como el anteproyecto modifica el artículo anterior, 177 bis, relativo a la trata de seres humanos, directamente vinculado al trabajo forzoso en determinados supuestos. Específicamente se recoge como autor de este delito a quien emplee violencia, intimidación o engaño "o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la capte, traslade, acoja, entregue o transfiera el control sobre la víctima, con la finalidad de someterla a explotación", identificando posteriormente una serie de conductas que por su objetivos supongan "la imposición de esclavitud, de servidumbre, o de trabajos o servicios forzados, incluyendo la mendicidad y la realización de actividades delictivas" o "la explotación sexual"[35]. Este precepto delimita lo que se entiende como situación de necesidad o vulnerabilidad, que hace que sea objeto de este delito al indicarse que dicha persona no tenga otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Incluso va más allá y quizá, dada la extremadamente precaria situación, determina que el consentimiento de la víctima de la trata será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios mencionados y, consecuentemente, no será tenido en cuenta a efectos de considerar voluntaria su conducta.

Así, la futura regulación adopta un enfoque no sólo apropiado a los compromisos internacionales asumidos, sino que también recogerá una adaptación regulatoria comprensiva de los elementos definitorios propuestos por la OIT. A su vez, se presenta como un texto que acumula en sus postulados las diferentes formas de concepción evolutiva del trabajo forzoso y que han sido reflejadas por distintos tribunales internacionales en sus sentencias aplicativas a casos concretos en directa relación con la protección de derechos humanos[36].

[33] Villacampa Estiarte, C., considera que esta definición "resulta un tanto indeterminada y puede entrañar el riesgo de interpretaciones extensivas" por lo que propone que se "identifique con el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercen todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, aunque sea *de facto*", "Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos", Diario la Ley, 10267, 2023, p. 10/11 pdf

[34] Como señala Valverde Cano, A.B., "el trabajo forzoso es el tipo básico, y la servidumbre y la esclavitud, modalidades agravadas" compartiendo "la negación de la capacidad de autodeterminación de la persona proyectada en ciertos ámbitos: en el trabajo forzoso se determina a la víctima a trabajar; en la servidumbre, además, a habitar en un sitio; y en la esclavitud; además de lo anterior, se le priva totalmente de cualquier esfera de autonomía", en "Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud", op. cit., p. 3/12 pdf

[35] La celebración de matrimonios o uniones de hecho forzadas, conforme a cualquier rito, recogido en el apartado d) de este proyecto, ha sido tratado junto con el trabajo forzoso en el informe de la OIT de 2021 titulado "Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso" https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_854733.pdf

[36] Precisamente uno de los objetivos de que se exponen en el Anteproyecto es huir de fórmulas casuísticas, que desde nuestra perspectiva provocan una mayor complejidad e indeterminación,

2.2. Instrumentos específicos de intervención empresarial

Como hemos visto, el tratamiento del trabajo forzoso presenta numerosas aristas y mecanismos de diferente índole que, aun teniendo un objetivo común su erradicación, poseen disimilitudes no sólo en cuanto a la estrategia, sino también a los sujetos implicados en su elaboración. Se ha señalado que, al tratarse problema que afecta al ámbito nacional e internacional, los instrumentos creados optan por la utilización de diferentes medidas que combinan tratamientos dispares desde ópticas, no sólo laborales o penales, sino también educativas, culturales, sociales, sanitarias, etc.

Sin embargo, existe un ámbito particularizado donde se manifiesta de una forma relevante esta práctica y que merece una atención detallada por su especial presencia y por su relevante incidencia numérica: la empresa[37].

Aunque nada obsta a la aplicación de la ley nacional en el domicilio en el que se encuentra radicado el centro de trabajo y, consecuentemente, la ordenación normativa estatal del país determinado, el hecho es que, cada vez más, la producción de bienes está diseminada mundialmente y su elaboración diversificada en diferentes naciones como resultado de la globalización. Así, la creación de consumibles en muchas ocasiones no puede ser definida en una ubicación concreta, sino que deriva de un proceso en los que intervienen numerosos factores productivos incardinados en diferentes lugares. Las cadenas mundiales de suministro ocupan un papel destacado al ser un elemento primordial en la colocación de bienes en el mercado. Los diferentes eslabones que la integran aparecen configurados como núcleos productivos que, en ocasiones, gozan de gran autonomía, a partir de los cuales se genera escalonadamente la mercancía final. Pero a su vez, las distintas empresas que las constituyen pueden ser núcleos de prácticas contrarias a unas mínimas condiciones laborales incluso nichos de trabajo obligatorio. La responsabilidad social empresarial juega un importante papel determinando comportamientos que se asumen en diferentes fórmulas y que pueden llegar a ser obligatorios en función del instrumento que se emplee. En este sentido, las empresas multinacionales pueden configurarse como "una estructura particularmente idónea para la construcción, precisamente a partir de esa articulación, de procesos normativos globales, capaces de proyectar la aplicación de esa base común de protección a todos los trabajadores"[38].

a la vez que se refleja la doctrina "viva" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los elementos esenciales de las prácticas de esclavitud moderna.

[37] Señalaba Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M, como "la experiencia actual muestra que la mayor parte de los peligros contra la libertad de trabajo no proviene de imposiciones de los poderes públicos, como figuraba en el trasfondo de los Convenios núm. 29 y núm. 105, sino de las economías privadas", en "La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso", Relaciones Laborales, núm. 1, 2001, laleydigital p. 10/11.

[38] Sanguineti Raymond, W., "Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras", en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 43.

2.2.1. El papel de la responsabilidad social empresarial

Partiendo de la base de que los compromisos asumidos por la empresa son voluntarios –sin perjuicio de las obligaciones legales que las propias leyes nacionales puedan establecer[39]–, su inclusión como mecanismos de control se encuentra muy diversificado por las diferentes fórmulas de exigencia, de contenidos, de extensión, etc., que se manifiestan en sus textos Estas y otras variables hacen que la multiplicidad de criterios ordenadores de estos instrumentos sea muy extensas. A título ejemplificativo, y acudiendo a los sujetos firmantes, podemos ver como los mismos pueden ser individuales, bilaterales o multilaterales y consecuentemente, afectar a una única empresa, o a varias dependiendo del sector, de uno o diferentes países, de la cadena de suministro de la cual formen parte o, incluso, de sectores o cadenas diferenciadas. Pero también otra variable a considerar es quien realiza el control de lo manifestado, ya que este puede quedar fiscalizado bien solo por la empresa, por los firmantes o por un tercero ajeno a los mismos.

Manteniendo una perspectiva empresarial, como centro de imputación de responsabilidades y exigencias de estos instrumentos, muchos de ellos han sido calificados de *soft law,* en tanto que se trata de acuerdos, declaraciones o principios que no resultan vinculantes sino meramente expresivos de intenciones más que obligaciones jurídicamente exigibles. Sin embargo, no se puede extrapolar tal afirmación de forma conjunta ya que cada uno posee fórmulas que, en atención a lo acordado, pueden tener repercusiones que supongan la exigibilidad de cambio de procesos, indemnizaciones u otras penalizaciones si se valida el incumplimiento expresado en el acuerdo.

Si bien la perspectiva unilateral, particularmente reflejada a través de los códigos de conducta, se ha manifestado tradicionalmente como una vía orientada al respeto de determinados comportamientos, confeccionada y evaluada en el seno de una empresa, cada vez resultan más visibles códigos en los que las obligaciones se extienden a proveedores y contratistas de primer nivel dentro de las cadenas mundiales de valor[40], sobre todo cuando estamos en presencia de grandes empresas multinacionales. Esa intervención supone un cierto control de los eslabones que conforman el sistema productivo que interrelacionan las compañías que elaboran el producto. La traslación de obligaciones, no sólo en su seno sino también a otras

[39] No obstante, como señala Lantarón Barquín, D., "los Estados se inspiran en instrumentos internacionales de *soft law* pero mantienen en su intención normativa la naturaleza propia de la legislación positiva pública, de *hard law*, orientándola hacia las empresas multinacionales" en "La tutela de los derechos humanos en las cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales" Trabajo y Derecho, monográfico 14, 2021.

[40] Sobre el particular puede consultarse a Morato García, R. M., "Los códigos de conducta para socios comerciales y su contribución a la mejora global de las condiciones laborales", en AA.VV., (Dirs. Sanguineti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B) *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Aranzadi, 2022, p.355 y ss.

empresas implica que, aunque el control se realice por mecanismos internos[41], se extienda a más miembros de la cadena de valor.

Pero la existencia de una contraparte que permita verificar lo acordado ofrece un plus de comprobación y exigibilidad del contenido del pacto. Además, y aunque nos movemos en el terreno de la voluntariedad en cuanto a su suscripción, el hecho de que exista un compromiso de cumplimiento hace que la bilateralidad o multilateralidad ofrezca mayores garantías de observancia de las obligaciones asumidas.

El ejemplo característico de acuerdos bilaterales suscritos por empresas, que suelen tener un perfil transnacional, nos lo encontramos con los Acuerdos Marco Internacionales (AMI). Estos son identificados como instrumentos negociados entre una empresa multinacional y sindicatos mundiales, que tienen por finalidad establecer unos estándares mínimos de condiciones básicamente laborales, en virtud de los cuales las partes signatarias se comprometen a hacerlos cumplir en todos los países en los que opera e, incluso, en empresas subcontratadas o proveedoras[42].

De su caracterización podemos observar varios elementos significativos. De un lado, materialmente se confeccionan, en su mayoría, sobre la base del respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT y, por tanto, incluyen la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, lo que constituye un factor identitario de una relación para ser calificada como laboral. La negociación entre la empresa transnacional y sindicatos mundiales permite una mayor concreción de las condiciones en las que se va a desempeñar la actividad productiva, partiendo de unas bases mínimas que deben respetarse, tanto en el seno de la actividad directa que pudiera desempeñar la empresa, como también en la propia cadena de valor que genera el producto final. Desde esta perspectiva, el conocimiento de la trazabilidad de los bienes en sus distintas fases permite el control de que los diferentes proveedores respetan lo pactado en el acuerdo en función de una serie de criterios de supervisión que devienen del texto consensuado. La participación sindical en el mismo otorga un plus, no sólo de conocimiento de cómo se desarrolla la actividad productiva y en qué centros se produce, sino que también, su labor fiscalizadora, posibilita la identificación de desviaciones que pueden requerir una corrección. Asimismo, y aunque la variabilidad de los textos es muy vasta, las medidas adoptadas oscilan entre la identificación de la situación y valoración de pautas rectificadoras de procesos hasta sanciones que pueden conllevar la expulsión de la empresa de la cadena de valor o indemnizaciones a

[41] Con la referencia a mecanismos internos queremos indicar que los mismos son autoimpuestos por la propia entidad matriz sin que ello implique que no se puedan realizar auditorías externas que verifiquen el cumplimiento del código de conducta.

[42] Soler Arrebola, J.A., "Nuevas tendencias de los acuerdos marco internacionales: el Acuerdo sobre prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh". Trabajo y Derecho, núm. 1. Extra, 2015, p. 3/18 pdf

los sujetos afectados, sin perjuicio de que en algunos textos se posibilite acudir a tribunales arbitrales o incluso de justicia.

Por tanto, desde esta perspectiva bilateral por vía del acuerdo se instauran mecanismos que afectan a la empresa en el cumplimiento de derechos básicos consensuados y que se encuentran referenciados dentro de una normativa internacional. La participación sindical en el pacto confiere un enfoque que actúa de contrapeso a posibles decisiones que contravengan esos mínimos laborales y, además, al tener un carácter de federación mundial, le otorga una mayor significación a la hora de la redacción del texto que si fuese un sindicato local[43] más focalizado y con menor cobertura general que los de ámbito superior. Así, los AMI, desde una perspectiva privada, ofrecen un elemento más de protección frente al trabajo forzoso. También resulta reseñable que, aunque estos instrumentos posean un grado de exigibilidad variable en función del compromiso de las partes, ello no significa que desde esa vía consensuada (en contraposición del clásico poder público punitivo estatal) no puedan establecer medidas que coadyuvan a la erradicación del trabajo forzado. Además, este instrumento supone la expansión transfronteriza de derechos internacionalmente recogidos desde un punto de vista concreto, la empresa, en la que se pueden manifestar estos comportamientos.

Un acuerdo que sigue siendo referencia por su relevancia y que se encuentra a medio camino entre los AMI y los que tienen un carácter estrictamente multilateral es el denominado Acuerdo Internacional para la salud y la seguridad en la industria textil y de la confección de Bangladesh en sus diferentes versiones desde 2013 hasta la fecha[44] con la inclusión de su extensión a Pakistán en 2023[45]. Suscrito por diferentes marcas y sindicatos mundiales y esencialmente referenciado hacia la protección de las fábricas ubicadas en estas localizaciones, su trascendencia viene reflejada por la condición vinculante de sus contenidos lo que le otorga un carácter diferencial derivado de la exigibilidad de sus compromisos. Aunque inicialmente podíamos considerar que por la propia materia objeto de protección no estaría vinculada a la erradicación del trabajo forzoso, no podemos olvidar que la participación y actuación de los sujetos implicados, y especialmente, la actividad sindical en el seno de las empresas suscriptoras, posee un papel relevante en la protección de los mínimos derechos laborales que, evidentemente, incluye la libertad en el trabajo. Así, por vía indirecta este derecho va a quedar garantizado como consecuencia de la incompatibilidad de la realización de un trabajo que carezca de la condición de voluntariedad como mínimo exigible dentro de cualquier relación laboral.

[43] Sin perjuicio de que a través de las propias estructuras sindicales locales añadan particularizaciones dado su mayor conocimiento específico de cómo funcionan los centros de producción concretos en ubicaciones determinadas.

[44] https://bangladeshaccord.org/

[45] https://internationalaccord.org/countries/pakistan/

Pero también otros instrumentos se han focalizado en erradicar el trabajo forzoso teniendo como centro de actuación la empresa desde parámetros centrados en ámbitos específicos del sistema productivo o desde perspectivas intersectoriales más genéricas, donde la variabilidad de los sujetos impulsores hace que su tratamiento sea diferenciado como consecuencia de las diferentes perspectivas de enfoque y de las medidas singulares utilizadas.

Dentro del ámbito intersectorial –por tanto, relativos a diferentes sectores de actividad indiferenciados– se han propuesto múltiples formas de actuación que tienen como objetivo la mejora de condiciones de trabajo basándose, inicialmente, en el respeto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT del que forma parte la eliminación del trabajo forzoso. Subjetivamente, los impulsores e intervinientes en estos instrumentos son variables ya que, organismos internacionales (donde la OIT participa en iniciativas de mayor relevancia), gobiernos, empresas, sindicatos, ONG´s o la propia sociedad civil pueden ser corredactores de estos textos[46]. De forma genérica se observa como su ámbito de aplicación puede ser regional o aplicable de forma global. Las fórmulas protectoras de derechos se suelen basar en evaluaciones periódicas que controlan el nivel de cumplimiento del acuerdo mediante auditorías a partir de las cuales se comprueban los compromisos adquiridos que, en caso de inobservancia, pueden ser objeto de advertencias o sanciones[47]. Estas últimas son de diferente índole, como la no financiación, la exclusión de una empresa del acuerdo o la publicidad del incumplimiento con el daño reputacional que ello supone en la opinión pública. Pero, a su vez, un elemento clave de estos instrumentos es la puesta en conocimiento a la autoridad laboral de aquellas materias que contravengan la legislación estatal del país en la que se ubique. Este método posibilita que, en materia de trabajo forzoso, se realice una comunicación entre los órganos de control con quienes tengan potestades sancionadoras locales. De forma indirecta y mediante controles privados se facilita el conocimiento por la inspección de trabajo de nichos de actividades obligatorias que, en ocasiones, resulta de difícil comprobación por parte de dicha autoridad. Como se observa se produce una interrelación entre la norma privada pactada, procedente de la responsabilidad social corporativa, con otra heterónoma que posibilita unas consecuencias sancionadoras más relevantes tanto desde la perspectiva laboral como penal. Se genera así, como más tarde veremos,

[46] Subrayan Busse, M. y Braun, S., que cuantas "más organizaciones de las Naciones Unidas, entidades regionales y bancos de desarrollo participen en estos programas, mayores serán las perspectivas de éxito", en "Valoración empírica de los efectos del trabajo forzoso en el comercio", Revista Internacional del Trabajo, vol. 122, 2003, núm.1. p. 74.

[47] Dentro de la multitud de pactos dentro de esta tipología queremos destacar por su significación los promovidos por la OIT como Better Work (afecta a más de 1700 fábricas y 2,4 millones de personas) Vid. https://betterwork.org/?lang=es o la Alianza 8.7 específicamente diseñada para erradicar el trabajo forzoso, esclavitud moderna, trata de personas y trabajo infantil. Vid. https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/latest/WCMS_525524/lang--es/index.htm o *Call to Action*, Vid. https://www.ilo.org/digitalguides/en-gb/story/globalcall#intro

una relación multinivel entre diferentes fuentes de obligaciones que participan, de manera diversa pero interrelacionada en la consecución de los objetivos a los que van dirigidas.

Respecto de las iniciativas sectoriales, su estructura, aunque también diversa subjetivamente, suele estar compuesta por un elemento imprescindible como es el sindicato mundial participante en el sector concreto dada su posición significativa en el conocimiento y evaluación de la rama de actividad. Al igual que en las anteriores, los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT forman parte inicial de su contenido básico y resultan ser la piedra angular sobre la que se desarrollan las ulteriores obligaciones que las partes asumen. Pero la característica fundamental de estos acuerdos reside en que, al ser referenciados a una rama de actividad, las medidas adoptadas son específicamente diseñadas e implementadas para las concretas especificidades del sector. Así, el mayor conocimiento de la estructura de la cadena de suministro permite fiscalizar en mayor medida donde se pueden producir vulneraciones de derechos y, concretamente, delimitar los espacios de trabajo forzosos sobre la base de un control y, sobre todo, de trazabilidad de los eslabones que componen la cadena de valor. Precisamente, dado el carácter transnacional del problema analizado, muchas de estas actuaciones sectoriales se han producido y localizado, no sólo en países determinados, sino en regiones concretas. Prueba de ello lo encontramos en instrumentos suscritos en materia de minería, agricultura o moda y textil[48].

Asimismo, dentro de la variabilidad de iniciativas, otras que merecen particular atención y que afectan también al ámbito empresarial, son aquellas participadas o lideradas por órganos gubernamentales. Al margen de la genérica finalidad de observar y garantizar condiciones de trabajo dignas, a su vez se utiliza esta vía para la adquisición de conocimientos sobre la articulación de las cadenas de suministro en el respeto de derechos fundamentales, así como para controlar el funcionamiento de empresas multinacionales de diferentes sectores cuya sede se sitúa en sus fronteras. Junto a ello, y derivado de la adquisición de conocimientos a través de estos instrumentos, esas experiencias prácticas han enriquecido la posterior normativa estatal desarrollada[49] basándose también en el comercio ético[50].

[48] A título ejemplificativo pueden consultarse: ACT (Acción, Colaboración y Transformación) Vid. https://actonlivingwages.com/ , *Asian Floor Wage Alliance* Vid. https://asia.floorwage.org/, *Transparency Pledge*, Vid. https://transparencypledge.org/

[49] Entre otras se puede destacar *Bündnis für nachhaltige textilien*, Vid. https://www.textilbuendnis.com/ o Dutch agreement on sustainable garments and textile, Vid. https://www.imvoconvenanten.nl/en/garments-textile

[50] Como por ejemplo *Etisk Handel Danmark*, vid. https://etiskhandel.dk/ o Etisk Handel Norge https://etiskhandel.no/

Como puede apreciarse de todos estos instrumentos[51], las acciones de erradicación del trabajo forzoso se efectúan también dentro de un plano específicamente empresarial donde las cadenas de suministro[52] y las empresas transnacionales firmantes tienen un papel destacado como elemento propulsor del cumplimiento de derechos laborales. Aunque su efectividad se encuentra condicionada a lo que las partes pacten, el hecho de que se monitoricen sus distintos eslabones y se adopten decisiones que vinculen su permanencia en la cadena de valor al cumplimiento de eliminación del trabajo obligatorio supone una forma que coadyuva a la supresión de estas prácticas.

2.2.2. La multifocalidad de la UE para su erradicación

Al margen de las iniciativas en las que la empresa forma parte de instrumentos pactados y se compromete a asumir voluntariamente procedimientos de eliminación del trabajo forzoso, entre otras obligaciones laborales, otras fórmulas han incidido -o tienen previsión de hacerlo- sobre la base de disposiciones que tanto de forma directa como indirecta prevén mecanismos de supresión de esta actividad.

La empresa y las relaciones comerciales se han configurado en estos últimos años como elementos referenciales de una política comunitaria tendente a garantizar el cumplimiento de derechos humanos laborales. La estrategia de la UE ha utilizado diferentes vías para proscribir actuaciones que impidan que determinados bienes procedan de lugares que no cumplen unos mínimos requerimientos compatibles con estándares sociales europeos. Ya no sólo se trata de que las empresas radicadas en esta región asuman los compromisos legales exigidos por los estados donde se ubican, o por la normativa comunitaria aplicable por estar incluida en ella, sino que las exigencias van más allá y se dirigen a bienes extracomunitarios que se pretenden introducir dentro de este mercado común. Para ello se han empleado distintas estrategias centradas bien de forma específica en determinados sectores o bien, de manera genérica, para una colectividad de ellos.

Partiendo de la base de instrumentos internacionales precedentes entre los que destacan, al margen de los ya anteriormente mencionados, los Principios

[51] Sobre una perspectiva global de diferentes instrumentos puede consultarse a SOLER ARREBOLA, J. A., "Compromisos laborales multilaterales en las cadenas mundiales de suministro", en AA.VV. (Dirs. Sanguineti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B*) Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Aranzadi, 2022, p.535 y ss.

[52] Como subraya Olarte Encabo, S., "la búsqueda de una gobernanza en las cadenas es pues un imperativo en la consecución de un trabajo decente para todas las personas, la erradicación del trabajo forzado, la servidumbre y la neoesclavitud", en "El desafío del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros. Respuesta internacional, estatal, sindical y social" AAVV., (Dirs. Pérez Alonso, J., y Olarte Encabo, S.) *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 133.

rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas[53], las Líneas directrices para las empresas multinacionales de la OCDE[54] o la más reciente Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política nacional e la OIT, la UE ha adoptado una perspectiva multifocal para eliminar prácticas laborales no acordes con unos mínimos exigibles que, a través de distintas estrategias, tienden a eliminar prácticas abusivas no sólo en su territorio sino que también con la pretensión de ser globales y, consecuentemente, aplicables de forma indirecta al conjunto de las cadenas de suministro. Básicamente, los cimientos sobre los que se ha configurado su aplicación a las empresas es la diligencia debida.

Aunque se trata de un concepto que puede tener ciertas matizaciones, la diligencia debida es un deber de conducta empresarial orientado a determinar, prevenir, eliminar y mitigar los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente que pueden causar las actividades de la empresa, de sus filiales y de sus cadenas de valor[55]. Su recepción dentro de la normativa comunitaria y su "exportación" hacia disposiciones estatales de otros países o, internacionales, deviene de un flujo de interacciones derivadas de diferentes prácticas que se desenvuelven en distintos niveles pero que se retroalimentan a efectos de configurar una normativa acorde a la finalidad a proteger. En otros términos, la normativización de la diligencia debida en los diversos planos de actuación viene configurada sobre la base de experiencias diferenciadas[56] pero que se nutren entre ellas en función de los resultados obtenidos. Ahora bien, las específicas medidas de exigibilidad a las actuaciones empresariales varían en función de la propia fuente creadora de la norma y del compromiso y la obligatoriedad que el precursor de la misma le quiera atribuir.

La UE, en términos generales y hasta la fecha, ha mantenido una política normativa diversificada en tanto su evolución se ha dirigido al establecimiento de disposiciones específicamente centradas en la eliminación del trabajo forzoso

[53] También conocidos como Principios Ruggie, fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las naciones Unidas el 16 de junio de 2011.

[54] Aprobadas el 25 de mayo de 2011 aunque su versión anterior procedía de 1976.

[55] Concepto derivado de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

[56] Sobre un conjunto detallado de normas aprobadas en diferentes países puede consultarse a Lantarón Barquín, D., "La tutela de los derechos humanos en las cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales" op. cit., Solís Prieto, C., "Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos", Trabajo y Derecho, monográfico 14, 2021 y Martín Hernández, M.L, "La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la propuesta de directiva", en AA.VV. (Dirs. Sanguineti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B) *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Aranzadi, 2022, p.221.

como en medidas relativas a la diligencia debida que, explícitamente, se entroncan con la protección de derechos humanos –tanto de manera general como específica–, para determinados productos. Cronológicamente, en este último sentido, y aunque de manera referencial, el Reglamento 995/2010 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, recogía deberes de inclusión de la diligencia debida a través de un sistema de medidas y procedimientos que minimizan el riesgo de comercializar en el mercado interior madera aprovechada ilegalmente y productos derivados que, en ocasiones, pueden proceder de conflictos armados y, consecuentemente, de trabajos forzosos.

Desde este último punto de vista, la siguiente actuación relevante de la UE relacionada con la protección de derechos humanos desde un punto de vista del tráfico mercantil y vinculada a la diligencia debida, fructifica con la Directiva 2014/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Aquí se establece la obligación de incluir en el informe de gestión no consolidado un estado financiero no consolidado que contenga información, en la medida en que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad, relativa, entre otras materias, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. Posteriormente en 2017 la actuación comunitaria se centra en el establecimiento de obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de minerales o metales que contengan o estén compuestos de estaño, tantalio, wolframio u oro mediante la creación del Reglamento 2017/821. En esta norma se pone de manifiesto como las violaciones de los derechos humanos son habituales en zonas de conflicto o de alto riesgo ricas en recursos y pueden consistir en trabajo infantil, violencia sexual, desapariciones de personas, reasentamientos forzosos por lo que se imponen medidas que deben cumplir los importadores en toda la cadena de suministro.

Resulta reseñable de estas disposiciones como la actuación comunitaria, al margen de establecer un régimen garantizador de la protección de derechos humanos por una vía básicamente mercantil, otorga a la empresa una posición dual en cuanto al papel a desempeñar. De un lado, como sujeto de obligaciones derivadas de los textos normativos pero, a su vez, como órgano fiscalizador del cumplimiento en toda la cadena de suministro; consecuentemente, ocupa una posición inspectora y a su vez garantizadora de la observancia de los deberes impuestos[57]. Esta fórmula de implementación supone una adaptación del papel que poseen las entidades

[57] En este sentido se puede consultar a Martín Vallés, P., "Influencia de los reglamentos sectoriales y la directiva sobre información no financiera en la iniciativa europea sobre diligencia debida", Trabajo y Derecho, monográfico 14, 2021.

mercantiles como factores implicados en el cumplimiento de compromisos laborales y, a su vez, la elevación de la propia responsabilidad social de las empresas a parámetros obligacionales que antes resultaban solamente voluntarios en función de las iniciativas que potestativamente quisieran asumir.

Pero también dentro de esa perspectiva multifocal de la UE, y extendiendo el ámbito de actuación más allá de la empresa, en 2011, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, establece un régimen de responsabilidades tanto administrativas como penales en la lucha contra estas situaciones. Como puede observarse su erradicación se centra en esta norma, no ya en establecer limitaciones comerciales a determinados productos, sino directamente al hecho y a las consecuencias que genera este tráfico ilegal, abarcado también actividades ilícitas generadas por personas jurídicas. La finalidad de la explotación, como elemento constitutivo del trabajo forzoso, es el objeto específico sobre el que gira esta disposición estableciendo un procedimiento regulador que permita la colaboración entre países dentro y fuera de las fronteras de la unión, que posibilite su eliminación a través de sanciones que incluyen el establecimiento de mecanismos de resarcimiento y protección de las víctimas. A través de esta norma, el foco de actuación comunitaria se dirige directamente al hecho en sí mas que a disposiciones centradas en el ámbito mercantil, que también coadyuvan desde otra perspectiva, a la eliminación de este fenómeno como veremos a continuación.

Como puede observarse, la actuación comunitaria posee un enfoque diverso que permite atacar el fenómeno del trabajo forzoso desde perspectivas que engloban diferentes entornos que se centran desde la empresa y las cadenas de suministro hasta la generalidad de la sociedad a través de disposiciones que presentan diferentes campos de actuación en espacios laborales, penales, administrativos y referenciados también al comercio.

Pero estas actuaciones se ven complementadas a través de nuevos proyectos normativos que pretenden mejorar y coordinar las medidas ya aprobadas. La progresión y búsqueda de nuevas fórmulas de eliminación de esta lacra hace que la actividad normativa sea impulsada desde diferentes vías centrándonos particularmente en dos. La primera de ellas, no específica del trabajo forzoso pero sí inclusiva del mismo, ofrece un papel complementario muy útil para avanzar en su erradicación y otra, directamente determinada a la eliminación del comercio de bienes derivados del trabajo obligatorio.

La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[58] tiene como finalidad fundamental identificar y mitigar los riegos de las empresas de la UE y sus cadenas de valor relacionadas con el respeto de los derechos humanos y las repercusiones medioambientales. Para ello,

[58] Vid. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071

y fundamentalmente referido a esta primera cuestión, la futura normativa establece un sistema que impone a las empresas la obligación de someter sus actuaciones al deber de diligencia debida incluyéndose también sus filiales y a sus relaciones comerciales, directas o indirectas, de su cadena de valor. Se pretenden mejoras en las prácticas de gobernanza empresarial aumentando su responsabilidad, por los efectos adversos que puedan producir, a la vez que se aporta una mayor seguridad jurídica en la materia estableciéndose mecanismos de reparación de las personas afectadas. Sobre esta base, las obligaciones para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de los daños externos derivados de su proceder se articula un conjunto de mecanismos que, de forma armonizada, establecen un marco homogéneo y común que evita la fragmentación de normas nacionales diferenciadas, a la vez que se elimina la competencia desleal entre las empresas sujetas a esta disposición por la puesta en práctica de las medidas[59].

Otra peculiaridad del proyecto reside en que sus contenidos tienen un perfil horizontal, es decir, no sectorializado[60], por lo que posee un carácter complementario en tanto que su aplicación resulta transversal, cediendo ante previsiones más específicas que pudieran contenerse en otras directivas comunitarias.

La propuesta pone de manifiesto, en su exposición de motivos, como las cadenas de valor mundiales producen efectos adversos sobre derechos humanos y, concretamente, derivados del trabajo forzoso[61] que requieren de actuaciones empresariales que, sobre un marco legal, aminoren o eliminen sus consecuencias perniciosas. Además desde su perspectiva externa, "el proyecto abordará las violaciones de las normas laborales internacionales cuando se produzcan en la Unión (por ejemplo, los casos de trabajo forzoso en la agricultura)". Por tanto, la sujeción afecta a nivel intracomunitario y extracomunitario teniendo en cuenta, en este último ámbito, como quedan afectadas empresas constituidas fuera de la UE pero que operan en su seno, con lo que el ámbito de extensión de las obligaciones incluidas en el texto se amplifica y, derivado de ello, la cobertura sobre eliminación del trabajo forzoso a nivel mundial se ensancha.

A diferencia del anterior proyecto, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los

[59] Como se subraya en la exposición de motivos "si los requisitos de diligencia debida difieren significativamente entre los Estados miembros, esto genera inseguridad jurídica, una fragmentación del mercado único, costes y complejidad adicionales para las empresas y sus inversores que operan a través de las fronteras, así como para otras partes interesadas".

[60] Sin perjuicio de ello, la propuesta de Directiva recoge numerosos sectores como de gran impacto entre los que se encuentran: fabricación de textiles, cuero y productos afines (incluido el calzado) y comercio mayorista de textiles, prendas de vestir y calzado; agricultura, silvicultura, pesca (incluida la acuicultura), fabricación de productos alimenticios y comercio mayorista de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas o la extracción de recursos minerales.

[61] Incluido explícitamente en el Anexo I Parte I de la propuesta de Directiva.

productos realizados con trabajo forzoso[62], tiene un marcado cariz específico desde una doble perspectiva, ya que va referenciado a este tipo de servicios obligatorios y queda enfocado a actividades que introduzcan o comercialicen bienes realizados a través de esta práctica.

La primera cuestión que llama la atención es la utilización del Reglamento en vez de la Directiva como mecanismo para reglar esta iniciativa. Esta futura disposición justifica esa opción dada la posibilidad de diversidad de tratamiento divergente por las legislaciones que los Estados miembros puedan realizar, las cuales afectarían a la libre circulación de mercancías dentro del territorio del mercado interior provocando distorsiones y obstáculos injustificados. Desde nuestro punto de vista, la opción adoptada prevé una directa aplicación mas que una armonización que pudiera derivar en disimilitudes entre Estados miembro, a la vez que unifica criterios comunes para la concreción de medidas tendentes a la inclusión en el mercado europeo de productos derivados del trabajo forzoso.

Partiendo de la base de la identificación conceptual ofrecida por los convenios 29 y 105 de la OIT, la inclusión de fórmulas para luchar contra el trabajo forzoso mediante la eliminación de los productos elaborados a través de él se plantea como el objetivo principal de este proyecto. En este sentido, la propuesta parte de un bloque normativo precedente[63] que conforma un conjunto de mecanismos que, de forma multifocal, pretenden erradicar esta práctica. Desde obligaciones horizontales de diligencia debida hasta la prohibición de importación de determinadas materias primas, se pretende adoptar una posición uniforme que ofrezca seguridad jurídica e igualdad en las empresas que operen tanto en el mercado interior como fuera de él. Precisamente, esta propuesta resulta ser complementaria a la futura Directiva relativa a la diligencia debida dado que antes de realizar cualquier investigación se deberá solicitar a los operadores económicos sometidos a evaluación e información sobre las medidas adoptadas para detectar, prevenir, mitigar o poner fin al riesgo de que exista trabajo forzoso en sus operaciones y cadenas de valor. Así, no sólo es la empresa comercializadora la única sujeta a la norma, sino que las obligaciones se extienden a todos los eslabones que puedan generar productos derivados del trabajo forzoso en la cadena de suministro. Incluso se delimita como producto todo aquello que sea, "objeto de transacciones comerciales, ya sea extraído, cosechado, producido o fabricado, lo que incluye las operaciones de elaboración o de transformación relacionadas con un producto en cualquier fase de su cadena de suministro"[64] por lo que se amplía a una multitud de bienes el ámbito prohibitivo derivado del trabajo forzoso.

[62] Vid. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0453&from=RO

[63] Compuesto por las disposiciones antes citadas relativas a madera, publicidad de estados no financieros, lucha contra la trata, importación de minerales de zonas de conflicto y las propuestas sobre sostenibilidad y diligencia debida, conformando un cuerpo normativo interrelacionado.

[64] Tal y como recoge el artículo 2 f) del proyecto.

Con el objetivo de que los operadores económicos no puedan comercializar, introducir o exportar en la Unión productos realizados con trabajo forzoso, la futura norma establece un procedimiento que se inicia con la apertura de investigaciones pertinentes por una autoridad designada por cada Estado miembro que, sobre la base de existencia de riesgo de infracción, investigan los bienes y los operadores económicos afectados. El resultado se pone en conocimiento de la Comisión y de las autoridades competentes de los demás Estados. Por su parte, se establecen disposiciones específicas para los controles aduaneros con la finalidad de interceptar de manera eficaz los productos derivados de trabajo obligatorio. Asimismo, se establece un sistema de información y comunicación automatizada entre las autoridades competentes creándose una Red de la Unión contra este tipo de productos que podrá colaborar con terceros países para evitar su comercialización. Si se comprobase lo creado es derivado del trabajo forzoso, se prohibirá su introducción o, en su caso, la retirada del mercado con la obligación de deshacerse del bien a cargo del operador económico.

Como puede comprobarse de su texto, el proyecto de Reglamento se constituirá como un vector decisivo en la erradicación del trabajo forzoso ya que se orienta, no sólo a los productos derivados del mismo, sino a la propia empresa o empresas insertas en la cadena de valor, con repercusión tanto en el propio ámbito de la Unión como en los terceros países donde se encuentren erradicadas ellas.

A modo de corolario podemos comprobar como son múltiples las estrategias que se llevan a cabo para la proscripción de esta actividad. Todas ellas parten de un mismo concepto asumido globalmente y derivado de los convenios 29 y 105 de la OIT que se ha ido enriqueciendo históricamente con las aportaciones de diferentes órganos nacionales e internacionales. Con la aparición de otras figuras afines al término se incluyen matices o especificaciones derivadas de distintos puntos de vista que ponen su acento en singularidades de esta práctica execrable, pero que parten de un elemento común como es la prestación no voluntaria de un servicio bajo una amenaza. La disparidad de fórmulas empleadas para su eliminación es muy amplia, ya que su tratamiento es efectuado desde diferentes perspectivas jurídicas y en entornos nacionales e internacionales. Desde este último punto de vista, la inexistencia de una normativa común internacional exigible en cualquier entorno hace que los mecanismos empleados sean diversos estando encuadrados en técnicas tanto de *soft* como de *hard law* que aportan visiones y tratamientos complementarios ante este problema.

Estas estrategias multinivel (en función de la tipología de fuentes) y multifocales (desde diferentes perspectivas del ordenamiento jurídico) confluyen en un panorama regulador que, pese a su amplitud, muestra vacíos de exigibilidad que requieren subsanación, lo que ha derivado en la realización de proyectos muy avanzados que se prevén de pronta aprobación. En esta línea, la tendencia actual muestra a la empresa y a las cadenas de suministro donde se ubican, como centro

de atención preferente[65], dado que las mismas se han percibido como nichos de trabajo forzoso y medios para la comercialización de los bienes y servicios por ellas generados. Ello ha supuesto que, por medio tanto de acuerdos de responsabilidad social empresarial como por otros instrumentos normativos, se hayan incorporado a los principales agentes implicados en su erradicación. Así, las actuaciones sobre el mercado económico constituyen un vector estratégico importante y coadyuvante para la eliminación del trabajo forzoso.

[65] Como señala Sanguineti Raymond, W., estas herramientas van dirigidas a impulsar y encauzar el ejercicio de ese poder de dirección en las cadenas de valor "con el propósito de convertirlo en un instrumento para la proyección de los estándares laborales básicos internacionalmente garantizados hacia los trabajadores", en *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, op.cit., p. 145.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS VULNERABLES

Mª Inmaculada Benavente Torres
Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: convenio colectivo, autónomos, negociación colectiva, libre competencia

El Derecho de la competencia se ha manifestado tradicionalmente como un impedimento para la negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas. Sin embargo, la extensión del trabajo autónomo motivada, entre otras razones, por su utilización intensiva en las plataformas digitales, ha provocado la revisión de tales planteamientos. En esta línea se enmarcan las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados. Son la plasmación de un cambio de paradigma en la UE y, probablemente el germen del reconocimiento pleno del derecho a las diversas formas de negociación colectiva de los autónomos vulnerables en los Ordenamientos nacionales.

ABSTRACT

Keywords: *collective agreement, self-employed, collective bargaining, free competition*

Competition law has traditionally been an impediment to collective bargaining by self-employed workers. However, the extension of self-employment motivated, among other reasons, by its intensive use on digital platforms, has led to the revision of such approaches. This is the line taken by the Commission's Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements concerning the working conditions of self-employed persons without employees. They are the embodiment of a paradigm shift in the EU and, probably, the germ of the full recognition of the right to the various forms of collective bargaining of the vulnerable self-employed in national legal systems.

Recepción original: 30.06.2023. Aceptación: 04.09.2023

INDICE

1. El derecho de los autónomos a la negociación colectiva: de la prohibición a su reafirmación como derecho fundamental
2. Las directrices sobre la aplicación del derecho de la competencia a los convenios colectivos de los autónomos vulnerables
3. El ámbito subjetivo: el trabajo autónomo vulnerable
   3.1. Un requisito común: no tener trabajadores a su cargo y la prestación de un trabajo personal
   3.2. El trabajo autónomo equiparable al asalariado
      3.2.1. Personas que trabajan por cuenta propia y son económicamente dependientes
      3.2.2. Personas que trabajan por cuenta propia "codo con codo" con trabajadores por cuenta ajena
      3.2.3. Personas que trabajan por cuenta propia a través de plataformas digitales de trabajo
   3.3. El trabajo autónomo carente de poder contractual
      3.3.1. Cuando la(s) contraparte(s) tiene(n) una determinada solidez económica
      3.3.2. En aplicación de la legislación nacional o de la Unión Europea, en consideración a la situación de desequilibrio negocial
4. El ámbito material: las condiciones de trabajo
5. El medio y los agentes de interlocución

1. EL DERECHO DE LOS AUTÓNOMOS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DE LA PROHIBICIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA A SU REAFIRMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El art. 101.1 TFUE declara incompatibles con el mercado interior y en consecuencia prohíbe, todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Más concretamente, entre la lista no exhaustiva de acuerdos prohibidos, su letra a) destaca aquéllos que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.

Como puede observarse, la prohibición del art. 101.1 TFUE se refiere a los acuerdos entre empresas, si bien el concepto amplio de éstas a efectos del Derecho de la competencia[1] suponía la posibilidad de inclusión en el mismo de los sindicatos, con lo que la negociación colectiva entre estos y aquellas, así como la inherente afectación –siquiera indirecta– de la competencia por los convenios

[1] «*...en el contexto del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia ha manifestado que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*» (por todas: Albany, 77).

colectivos, cuestionaría la legitimidad de estos desde la perspectiva de la normativa antitrust. Las SSTJCE de 21 de septiembre de 1999[2] resolvieron por primera vez la cuestión excluyendo la negociación colectiva del que ahora es el art. 101.1 TFUE. Doctrina que se vino a denominar "Albany" y que extendió expresamente el TJUE en la sentencia de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten[3], a los "falsos autónomos", siempre partiendo de los conceptos comunitarios de "trabajador" y de "empresa" desde la perspectiva del derecho de la competencia. Pero esta excepción Albany no tiene carácter absoluto; está limitada por su naturaleza y finalidad, tanto subjetiva como objetivamente, a los acuerdos o convenios colectivos realizados entre representantes de trabajadores y empresas o sus representantes, que tengan por objeto directo la mejora de las condiciones de trabajo de aquéllos[4]. La razón básica inspiradora de la excepción Albany se asienta en una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado en su conjunto, que exige un mercado interior altamente competitivo, pero también la consecución de los objetivos de política social de la Unión (actualmente, vid. arts. 3.3 y 9 TUE), que se verían gravemente puestos en cuestión si no se aceptase la negociación colectiva de los trabajadores para tales fines.

No fue esa, en cambio, la postura del TJCE respecto de los profesionales liberales (médicos) en su sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov[5], respecto de un acuerdo colectivo similar a los descritos en las sentencias Albany, Brentjens's y Drijvende. El acuerdo colectivo adoptado por la asociación representativa profesional no podía considerarse convenio colectivo negociado entre interlocutores sociales a los efectos de la excepción Albany. Tampoco el Tratado contenía ninguna previsión similar de Política Social para los profesionales autónomos (ap. 68 a 70) ("empresas" en el sentido del Derecho de la competencia, 76). Por consiguiente, dicho acuerdo colectivo adoptado por la asociación profesional, que debía considerarse una asociación de empresas (76 y 89), a diferencia de los convenios

[2] STJCE de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96, Albany. En la misma línea, también sobre la declaración como obligatoria de la afiliación a un fondo sectorial de pensiones para todos los trabajadores o para determinadas categorías de trabajadores del sector de actividad, a solicitud de los interlocutores sociales en un convenio colectivo: SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, Brentjens's, asuntos acumulados C- a C-117/97; y Caso Maatschappij Drijvende Bokken BV, asunto C-219/97. En similar sentido, aplica la doctrina, por ejemplo: SSTJCE de 3 marzo 2011, Caso AG2R Prévoyance, Asunto C-437/09; 21 de septiembre de 2000, van der Woude, asunto C-222/98.

Véase, más ampliamente: Goerlich Peset, J.Mª, "Derecho de negociación colectiva y libre competencia", en AAVV, *Derecho Social de la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, págs. 1651 y 1652.

[3] Asunto C413/13.

[4] Goerlich Peset, J.Mª, cit., 2023, págs. 1649 a 1653; y en "Negociación colectiva y Derecho de la competencia: perspectiva española", en AAVV, *Negociación colectiva y Derecho de la competencia*, MTES, Madrid, 2021, págs. 134 y 135.

[5] Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98.

colectivos laborales adoptados por los interlocutores sociales, no estaba excluido del art. 85.1 TCCE, que ahora es el art. 101.1 TFUE.

Con posterioridad, el derecho a la negociación colectiva se ha visto intensamente reforzado en el Tratado, particularmente a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 28)[6] y con ésta, de la Carta Social Europea (art. 6), de la Carta Comunitaria de Derechos fundamentales de los trabajadores (párrf. 12) -vid. 151 y ss. TFUE- y del art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (que nutre el sentido y alcance de tales derechos fundamentales de la CDFUE ex su art. 52.3) y que la erige como un derecho humano[7] inherente al derecho de sindicación[8]. Derecho que los Convenios 98 y 154 OIT extienden como derecho fundamental a los autónomos (vid nota 61). De ahí también que en los últimos años se haya reivindicado su calificación como derecho fundamental por las instituciones de la UE[9], y su extensión a los trabajadores au-

[6] Véase, la evolución de la CEE, caracterizada en sus orígenes por la primacía de las libertades económicas, pasando por el progresivo fortalecimiento de la Política Social y el diálogo social a partir del Acuerdo de Política Social de 1992, hasta la constitucionalización del derecho a la negociación colectiva y su posterior atribución de rango de Tratado con la aprobación del Tratado de Lisboa (art. 6 TFUE) y la inclusión del art. 152 TFUE, por ejemplo en: Cruz Villalón, J, "El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva", *Temas Laborales*, nº 147/2019, págs.15 y ss.; García-Perrote Escartín, I/Mercader Uguina, JR., "La negociación colectiva en el Ordenamiento de la Unión Europea y sus fronteras con el Derecho de la competencia", en AAVV -dir. García-Perrote Escartín-, *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, MTSS, Madrid, 2022, págs. 115 y ss.; García Torres, A, "Negociación colectiva", en AAVV -dir. García Murcia, J-, *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 903 a 905.

[7] López Terrada, E, "Negociación colectiva y trabajadores autónomos", en AAVV, *Derecho de la competencia y negociación colectiva,* MTSS, Madrid, 2022, pág. 294. También en este sentido: Stylogiannis, C, "Libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva como derechos humanos en la economía de plataformas en un contexto de creciente movilización laboral", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 142 (2023), núm. 1, págs.137 y 138, 153 y 154. Así, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en su Decisión de 12 de septiembre de 2018 (Congreso de Sindicatos de Irlanda (ICTU) v. Irlanda, queja colectiva nº 123/2016) en virtud del art. 6.2 de la Carta Social Europea, negó que que pueda aceptarse una prohibición absoluta del derecho a la negociación colectiva de los autónomos, debiendo utilizarse en su caso como criterio decisivo para su extensión a aquéllos el desequilibrio de poder entre los proveedores de trabajo y los empleadores (vid. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/12/sobre-el-reconocimiento-del-derecho-la.html).

[8] Más ampliamente: Cabeza Pereiro, J, "Negociación colectiva y Derecho de la competencia: perspectiva europea", en AAVV, *Negociación colectiva y Derecho de la competencia,* Madrid, 2021, pág. 106; García-Perrote Escartín, I/Mercader Uguina, JR, cit., págs. 118 y 119.

Esto justificaría en todo caso su extensión de la libertad sindical a los autónomos económicamente dependientes por su inferioridad económico-social, a tenor tanto de la normativa de la OIT, como desde la perspectiva de la regulación internacional del derecho, tal y como se deduce de su amplísima configuración subjetiva como derecho humano en: art. 23.4 DUDH; art. 22 PIDCP; art. 8.a) PIDESC; y los ya referidos art. 11 CEPDHLF (Gorelli Hernández, J, "Las relaciones colectivas en las actividades fronterizas", *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios,* AEDTSS, Cinca, Madrid, 2016, págs. 94 a 97.

[9] El carácter del derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental es, por ejemplo, reafirmado por el Parlamento Europeo en su Resolución de 16 de septiembre de 2021, sobre

tónomos en los que se aprecie un desequilibrio de poder entre ellos y sus empleadores. No obstante, ha sido la evolución del trabajo autónomo vulnerable, constatada en los últimos años y previsible de cara al futuro, en especial en las plataformas digitales pero apreciable en el común de los sectores, la que ha puesto en evidencia la extensibilidad de tales razones de política social a los acuerdos colectivos entre "empresas", cuando uno de los interlocutores sea un grupo de autónomos sin trabajadores a su cargo o sus representantes y el objeto del mismo se limite a sus condiciones de trabajo.

2. LAS DIRECTRICES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE LOS AUTÓNOMOS VULNERABLES

El 30 de septiembre de 2022 se publica en el DOUE la Comunicación de la Comisión que establece las "Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados" (2022/C 374/02) [10].

Las referidas Directrices estaban concebidas en un paquete de medidas presentado por la Comisión[11] y anunciadas en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales para 2021[12]. Con ello se trataba de dar respuesta a la extensión del trabajo autónomo en las plataformas digitales y proteger el modelo social europeo y los objetivos del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Por ello la propia Comisión destaca entre tales medidas y junto a las previstas Directrices, la Propuesta de una Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales que presenta, al igual que aquéllas, el 9 de diciembre de 2021.

condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital (2019/2186(INI)) (ap. 18).

[10] La publicación de la citada Comunicación, tras impulsar su iniciativa en junio de 2020, fue precedida de la publicación de su Proyecto de Directrices sobre negociación colectiva de los autónomos, y de su sometimiento a consulta pública abierta a todos los ciudadanos, organizaciones y autoridades públicas, del 9-12-2021, fecha en que se aprobó el contenido del Proyecto, a 24-2-2022.

[11] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo" (Bruselas, 9.12.2021 COM(2021) 761 final).

[12] Y precedidas por una iniciativa de la Comisión de someter a consulta pública el Paquete de la Ley de Servicios Digitales en 2020, y entre sus medidas la negociación colectiva de los autónomos y desequilibrio en las negociación y los usuarios profesionales (véase en: Informe resumido sobre la consulta pública abierta sobre el paquete de la Ley de Servicios Digitales | Configurar el futuro digital de Europa.

Como puede comprobarse, desde su origen por tanto, la admisión de la negociación colectiva de los autónomos vulnerables ha estado vinculada a la expansión del trabajo autónomo en las plataformas digitales como al abuso de tal figura.

En este sentido, destaca la preocupación por la correcta delimitación entre el trabajo autónomo y por cuenta ajena, que puede observarse especialmente en la Propuesta de Directiva que acompaña las Directrices; el modelo de prestación de servicios en las plataformas digitales de trabajo, y en particular la gestión algorítmica inherente a su patrón de negocio, puede tener un impacto significativo en las condiciones de trabajo y ocultar la subordinación real del trabajo tras una aparente autonomía de la prestación de servicios. Como ya advirtió el Parlamento Europeo, es necesaria una definición comunitaria de trabajador que afronte esos riesgos de generalización del "falso autónomo" al servicio de las plataformas digitales, derivados de una calificación errónea, de la ambigüedad de los límites con el auténtico trabajo autónomo y de la fragmentación del concepto en los diversos ordenamientos nacionales[13]. La situación es tal, y más a la vista del crecimiento exponencial de las plataformas y del uso del trabajo por cuenta propia en ellas, que de no combatirse, entre otras consecuencias, favorecerá el dumping social y el falseamiento de la competencia, de la misma forma que la creación de figuras intermedias sólo contribuiría, añadidamente, a difuminar aún más las diferencias entre aquéllas.

En este concreto contexto surgen las Directrices sobre la aplicación de la legislación de la competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de los trabajadores por cuenta propia en solitario. Porque, según se desprende del informe de impacto de la Propuesta de Directiva, la mayoría de los trabajadores por cuenta propia que trabajan en las plataformas digitales no son falsos autónomos[14], aunque sí presentan signos de dependencia y de escaso o nulo poder negociador. La negociación colectiva y los Convenios Colectivos son concebidos como "instrumentos fundamentales para mejorar las condiciones de trabajo". Y, sin embargo para los autónomos (9 de cada 10 de las plataformas digitales activas en la UE los clasifican como autónomos) la interpretación del Derecho de la competencia de la UE supone un obstáculo adicional para la negociación colectiva, puesto que el artículo 101, apartado 1, del TFUE prohíbe los acuerdos entre empresas que restrinjan la competencia. Los autónomos suelen considerarse «empresas» con arreglo al Derecho de la competencia de la UE, lo

[13] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas…, cit..

[14] Informe de la evaluación de impacto que acompaña a la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, Sección 2.2.1. También en el Informe de Impacto de las Directrices, pág. 7. Vid. Sáez Lara, C, "El impacto de la digitalización en los derechos colectivos", en prensa.

que significa que, en la práctica, las personas que trabajan a través de plataformas digitales no suelen poder negociar de forma colectiva para mejorar sus condiciones de trabajo sin correr el riesgo de infringir el Derecho de la competencia de la UE[15].

Por ello, tal y como se prevén en ese paquete de medidas de la Comisión conectadas al trabajo en las plataformas digitales, las Directrices se ocupan de garantizar que el Derecho de la competencia no obstaculice las negociaciones colectivas sobre salarios y otros aspectos de las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y que se encuentran en situación de debilidad contractual, como también de los falsos autónomos en tanto son recalificados. Su objetivo es, por tanto, abrir paso a la mejora de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva como mecanismo de equilibrio negocial y dotar de una mayor seguridad jurídica a los particulares, de manera que "sin complejos análisis jurídicos o económicos", sepan si pueden o no negociar colectivamente sin vulnerar el Derecho de la competencia[16].

Contrastada la Comunicación con la Propuesta de Directiva a que nos hemos referido antes, su perspectiva es diferente en tanto no se trata de un instrumento regulador, es decir, de un ejercicio de legislación, ni pretende directamente ese concepto de "trabajador" uniforme comunitario. Tampoco, a diferencia de lo que es objeto central de la Propuesta de Directiva[17], se limita al falso autónomo, pues se parte de que pueden revelarse habitualmente esas situaciones de desequilibrio negocial que justificarían la negociación colectiva en supuestos de auténticos autónomos sin trabajadores a su cargo. De hecho su ámbito subjetivo excluye al trabajo por cuenta ajena, de manera que una persona recalificada como trabajador ya no se beneficiará de las Directrices sobre negociación colectiva de los autónomos en solitario, sino que se reconducirá como el falso autónomo, en su caso, a la Directiva sobre el trabajo en plataformas[18]. Y ni siquiera se ciñe al trabajo de las plataformas digitales, lo que se advierte aun más en el proceso de su elaboración

[15] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte…", cit. De ahí que el Parlamento Europeo exprese su *"convencimiento de que la legislación de la UE en materia de competencia no debe obstaculizar la mejora de las condiciones de trabajo (incluida la fijación de remuneraciones) y la protección social de los trabajadores autónomos de plataformas a través de la negociación colectiva, e insta a la Comisión a que aclare que los convenios colectivos quedan fuera del ámbito de aplicación del derecho de la competencia a fin de garantizar que estos trabajadores puedan sindicarse y negociar colectivamente, y a que garantice un mejor equilibrio en el poder de negociación y un mercado interior más justo"*.

[16] Evaluación de impacto inicial de los "Convenios colectivos de trabajo para trabajadores autónomos-ámbito de aplicación del art. 101 TFUE" (B).

[17] No obstante, véase art. 10, que se remite al 6, 7.1 y 3 y 8 de la Propuesta de Directiva.

[18] Informe de Evaluación de Impacto de 29-9-2022, que acompaña al Comunicado de la Comisión "Directrices sobre la aplicación de la legislación de competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de los trabajadores por cuenta propia en solitario (SWD (2022) 321 Final), págs.6 y 7.

ya que a lo largo del mismo progresivamente se va confirmando que cabe apreciar similar problemática en ámbitos ajenos a ellas, con lo que claramente se aleja de ese planteamiento reductivo sectorial[19].

Las Directrices, según se declara en el texto de las mismas, se ubican en el Derecho de la Competencia y pese a las expectativas que pueda suscitar su rúbrica, intentan presentarse con modestia "limitando" expresamente su objetivo *"a aclarar las condiciones en las que determinadas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y su(s) contraparte(s) pueden entablar negociaciones y convenios colectivos sin correr el riesgo de infringir el artículo 101 del TFUE"*. En definitiva, se autodescriben como meras explicaciones de *"cómo aplicará la Comisión el Derecho de la competencia de la Unión"*, sin perjuicio de la aplicación de otras normas o principios del Derecho de la Unión, de cualquier interpretación posterior que haga el TJUE del art. 101 TFUE en relación con los acuerdos celebrados en el marco de la negociación colectiva, y sin afección del Derecho de la competencia de la Unión en relación a los sectores agrícola y pesquero ni de las exenciones previstas en el art. 101.3 TFUE. Tampoco crean derechos ni obligaciones sociales ni afectan a las prerrogativas de los Estados miembros en materia de política social, a la autonomía de los interlocutores sociales, ni a la definición nacional o prácticas de los Estados miembros sobre la concepción de qué sea *"trabajador por cuenta ajena"* o *"trabajador por cuenta propia"*[20]. Más concretamente, tampoco pretenden ni alteran las modalidades de negociación colectiva vigentes en cada Estado miembro[21].

En definitiva, las comentadas Directrices no se presentan como un ejercicio de legislación, sino como mera "aclaración" de los criterios de "aplicación" por la propia Comisión del Derecho de la competencia de la Unión ante la detección y reevaluación de la problemática de la negociación colectiva de los trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo[22]. Sin embargo, su valor es muy superior

[19] De hecho, en el informe de impacto, se recoge como una opción expresamente descartada la de reducir las Directrices sólo a los supuestos en que las plataformas digitales sean la contraparte, puesto que no permitiría abordar adecuadamente un problema que es general, cual es la inseguridad jurídica de todos los autónomos independientes que puedan tener poca influencia sobre sus condiciones de trabajo (pág. 23).

[20] Todo ello, en consonancia con los efectos jurídicos que pueden derivar de las Comunicaciones de Directrices de la Comisión: Pérez Rivarés, J.A., "Los efectos jurídicos de las Directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas al Estado", *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 21, 2011, págs. 4 y ss.

[21] Informe de Evaluación de Impacto de 29-9-2022, que acompaña al Comunicado de la Comisión "Directrices sobre la aplicación de la legislación de competencia…", cit., pág. 6.

[22] Mediante las "Comunicaciones", la Comisión viene estableciendo Directrices sectoriales que, carentes de este carácter normativo, obedecen a una finalidad de dotar de seguridad jurídica, realizando una labor de reordenación, sistematización, generalización y abstracción de la jurisprudencia del TJUE, superando así el carácter casuístico de la misma. El Derecho de la competencia, dada su característica formulación general y altamente abstracta de sus reglas,

pues supone un transcendente cambio de criterio que, salvo corrección por el TJUE por contravención del Tratado, inevitablemente va a ser útil en la construcción dogmática del derecho a la negociación colectiva del trabajo autónomo y una contribución a la propia configuración de éste. Por otra parte, bajo la consideración de que se trata de Derecho de la UE, que sólo a sus instituciones corresponde regular, ha resultado en la superación eficaz y pragmática de los inconvenientes del debate jurídico y de intereses que pueda haber detrás de la aprobación de una Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales.

Ahora bien, las coordenadas de las Directrices manifiestan dos perspectivas diferentes del trabajo autónomo vulnerable: una, la exclusión por asimilación al trabajador por cuenta ajena en la ejecución de la prestación, en definitiva, los trabajadores que se encuentran en una situación equiparable a la de quienes trabajan por cuenta ajena; otra, la de los trabajadores autónomos sin trabajadores que carecen de poder por apreciarse o presumirse una situación de desequilibrio negociador. La perspectiva desde la que se observa y aplica el art. 101 TFUE es sutilmente diferente, aun cuando en ambos supuestos, la actuación de la Comisión tiene que respetar las garantías de proporcionalidad derivadas de la jurisprudencia del TJUE[23].

En el primer caso, la negociación colectiva sobre condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos se sitúa al margen del Derecho de la competencia extendiendo a aquél la excepción Albany por equiparación material con aquéllos. La Comisión aquí se ubica en el ámbito de la hermenéutica y a partir de una interpretación teleológica de las sentencias Albany y FNIV Kunsten entiende igualmente incluidos en esa exención de política social a los trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo que se encuentran por su falta de independencia en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena y, consiguientemente, a los falsos autónomos[24].

En cambio, en la segunda de las causas la negociación colectiva de los trabajadores autónomos parece observarse más como una particular fórmula,

con la consiguiente variabilidad de posibilidades exegéticas que dejan un amplio margen de discrecionalidad para la Comisión, ha sido un sector pionero para estas Comunicaciones (Pérez Rivarés, J.A., cit, págs. 3 y 4).

[23] Vid. García-Perrote Escartín, I, cit., pág. 132 y 133; Informe de evaluación de impacto, cit, págs. 9, 20.

[24] En este sentido, un sector de la doctrina española ya propuso la existencia de dos resquicios de admisión de la negociación colectiva de las personas trabajadoras por cuenta propia sin trabajadores a su cargo, pese a reconocer que precisamente la idea de "auxiliar integrado" parece ser muy próxima a la de "subordinación". En cualquier caso, el art. 101 TFUE se aplica sólo a las empresas, pero autónomo y empresa no son necesariamente lo mismo, pues conforme a la jurisprudencia del TJUE (por ej. SSTJCE 24-10-1995, Volkswagen AG, Asunto C-266/93), los autónomos que actúan como auxiliares integrados sin asumir los riesgos en el mercado no son empresas a tales efectos;

precisamente, de expresión de los principios y de consecución de los objetivos del Derecho de la competencia frente a situaciones fácticas de dominio, monopolio y monopsonio[25]. De ahí que respecto de los respectivos supuestos las expresiones de la Comisión difieran: en este último caso «la Comisión no intervendrá» contra los convenios colectivos celebrados entre las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y su(s) contraparte(s) en los casos en que exista un claro desequilibrio en el poder de negociación; frente a la configuración de los primeros, dado que "no entran en el ámbito de aplicación del art. 101 del TFUE" (aparts. 9 y 19). La intervención de la Comisión aquí no es a través de la interpretación sino de su facultad de fijación o establecimiento de "Prioridades", en definitiva, a través de la identificación de los casos en que considera que no merecen la intervención de la propia comisión para hacer un uso más eficaz de sus recursos y centrarse en las prácticas más perjudiciales[26].

Por otra parte, las Directrices tampoco se atribuyen la exclusividad o exhaustividad en relación a la valoración de los convenios colectivos de los autónomos, de manera que expresamente advierte que aquellos convenios colectivos negociados y celebrados por trabajadores por cuenta propia que no entran en el ámbito de aplicación de aquéllas no infringen necesariamente el art. 101 TFUE, y deben ser valoradas caso por caso, al igual que cualquier otro tipo de acuerdo entre empresas. Por otra parte, también es destacable que no tiene carácter de exhaustividad la lista de compromisos de no intervención que se describen en las Prioridades de la Comisión; son tan sólo ejemplos claros y destacados, como confirma que se recojan supuestos abiertos, cual es el del apartado 35) *(«También puede existir un desequilibrio en el poder de negociación en otros casos, dependiendo de las circunstancias individuales subyacentes»*) y el correspondiente

esto último, la asunción de riesgos, es un criterio fundamental para que pueda considerarse empresa a efectos del Derecho de la competencia (Cabeza Pereiro, J, cit., págs. 112 a 114 y 119). En este sentido, por ejemplo, la STJCE de 14 de diciembre de 2006, Asunto C-217/05, Confederación Española de Estaciones de Servicio y CEPSA, describe el concepto de empresa en el contexto del Derecho de la competencia como un operador económico independiente en el mercado. Actúa como una unidad económica, aunque pueda estar constituida por varias personas físicas o jurídicas. En relación a las relaciones entre comitentes e intermediarios, constituirán una unidad económica, perdiendo aquellos últimos su condición de operadores independientes cuando no soporten ninguno o una parte significativa de los riesgos financieros y comerciales de los contratos negociados por el comitente y operen como auxiliares integrados en la empresa de este.

Por otra parte, aun tratándose de una negociación horizontal entre genuinos autónomos, también podría evitarse la vulneración del art. 101 TFUE si la afectación de la competencia resulta muy limitada o de cualquiera otra forma no se ve afectada (ej. STJCE 12-9-2000, Pavlov y otros, Asuntos C-180/98 a 184/98; vid. Cabeza Pereiro, J, cit., págs. 114 y 115).

[25] En este sentido, la negociación colectiva de los autónomos sin trabajadores a su cargo frente a las grandes corporaciones, no falsea la competencia, sino que está en la línea, precisamente, de reforzar las reglas del juego haciéndolas más equitativas: Cabeza Pereiro, J., cit, pág. 102).

[26] Informe de Impacto, cit., págs. 20, 21 y 26.

al apartado 4.2, relativo a los convenios colectivos celebrados por personas que trabajan por cuenta propia con arreglo a la legislación nacional o de la Unión[27].

3. EL ÁMBITO SUBJETIVO: EL TRABAJO AUTÓNOMO VULNERABLE[28]

3.1. Un requisito común: no tener trabajadores a su cargo y la prestación de un trabajo personal

Las Directrices de la Comisión tienen como requisito común de su ámbito subjetivo el de tratarse, en cualquier caso, de trabajadores autónomos que no tienen trabajadores a su cargo. Así se reitera insistentemente a lo largo de todo el documento aun sin explicar las razones de esa condición. Desde la perspectiva constitucional del derecho a la negociación colectiva como expresión, a su vez, del derecho de libertad sindical, la justificación sería sencilla; un autónomo que tenga trabajadores a su cargo no goza del reconocimiento de dicho derecho en tanto a tales efectos no podría ser considerado trabajador sino empresa (art 28.1 CE, 3.1 LOLS y 1.2 ET).

No obstante, el enfoque de las Directrices es muy diferente. Como hemos advertido previamente, huye de formulaciones dogmáticas de corte laboralista para centrarse, en un marco muy pragmático de aplicación del Derecho de la competencia, en la identificación de los supuestos más claros de desequilibrio negocial que justificarían, con toda seguridad, la inaplicación del art. 101 TFUE. Con cautela, y *"para evitar dudas"*, se reconoce en el texto de las Directrices que «*los convenios colectivos negociados y celebrados por trabajadores por cuenta propia que no entran en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices no infringen necesariamente el artículo 101 del TFUE, sino que requieren una evaluación caso por caso, al igual que cualquier otro tipo de acuerdo entre empresas*».

Rastreando en los trabajos previos a la aprobación de las Directrices, se observa que en las diferentes opciones políticas relativas al ámbito de aplicación de la iniciativa sobre los convenios colectivos de los trabajadores autónomos, se ha tenido en consideración que los análisis realizados por el Parlamento Europeo han mostrado que los trabajadores por cuenta propia sin empleados tienen un mayor riesgo de precariedad en comparación con los autónomos que tienen empleados

[27] Informe de Impacto, cit., pág. 28.

[28] Los criterios selectivos del ámbito subjetivo de las Directrices de la Comisión deben cumplirse en el momento en que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados negocien y lleguen a un acuerdo con su(s) contraparte(s).

a su cargo[29]. De ahí que la Comisión identificase como característica básica que podía presuponer una debilidad negocial en el mercado laboral, que no tuviesen empleados y dependiesen de su propia mano de obra[30]. En correspondencia, las Directrices definen su ámbito subjetivo sobre la "persona que trabaja por cuenta propia sin asalariados", que es aquella que "no tiene un contrato de trabajo o que no mantiene una relación laboral y que dependen principalmente de su propio trabajo personal para la prestación de servicios de que se trate" [ep. 1.2), a)]. Ahora bien, tampoco incluyen las Directrices a todos los trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo, toda vez que también las estadísticas acreditan que una buena parte de ellos tienen poder contractual individual suficiente para mejorar sus condiciones de trabajo; integrarlos a todos ellos sería desproporcionado por injustificado y supondría ir más allá del margen de discrecionalidad de la Comisión para lograr los objetivos de política social, suponiendo un riesgo cierto de generar costos más altos para las empresas y consumidores[31].

Esa dependencia "principalmente" de su "propio" trabajo personal implica, como puede deducirse del ep. 2.2.18) de las Directrices, la exclusión de su ámbito de las situaciones en que la actividad económica del autónomo consista "simplemente" en explotar o compartir bienes o activos o en la reventa de bienes o servicios. En este punto podría suscitarse nuevamente el debate de la valoración de la entidad de los bienes y útiles aportados por el prestador de servicios en la delimitación del contrato de trabajo frente al trabajo por cuenta propia. Sin embargo, no es esa la orientación de las Directrices que, no puede olvidarse, van dirigidas al trabajo autónomo y no –exclusiva o necesariamente– al "falso autónomo".

Por otra parte, esa dependencia "principalmente" de su propia mano de obra, también parece estar claramente relacionada con la inexistencia de asalariados a su cargo[32]. Con lo que, en mi opinión por ejemplo, la posible contratación de una

[29] Ver The Social Protection of Workers in the Platform Economy http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU%282017%29614184. Según se desprende de los análisis del trabajo autónomo en Europa, recogidos en el Informe de la Comisión al Consejo sobre la aplicación de la Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, el porcentaje total de trabajadores por cuenta propia en la población activa se ha mantenido estable durante los últimos veinticinco años (en torno al 14% de la población activa), si bien ha aumentado la proporción de autónomos sin asalariados (alrededor del 68,3% de los 27 millones de trabajadores por cuenta propia de la UE). Además, los datos apuntan a altas tasas de pobreza de los ocupados entre los trabajadores por cuenta propia sin asalariados [págs. 5 y 15, con referencia a Eurostat, encuesta EU-SILC 2019, que se utilizó en el proyecto de la UE Working Yet Poor.

[30] Evaluación de impacto inicial de la iniciativa de la Comisión sobre Convenios colectivos de trabajo para trabajadores autónomos-ámbito de aplicación del art. 101 TFUE.

[31] Informe de evaluación de impacto (pág. 23), fundado en los resultados de Eurofound (2017), "Explorando el autoempleo en la Unión Europea", Cap. 1.

[32] Véase en Evaluación de impacto inicial… cit.

persona empleada a su cargo por las razones atendidas en la LETA (art. 11.2.a) no alterarían su condición de autónomo vulnerable a los efectos aquí discutidos en relación con el Derecho de la competencia, como tampoco los pactos de sustitución esporádica del autónomo en la prestación del servicio que ni siquiera, como veremos, afectan necesariamente a la laboralidad de la prestación. En definitiva, esa situación coyuntural no excluiría automáticamente su calificación, como tampoco su equiparación a los trabajadores por cuenta ajena ni su vulnerabilidad negocial.

3.2. El trabajo autónomo equiparable al asalariado

Como hemos anticipado, los convenios colectivos sobre condiciones de trabajo, acordados entre los prestadores de servicios autónomos sin trabajadores a su cargo y las empresas para las que prestan tales servicios en condiciones equiparables a la de los trabajadores por cuenta ajena, quedan al margen de la aplicación del art. 101 TFUE. El punto de partida es, como puede deducirse fácilmente, el de la homologación de tales productos negociales a efectos de la aplicación de la excepción Albany, habida cuenta de la similar situación material de estos autónomos con los trabajadores por cuenta ajena. Por otra parte, esta opción exegética de la Comisión supone, al menos a tales efectos, la superación del debate sobre la laboralidad de las cada vez más amplias zonas grises del Derecho del Trabajo y, en particular, del trabajo en las plataformas digitales[33].

La descentralización productiva y el auge del sector servicios en un mercado cada vez más digitalizado, está dando paso al auge del trabajo autónomo que, podríamos llamar, vulnerable. Sin embargo, esta situación ni tan siquiera puede zanjarse con la mera afirmación de que el "falso autónomo" realmente es un trabajador por cuenta ajena, con lo que la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo estaría excluida del art. 101 TFUE (aps. 7 y 20). La realidad material de aquéllos es otra, pues limitar la discusión a tales apreciaciones formales prescinde de que *"hasta que un falso trabajador por cuenta propia haya sido declarado trabajador por cuenta ajena por un tribunal o una autoridad administrativa, esa persona no tiene la seguridad jurídica de que se aplique la excepción Albany"* (apart. 7 Directrices).

Por otra parte, si ya de por sí es difícil la delimitación del contrato de trabajo respecto de las zonas grises del Derecho del Trabajo, la ausencia de consenso entre los Ordenamientos nacionales de la UE dificultan aun más, si cabe, la configuración de un concepto unívoco de trabajador y de empresa a nivel Comunitario. De ahí que las Directrices no sólo se hagan sin perjuicio de las definiciones de los términos "trabajador por cuenta ajena" o "trabajador por cuenta propia" de las respectivas legislaciones nacionales (apart. 10 Directrices), sino que -nuevamente- se rehúya aquélla para dar, en el exclusivo marco de la

[33] López Terrada, E, cit., págs. 282 y 283.

negociación colectiva en relación con el Derecho de la competencia, una respuesta muy pragmática a una problemática que se impone: la subordinación social de un amplio sector del trabajo autónomo y la –aun más extendida– ausencia de poder contractual. Por consiguiente, y pese a que la amplitud del concepto de empresa del art. 101 TFUE conforme a la doctrina del TJCE abarcaría en principio a todos ellos, con la prohibición derivada de negociación colectiva sobre sus condiciones de trabajo, las Directrices de la Comisión, siguiendo la estela de la STJUE FNV Funsten y las experiencias de legislación y jurisprudencia de los países de la UE, trascienden sobre tales consideraciones formales para equiparar a efectos de la excepción Albany a los autónomos sin trabajadores a su cargo que se encuentran en una situación material similar a la de los trabajadores por cuenta ajena. Estos se aglutinan en tres grandes grupos: a) los económicamente dependientes; b) los que trabajan "codo con codo" con trabajadores por cuenta ajena; c) las personas que trabajan a través de plataformas digitales de trabajo.

Podría decirse que la Comisión, en el marco de sus competencias, opta respecto del trabajo autónomo equiparable al asalariado, por una exégesis funcional del art. 101 TFUE y su relación con los objetivos de política social del TFUE, que garantiza la contratación colectiva a quien carece de poder contractual individual por apreciarse una situación de dependencia o subordinación económica propia o similar a la del trabajo por cuenta ajena. Supera así, renunciando a la elaboración dogmática de un concepto comunitario de "trabajador" "por cuenta ajena o por cuenta propia", los debates nacionales sobre la calificación y sobre las consecuencias de su total o parcial laboralización, para asumir la legitimidad de la defensa colectiva de sus intereses profesionales relativos a las condiciones de trabajo. Con todo, detrás de lo limitado de sus aspiraciones declaradas, esta fórmula es muy intuitiva y rememora la función originaria del Derecho laboral, donde claramente se erige la subordinación social en la base de su tutela organizada. Se orienta, por consiguiente, a objetivos de política social que en el momento actual parece imponer, en aras de la justicia social y la equidad, el abandono de un sistema rígidamente binario y un mayor desapego del reduccionismo de la problemática de la calificación[34]. Por otra parte, contribuye a superar la sobrevaloración de las condiciones pactadas, en tanto estas pueden ser más una muestra del escaso o nulo poder negociador de una de las partes, más que elementos auténticamente configuradores de la naturaleza contractual.

Pero, a estos efectos, ¿qué debe entenderse por dependencia?. Analizados los tres colectivos que se asimilan por equiparación a los trabajadores por cuenta ajena, la dependencia económica en estricto se aborda sólo en el primero, en tanto en los restantes, sobre todo en el segundo, se resalta también la idea de subordinación –o dependencia en sentido jurídico–, como acreditan significativamente las referencias

[34] Barbera M, "Ámbitos de la negociación colectiva en el trabajo autónomo: entre precariedad y la regulación", *Temas Laborales*, nº 151/2020, págs. 23, 24 y 29.

a una posible laboralización o recalificación. Ahora bien, la dependencia del auténtico autónomo que se describe, más allá de los casos de falsos autónomos no recalificados, necesariamente tiene que asumir unos matices diferentes a la que caracteriza al contrato de trabajo. En mi opinión, este escurridizo concepto, que se presenta contaminado por elementos propios de la subordinación laboral –una dependencia jurídica disminuida– y la simulación, podría decirse que se refiere a una dependencia económica entendida como un concepto sociológico, que se traduce en un desequilibrio contractual, y que se describe en gran medida con rasgos propios de la ajenidad y, significativamente, de la ajenidad en el mercado, como en los medios de producción y/o organización[35].

3.2.1. Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y son económicamente dependientes

La doctrina española tradicionalmente se ha debatido entre la noción de dependencia o de ajenidad al tratar de identificar el elemento clave definidor de los contornos del contrato de trabajo. Nuestros Tribunales, como es sabido, utilizan acumulativamente ambos conceptos. En cambio, al menos en mi opinión, la doctrina del TJUE respecto de la delimitación entre trabajo autónomo y dependiente ha basculado esencialmente sobre la subordinación o dependencia, sin consideración alguna a un constructo de la ajenidad diferente de aquélla.

Ahora bien, desde el Derecho de la competencia, el concepto de dependencia que se observa en la doctrina del TJUE integra la ajenidad en el mercado en sus diversas vertientes, dado que la subordinación también puede expresarse, por ejemplo, como una completa dependencia económica del intermediario u operador en el mercado, que se traduce en una carencia de los riesgos económicos propios de la actividad empresarial y que se desenvuelve como un mero auxiliar integrado en la empresa, carente de auténtica existencia autónoma[36]. En este sentido, el TJUE afirma que *"un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en*

[35] Conexo a este debate y en un sentido similar, propone el abandono de la concepción exclusiva de dependencia limitada al ámbito jurídico, para sumar la posibilidad de una dependencia económica expresiva de la subordinación en el trabajo: GARRIDO PÉREZ, E, "El papel definidor de la subordinación y la dependencia en el redireccionamiento hacia el autoempleo", en AAVV, *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, Albacete, 2019, págs.112, 131, 133, 157 a 159.

[36] STJUE de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, asunto C-217/05.

la empresa del mismo"[37]. Esta afirmación, expresada desde el contexto del Derecho de la competencia, ha dado paso a la apreciación por la doctrina de un resquicio para la negociación colectiva del autónomo, admitiéndose así la posibilidad de que éste actúe como un auxiliar asociado sin alcanzar a calificarse como falso autónomo[38].

El apartado 3.1 de las Directrices encaja en esta línea. Aquí la Comisión opta por identificar la dependencia económica con un porcentaje que considera suficientemente amplio de ingresos procedentes de un único cliente. Concretamente la Comisión, inspirada en legislaciones como la española y muy en particular en la alemana[39], considera que concurre esa dependencia económica que le equipara al trabajador por cuenta ajena, si el autónomo sin trabajadores a su cargo percibe en promedio, al menos el 50% de sus ingresos totales por rendimientos de trabajo en un período de uno a dos años o, en un período inferior si presta sus servicios en un lapso de tiempo inferior al año. De ahí presume ("es probable"… "en general"…"es más probable") que estos autónomos sin trabajadores a su cargo no tienen poder de negociación, ni verdadera capacidad para determinar de forma independiente su conducta en el mercado, formando parte integrante de la actividad y una unidad con la contraparte, siendo además muy probable que reciban instrucciones sobre cómo deben hacer su trabajo. La dependencia económica sustituye la prevalencia del requisito de dependencia personal y subordinación o, si se prefiere, de dependencia jurídica, pero no lo elimina completamente.

Pero, precisamente esa construcción claramente tasada sobre esas "probabilidades" de base, ¿deja margen a prueba en contrario que justifique la inaplicación de esta equiparación a efectos de la exclusión derecho a la negociación colectiva de este colectivo del ámbito del art. 101 TFUE?[40]. Dependencia económica no parece, a la vista de lo expuesto y de manera similar a como sucede en España, que pueda identificarse casuísticamente con la necesidad de protección por razones de subordinación social, pero sí con ausencia o sensible disminución

[37] Entre otras: STJUE de 4 de diciembre de 2014 (apart. 33, véase también, en especial, la 36); STJCE *de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio,* asunto C-217/05, *apartados 43 y 44)*.

[38] Un sector doctrinal observa un desajuste en el concepto del TJUE respecto del autónomo confrontada al concepto de trabajador, en tanto considera que el hecho de que los primeros pierdan esa condición de empresa, es decir, de operadores independientes en el mercado por su integración como auxiliar asociado y no asunción de riesgos, no necesariamente encajan el concepto de trabajador puesto que pueden no estar subordinados (Cabeza Pereiro, J, cit., pág. 118). En similar sentido: López Terrada, E, cit., pág. 285.

[39] Véase: Velasco Portero, T/ Fröhlich, M, El trabajador económicamente dependiente en el Derecho alemán, *Temas Laborales*, nº 111/2011, págs. 125, 128.

[40] En cambio el Arbeitnehmerähnliche Personen sí exige la necesidad de protección social comparable a un empleado, aparte la dependencia económica cifrada en la superación del 50% de sus ingresos a cuenta de un solo cliente -33% si prestan servicios artísticos, literarios o periodísticos- (véase nota anterior).

del poder negocial. De hecho una opción descartada de partida fue la de excluir las profesiones regladas y liberales (arquitectos, abogados, veterinarios, médicos, contables, etc) bajo la consideración de que se pueda presumir su capacidad para influir en sus condiciones de trabajo; no existe una definición de tales a nivel europeo y aún de existir, tampoco supondría la garantía de exclusión de todos los que tuviesen un auténtico poder de negociación, con lo que persistiría el riesgo de exceder de los objetivos de la iniciativa y de los poderes de la Comisión[41]. Ahora bien, precisamente esta indicación, como el hecho mismo de que la asimilación y consiguiente excepción esté sometida al principio de proporcionalidad, nos puede indicar la conclusión de que este supuesto requiere la concurrencia de ese desequilibrio negocial pero no necesariamente de precariedad y consiguiente necesidad inherente de protección social[42].

3.2.2. Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados "codo con codo" con trabajadores por cuenta ajena

La STJUE FNV Kunsten Informatie en Media/ Staat der Nederlanden, de 4 de diciembre de 2014, asunto C413/13, muestra uno de estos supuestos en que los trabajadores por cuenta propia sin asalariados trabajan junto a los trabajadores por cuenta ajena. El conflicto se suscitó en los Países Bajos, donde los autónomos tienen derecho a afiliarse a cualquier sindicato o asociación patronal o profesional, así como a la negociación de convenios colectivos tanto a través de las organizaciones patronales como de las de trabajadores. En el concreto caso sobre el que se pronuncia la referida sentencia, unas asociaciones de trabajadores de composición mixta y una asociación de empresarios celebraron un convenio colectivo para los músicos sustitutos de orquesta, cuyas previsiones sobre honorarios se aplicaban no sólo a los sustitutos laborales, sino también a los suplentes por cuenta propia. Concretamente respecto de estos últimos establecía que debían percibir al menos los honorarios de ensayo y concierto negociados para los sustitutos por cuenta ajena, más un incremento del 16%.

En el supuesto analizado, el TJUE extiende la excepción Albany y excluye de la aplicación del art. 101.1 TFUE a las disposiciones de los convenios colectivos sobre honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena, en el supuesto de que este mismo prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación

[41] Informe de evaluación de impacto, cit., págs. 23 y 24.

[42] En este sentido, equiparó la dependencia económica con desequilibrio en el poder de negociación, que justificase la negociación colectiva de los trabajadores autónomos dependientes, en tanto las reglas de la competencia están previstas para "iguales" y no para tales situaciones desequilibradas: Gorelli Hernández, J, cit., pág. 106.

comparable a la de esos trabajadores (aps. 31 y 34). Claro está, "falso autónomo" o auténtico "trabajador" desde la perspectiva y a efectos del Derecho de la Unión, y que se define en función de criterios objetivos que conforman una prestación en régimen real de subordinación, marginando los casos de independencia ficticia y que simula lo que a todos los efectos es una relación laboral (aps. 34 y 35). Recuérdese que el TJUE identifica como *"característica esencial de la relación laboral"* el hecho de *"que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales cobra una retribución"* (ap. 34). De lo que *"se deduce que el estatuto de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo* (Allonby, apartado 72), *que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario* (Agegate, C3/87, apartado 36) *y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica* (Becu y otros, C22/98, apartado 26)".

Desde luego, la descripción del caso FNV Kunsten deja en evidencia que, en el mejor de los casos *"no siempre es fácil determinar si determinados prestadores autónomos, como es el caso de los sustitutos del asunto principal, son o no empresas"* (ap. 32). Pero lo que rezuma a lo largo de toda ella, teniendo muy en cuenta lo que parece una indiferenciación e intercambiabilidad entre la prestación de unos y de otros, es la consideración de tales músicos sustitutos como "falsos autónomos", porque evidentemente o al menos con toda probabilidad, son prestadores que se encuentra en una situación comparable a la de los trabajadores con independencia de que se remita a los órganos judiciales nacionales su concreta valoración.

Pues bien, el apartado 3.2) de las Directrices de la Comisión recoge este tipo de situaciones y doctrina de la STJUE FNV Kunsten Informatie en Media/ Staat der Nederlanden. De hecho, hasta el ejemplo que toma de muestra se refiere a los músicos autónomos que trabajan en situación equiparable en términos de subordinación y similitud de tareas a la de los trabajadores por cuenta ajena, "codo con codo" en la misma empresa. De manera similar a como hace la referida sentencia, deja en manos de las autoridades nacionales la posible recalificación de tales relaciones, pero en cualquier caso, desde la perspectiva del art. 101 TFUE, éstas quedan fuera de su ámbito de aplicación, de manera que se afirma que *"deben poder celebrar convenciones colectivos con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo en los casos en que no hayan sido reclasificados como trabajadores por cuenta ajena"*. El criterio de aplicación es, más que en ninguno de los demás supuestos, el de la subordinación, aun cuando se refiera también a su dependencia económica; su prestación de servicios se caracteriza por estar bajo la dirección de

la empresa, por no asumir los riesgos comerciales y carecer de independencia en cuanto al ejercicio de su actividad económica.

Como puede deducirse, la inaplicación del art. 101 TFUE y la procedencia de la excepción Albany a tales supuestos es –o debería ser– puramente declarativa; se recoge expresamente este supuesto por su evidencia, pero no agota en absoluto las posibilidades de simulación del trabajo autónomo que puede presentarse sin esa duplicidad de regímenes utilizados en la misma empresa para el mismo trabajo. De hecho, en España se han apreciado situaciones similares en otros trabajos artísticos y/o creativos, como pueda ser el caso de los tertulianos y periodistas[43], así como los profesionales del doblaje que aborda la STS. de 6 de octubre de 2010, rec. 2010/2009, declarándose en ambos supuestos su naturaleza laboral.

3.2.3. Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados a través de plataformas digitales de trabajo

La problemática del trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena en las plataformas digitales, por lo general tiene como punto de partida el análisis del objeto mismo de la plataforma. Esta necesaria clarificación previa se observa ya en las SSTJUE (Gran Sala) Caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L. de 20 diciembre 2017 y Caso tribunal de grande instance de Lille (Tribunal de Primera Instancia de Lille, Francia) contra Uber France SAS, de 10 abril 2018. Ninguna de ellas resolvía sobre delimitación entre contrato de trabajo y trabajo autónomo, sino –ambas– sobre la calificación de la actividad, que basculaba entre su calificación como servicio de la sociedad de la información o, por el contrario, como servicio del transporte, con las consecuencias jurídicas a ello aparejadas. No obstante, cabía deducirse que, de haberse tratado de un servicio de mera intermediación, la laboralidad de los conductores estaría descartada. Ya entonces, los argumentos utilizados para la identificación de la actividad principal de Uber, desvelaron a su vez una nueva fórmula de organización empresarial y unas también novedosas expresiones o versiones del control y de la dependencia en el trabajo. El TJUE consideró el servicio de intermediación como indisociablemente vinculado a la oferta de servicios de transporte urbano no colectivo creado por esta, habida cuenta, en primer lugar, del hecho de que esa sociedad proporciona una aplicación sin la cual esos conductores no habrían estado en condiciones de prestar servicios de transporte, y las personas que deseasen efectuar un desplazamiento urbano no habrían podido recurrir a los servicios de los citados conductores y, en segundo lugar, del hecho de que esa sociedad ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores, en particular estableciendo el precio máximo de la carrera, recibiendo este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ejerciendo

[43] Es el caso, por ejemplo, que aborda la STS. de 19 febrero 2014, rec. 3205/2012.

cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso podía entrañar la exclusión de estos[44].

No extraña, por consiguiente, que siguiendo –nuevamente– la estela de la doctrina del TJUE, las Directrices de la Comisión –al igual que la Propuesta de Directiva (cfr. ap. 18 de la Propuesta) con la que se coordina y complementa– distingan en este subapartado entre las plataformas digitales de trabajo y otras plataformas digitales en línea. Las plataformas digitales de trabajo se definen en el apart. 2.d) de las Directrices de manera similar a como se hace en la Propuesta de Directiva, requiriendo: i) que se facilite, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, como un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles; ii) que se facilite a petición de un destinatario del servicio; y (iii) que *"implique, como elemento necesario y esencial, la organización de trabajo realizado por personas individuales, con independencia de que dicho trabajo se realice en línea o en un lugar determinado"*. En consecuencia, según las describe en el ap. 30, *"difieren de otras plataformas en línea en que organizan el trabajo realizado por personas físicas a petición, única o repetida, del destinatario de un servicio prestado por la plataforma"*. Por otra parte, también exige que la labor de organización del trabajo debe implicar, como mínimo, un papel importante en la adaptación de la demanda del servicio a la oferta de mano de obra de una persona física que tiene una relación contractual con la plataforma digital de trabajo, y que puede incluir otras actividades, como es la tramitación de pagos.

Por consiguiente, la dependencia material de la plataforma es de nuevo el elemento clave para la extensión de la excepción Albany a estos trabajadores por cuenta propia de las plataformas digitales, equiparables a los trabajadores por cuenta ajena. De nuevo, la dependencia que justifica la homologación de estos trabajadores autónomos en la exclusión de sus convenios colectivos del art. 101 TFUE presenta fuertes rasgos de lo que podría denominarse como ajenidad en el mercado (como muestra "que se facilite a petición de un destinatario del servicio" o la referencia a la "dificultad para llegar a los clientes"), y, por supuesto, de subordinación negociadora (enfrentándose a menudo a "ofertas de trabajo definitivas, con poco o ningún margen para negociar sus condiciones laborales, incluida la remuneración"). Pero también, como puede desprenderse del contraste entre la Propuesta de Directiva y estas Directrices, de sospecha de simulación de auténtica subordinación laboral[45].

[44] Posteriormente, también la STJUE de 19 diciembre 2019 (Gran Sala) Caso X contra YA y otros. decide sobre si Airbnb realiza actividades enmarcadas en el sector de la información o, por el contrario, son encuadrables en el sector de la actividad propia de la transacción inmobiliaria. En este caso, el TJUE declara que forma parte del primero.

[45] Vid. Informe de impacto, cit., pág. 25.

Precisamente por esa labor "necesaria y esencial" de organización del trabajo de la plataforma de trabajo, la ya de por sí difícil delimitación entre el trabajo autónomo dependiente y el trabajo por cuenta ajena, se hace particularmente conflictiva en este ámbito[46]. Conflicto que de nuevo la Comisión resuelve situándose por encima. Por su parte, el art 4 de la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, de manera similar a la DA vigésimotercera ET[47], sigue la técnica de la presunción de laboralidad cuando la plataforma controle la ejecución del trabajo[48]. Concretamente, se entenderá que

[46] Es el caso, por ejemplo, del Auto del TJUE de 22 abril 2020, asunto C-692/19, (Sala Octava) Caso B. contra Yodel Delivery Network Ltd, que aborda la calificación de la prestación de servicios con la intervención de una plataforma digital. En este Auto, reconoce el TJUE que la Directiva 2003/88 no define el concepto de "trabajador", si bien dicho concepto tiene un significado autónomo especifico en el derecho de la Unión ya elaborado por el propio TJUE, que descansa en el criterio de la dependencia, y que debe ser apreciado por el juez nacional conforme a criterios objetivos y una vez valoradas globalmente todas las circunstancias del caso. Y así reitera lo que ya ha afirmado en ocasiones anteriores, de manera que se tendrá que determinar *"en qué medida una persona ejerce sus actividades bajo la dirección de otra"* (27), pues *"una relación laboral implica la existencia de una relación de subordinación entre trabajador y empleado"* (28*). "Por tanto, la característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (29)".* Los indicios que baraja el TJUE y que son sobre los que decide y que indican la existencia de un trabajador autónomo apuntan a que esa persona dispone de la facultad discrecional de: a) subcontratar o utilizar suplentes para prestar el servicio al que se ha comprometido realizar; b) aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por su presunto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas; c) proporcionar sus servicios a terceros, incluidos los competidores directos del presunto empleador; d) establecer su propio horario de "trabajo" dentro de ciertos parámetros y organizar su tiempo a su propia conveniencia en vez de únicamente a la conveniencia del presunto empleador. En el concreto caso del comentado Auto del TJUE, y aun cuando como siempre se remita para su valoración al juez nacional, en principio rechaza el carácter laboral de la relación examinada, *"siempre que, en primer lugar, la independencia de esa persona no parezca ficticia y, en segundo lugar, no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre dicha persona y su presunto empleador.".*

Pues bien, en un supuesto similar, concretamente en Globo, plataforma de intermediación on demand de reparto exprés, la STS. núm. 805/2020 de 25 septiembre, rec. 4746/2019, resolvió a nivel nacional el debate de la calificación del contrato de sus "riders" declarando la laboralidad de dicha relación.

[47] Asume la doctrina de la sentencia STS. núm. 805/2020 de 25 septiembre, rec. 4746/2019, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores para garantizar derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales (EM). En consecuencia, la nueva D.A. vigesimotercera del TRLET, establece la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. También se modifica con ella el art. 64 ET añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4.

[48] Presunción refutable que ya se propuso en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social

la plataforma digital ostenta el control de la ejecución del trabajo cuando cumpla al menos dos de las siguientes condiciones: a) determina efectivamente el nivel de remuneración o establece límites máximos para este; b) exige a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo; c) supervisa la ejecución del trabajo o verifica la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos; d) restringe efectivamente la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo, en particular la discreción de elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas, o de recurrir a subcontratistas o sustitutos[49]; e) restringe efectivamente la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros.

3.3. El trabajo autónomo en condiciones de desequilibrio negocial

Como advertí antes, aquí la razón y la facultad ejercida por la Comisión en el punto 4 de sus Directrices para la admisión de la negociación colectiva de los autónomos sin trabajadores a su cargo, es diferente a las de los anteriores supuestos (apartado 3). Aquí la razón no es la exclusión de la negociación colectiva de tales colectivos del art. 101 TFUE, ni el medio es la exégesis teleológica de la exención de política social de la doctrina Albany. La razón de estos supuestos estriba en la apreciación de un desequilibrio negocial entre el auténtico autónomo que trabaja de manera independiente y la contraparte. Desequilibrio que priva a aquél de la posibilidad de negociar individualmente para la mejora de sus condiciones de trabajo, situándolo, aquí sí, en una posición similar a la de los trabajadores por cuenta propia equiparables a los trabajadores[50]. En cuanto a la vía para tales propósitos, es la facultad de la Comisión de establecimiento de Prioridades; en definitiva, la justificación de hacer un uso más eficaz de sus recursos, prescindiendo así de intervenir en determinados supuestos para dirigir sus esfuerzos a combatir las prácticas más perjudiciales. También como se señaló más arriba, aun siendo amplio el margen de discrecionalidad de la Comisión en la fijación de sus prioridades, siempre tiene que respetar el principio de proporcionalidad en atención al objetivo perseguido y al daño que puedan causar; en este caso, no puede perjudicar indebidamente a la competencia y a los consumidores.

para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital (2019/2186(INI)) (ap. 5).

[49] Ni siquiera la posibilidad de sustitución esporádica arbitrada por el trabajador excluye el carácter personal de la prestación, pues también beneficia al empresario que ve garantizada la continuación del servicio (por ejemplo: STS de 25 de enero de 2000, recurso 582/1999 -limpiadora en fincas urbanas- y de 16 de noviembre de 2017, recurso 2806/2015).

[50] En este sentido, también en las relaciones de mercado entre empresas (y como tales la persona trabajadora por cuenta propia no equiparable al trabajador) se pueden dar condiciones de dependencia económica y organizativa que se traduzcan en una relación profundamente jerárquica y autoritaria necesitada de protección (Barbera M, cit., pág. 19).

En definitiva, a través de esta facultad, la Comisión verdaderamente se compromete a no intervenir en los supuestos identificados pese a que se rebasen los límites de la exclusión del art. 101 TFUE; la negociación colectiva se revela como necesaria para la consecución del reequilibrio negocial y, por tanto, para la mejora negociada de sus condiciones de trabajo. Los supuestos son los que siguen:

3.3.1. Cuando la(s) contraparte(s) tiene(n) determinada solidez económica.

En este caso la Comisión se compromete a no intervenir contra los convenios colectivos de estos autónomos sin trabajadores a su cargo en tanto el poder de demanda puede provocar el desequilibrio negocial que impida que puedan influir en la mejora de sus condiciones de trabajo. La Comisión asume expresamente que puede existir un desequilibrio en el poder de negociación que justifique que no intervenga en casos diferentes de los expresamente recogidos en las Directrices (ap. 35). Pero declara la presunción de tal desequilibrio en el poder negociador en dos supuestos concretos, a saber:

a) Cuando la contraparte ostenta una posición de monopsonio por representar a todo un sector o industria[51].
b) Cuando la persona por cuenta ajena sin trabajadores a su cargo negocia con una contraparte que, bien tratándose de una sola empresa, bien conjuntamente si se negocia con varias de ellas, tiene una dimensión superior a una microempresa conforme a los umbrales utilizados por la Recomendación de la Comisión sobre el concepto de PYME (art. 2.3 Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas). La Comisión tan sólo excluye de la presunción a las microempresas atendiendo a la mayor dependencia de éstas de los autónomos, sin que pueda presuponerse un desequilibrio de poder cuando una microempresa negocia por sí misma[52]. Por consiguiente, el compromiso de no intervención de la Comisión se refiere a las negociaciones colectivas de los trabajadores por cuenta propia sin trabajadores a su cargo cuando la contraparte tenga un volumen de negocios anual total o balance anual total superior a 2000000 Euros o cuyo número de empleados sea igual o superior a diez personas, o cuando la negociación se lleve a cabo con varias contrapartes que rebasen conjuntamente uno de esos umbrales, calculado de conformidad con la referida Recomendación de la Comisión.

En aplicación de la legislación nacional o de la Unión Europea, en consideración a la situación de desequilibrio negocial.

[51] Perspectiva que valora positivamente: López Terrada, E, cit., págs. 298 a 300.

[52] Informe de Evaluación de Impacto, pág. 26.

La Comisión también se compromete a no intervenir frente a los convenios colectivos negociados en determinados sectores por los trabajadores por cuenta ajena sin trabajadores a su cargo, cuando el legislador nacional, en atención a objetivos sociales y al desequilibrio negocial entre las partes apreciadas por aquéllos como observadores privilegiados de las particularidades de su economía, les haya reconocido el derecho a la negociación colectiva, o los haya eximido de la aplicación del Derecho nacional de la competencia. Puede ser el caso, por ejemplo, de la exclusión de la aplicación del Derecho nacional de la competencia de un convenio colectivo, o de la admisión de su negociación, en determinados sectores del trabajo creativo o artístico, como puedan ser de los traductores de audiovisuales, o de los actores de doblaje, músicos de sesión, y periodistas autónomos, como también de las personas trabajadoras del hogar familiar o de autónomos "enteramente dependientes"[53].

Bajo las mismas consideraciones, también la Comisión se compromete en no intervenir en los casos en que con idéntico motivo de corrección de un desequilibrio del poder de negociación, el Derecho de la Unión reconozca al trabajador por cuenta ajena sin trabajadores a su cargo, por ser el sujeto contractual más débil, esa posibilidad de negociación colectiva frente a la(s) contraparte(s). Es el caso, según cita la propia Comunicación, de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor, que asumiendo que el autor se encuentra en una posición contractual más débil que sus contrapartes, confiere flexibilidad a los Estados miembros para garantizar una remuneración justa en la cesión de la explotación de sus obras; la negociación colectiva es uno de esos posibles instrumentos de reequilibrio del poder negocial (Considerando 73 y art. 18.2).

4. EL ÁMBITO MATERIAL: LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Al igual que la excepción Albany, la exclusión del art. 101 TFUE de los convenios y acuerdos de los autónomos, como aquéllos supuestos en que la Comisión se compromete a no intervenir en las negociaciones de los autónomos vulnerables, está limitada a la negociación de las condiciones de trabajo. No obstante, se destaca aquí expresamente la inclusión de la remuneración entre las condiciones de prestación susceptibles de negociación; precisamente ésta, que el Derecho de la competencia excluiría automáticamente por su influencia directa sobre los consumidores, es expresamente incluida, dada su transcendencia y la razón de base de todos los supuestos, es decir, la imposibilidad de influencia sobre sus condiciones de trabajo.

Por consiguiente, serán estas, los pactos referidos a las condiciones del trabajo personal de los autónomos sin trabajadores a su cargo, y, entre ellas: la

[53] Cabeza Pereiro, J, cit., pág. 102.

remuneración, recompensas y primas, el tiempo de trabajo y los modelos de trabajo, las vacaciones, los permisos, los espacios físicos en los que se desarrolla el trabajo, la salud y la seguridad, el uso de la gestión algorítmica, la ampliación de la protección por maternidad, el acceso a los planes de formación, la mejora de los seguros y la seguridad social y las condiciones de suspensión o extinción de su prestación o relación[54].

Por el contrario, quedan también expresamente prohibidos los acuerdos que excedan de la negociación de esas condiciones de trabajo, con lo que pueden infringir el art. 101 TFUE. Es el caso de los acuerdos que se refieran a los términos y condiciones cobrados a los consumidores, por ejemplo, de los acuerdos que inciden directamente en el precio mínimo a imponer a aquéllos (lo que es diferente de una remuneración mínima a percibir de la contraparte con independencia de cómo repercuta en el precio final del servicio[55]), o que impliquen el reparto del mercado y explícitamente, las que limitan la libertad de las empresas para contratar a los proveedores de la mano de obra que necesitan (punto 17).

Dicho esto, por más que las Directrices faciliten la delimitación, la dificultad ahora se traduce en su apreciación casuística, que debe resolverse siempre tanto sobre los aspectos materiales de la relación (estrictamente condiciones de trabajo)[56], como sobre la finalidad de política social que vienen a cumplir y que es el soporte básico de la doctrina Albany para la exclusión del convenio colectivo del art. 101 TFUE[57] y que con uno u otro mecanismo se extiende, siempre sometido al principio de proporcionalidad.

[54] Vid. punto 15 de las Directrices y 6.2.1 del Informe de Evaluación de Impacto que acompaña al Comunicado de la Comisión sobre las comentadas Directrices.

[55] Los pactos fijados en el convenio colectivo pueden, y de hecho se parte de su inevitabilidad, incidir indirectamente en el mercado de bienes y servicios, pero lo que no pueden es fijar de manera directa las reglas propias de tales ámbitos (Cruz Villalón, J, cit., pág. 23).

[56] Como contribución a esa delimitación, Cruz Villalón propone la separación entre aquellos aspectos que inciden en el mercado de trabajo y que constituyen el contenido propio de la negociación colectiva, frente a los que se integrarían en el mercado de bienes y servicios y que caerían en el ámbito del Derecho de la competencia (Cruz Villalón, J, cit., págs. 22 y ss.). No obstante, pese a esa distinción persiste la dificultad en el deslinde, como reconoce el propio autor y asume también, por ejemplo, Goerlich Peset, JMª, cit, 2021, págs. 134 y ss., y 140 y ss.; y cit., 2023, págs. 1659 y ss.

[57] Finalidad y objeto no tienen que responder exactamente al mismo concepto, puesto que aun tratándose de un contenido laboral, también estaría excluida de la excepción Albany los contenidos laborales de los convenios cuya finalidad oculta fuese la distorsión de la competencia (CRUZ VILLALÓN, J, cit., págs. 23 a 25).

5. EL MEDIO Y LOS AGENTES DE INTERLOCUCIÓN

La exclusión o compromiso de no intervención de la Comisión ante los acuerdos sobre condiciones de trabajo de los autónomos sin trabajadores a su cargo, se limita a la realizada a través de convenio colectivo. A tales efectos de la valoración de su exclusión, inaplicación o colisión con el Derecho de la competencia, por convenio colectivo debe entenderse *"un acuerdo negociado y celebrado colectivamente entre personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados o sus representantes, y sus contrapartes, en la medida en que, por su naturaleza y finalidad, se refiera a las condiciones de trabajo de dichas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados"* (punto 2.c) de las Directrices).

Esta definición de convenio colectivo, se articula así de manera independiente a la que pueda mantener los Estados miembros en el contexto del diálogo social. No se define sino en los términos que utilizó en su momento primero el TJCE y después el TJUE para construir su doctrina Albany, que excluye del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado, a los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de los objetivos de política social. Esa exclusión se decide, "en razón de su naturaleza y de su objeto", con lo que se remite a su particular contenido convencional (condiciones de trabajo) y a su finalidad de política social. En definitiva, se categoriza por su naturaleza acordada, su ámbito colectivo y, muy en particular, por su finalidad objetiva, que es la determinación de las condiciones de trabajo en atención a razones vinculadas a la política social[58].

Con todo, como anticipamos al inicio, es de esperar que la aceptación y tan positiva valoración de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los autónomos sin trabajadores a su cargo, incida en la legislación de los Estados miembros, ya sea para aceptarla o reconocerla; ya sea para ajustarla a las Directrices en relación a su ámbito subjetivo, como pueda ser extendiéndola al común de los sectores; o, por ejemplo en España, para ajustarla a los porcentajes de dependencia económica o para ampliar su ámbito más allá de la empresa; o, ¿por qué no?, para incentivar los convenios mixtos, extendiendo –quizá– también el régimen jurídico y las consiguientes características propias del convenio laboral, como pueda –en su caso–, su eficacia normativa y general, cuando cumpla los requisitos precisos[59].

[58] En tanto en Albany, Brentjens y Drijvende Bokken y Van der Woude, el TJCE se refiere a "convenio colectivo", en la STJCE de 3 marzo 2011, Caso AG2R Prévoyance, Asunto C-437/09, ya se le brinda la oportunidad de hacer una categorización más flexible del medio. En este caso se trata de un acuerdo celebrado de manera adicional a un convenio colectivo, con lo que se le extiende, por supuesto, la doctrina Albany, si bien parece que lo trascendente -más que la categoría- es que sea el resultado de una negociación colectiva entre la organización representativa de empresarios y las representativas de los trabajadores (ap. 31).

[59] Toda vez que la limitación de los acuerdos de interés económico profesional al ámbito de la empresa, como también su necesaria aceptación expresa por el autónomo, se justifican en lo que se consideró una exigencia del Derecho de la competencia: Gorelli Hernández, J, cit., pág. 149.

La identificación de los agentes de la interlocución son claves para la delimitación de los supuestos amparados por las Directrices, toda vez que sólo alcanza a los acuerdos colectivos realizados entre los trabajadores autónomos y sus representantes y sus clientes profesionales o sus asociaciones representativas (vid. art. 2.b) Directrices). En consecuencia, y salvo que se trate de acuerdos de coordinación de posturas necesarios y proporcionados para la preparación de la negociación del convenio o acuerdo colectivo (punto 16), estarán excluidas de su aplicación y tendrán que evaluarse al margen de las Directrices, tanto los acuerdos entre empresas como los acuerdos entre autónomos o sus representantes[60].

De nuevo, las Directrices no inciden ni pretenden determinar los canales de representación de los trabajadores autónomos, ni los posibles interlocutores de la negociación colectiva de cada Estado miembro. Hay países que desde su propia Constitución o en el bloque constitucional, reconocen el derecho de libertad sindical a los autónomos sin trabajadores a su cargo. También, como he anticipado, la OIT sostiene que "todos los trabajadores", incluidos los trabajadores por cuenta propia o autónomos, están cubiertos por las disposiciones de los Convenios nº 98 y 154 OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva[61]. Por su parte, la mayoría de los sindicatos y las organizaciones de empleadores han mantenido que las Directrices deberían respetar el estatus de los interlocutores sociales conforme a la legislación nacional, reclamando los primeros que las negociaciones en representación de los trabajadores por cuenta propia sean realizadas únicamente por ellos[62]. Sin embargo, nuevamente las Directrices pretenden situarse en un

[60] Por consiguiente, no parece que se supere completamente la doctrina de la STJCE de 12 de septiembre de 2000, Pavlov, en la medida en que el acuerdo se adoptó en el seno de una asociación profesional representativa, pero no en el marco de una negociación entre interlocutores de ambas partes, es decir, autónomos y sus contrapartes. Sí se descarta ahora sus consideraciones sobre inaplicación de esos objetivos de Política Social de los Tratados que las Directrices, en cambio, sí extienden a estos autónomos vulnerables. En este sentido reconoce López Terrada que, una vez dotada de eficacia vinculante la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, no puede mantenerse las afirmaciones de la STJCE Pavlov de que no hay ninguna disposición en el Tratado que incite a los trabajadores por cuenta propia a celebrar acuerdos colectivos destinados a mejorar sus condiciones de empleo y de trabajo (cit, págs. 293 y 294).

[61] También, el Convenio nº 141 OIT sobre las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social (Gorelli Hernández, J, "Las relaciones colectivas en las actividades fronterizas", cit, pág. 96). Véase, por ejemplo, Observación (CEACR)-Brasil, publicada en la 109ª reunión CIT (2021) en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:4061795 (última consulta 04/05/2023). El derecho a la negociación colectiva es un derecho fundamental objeto de los Convenios de la OIT: Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento" (disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf, última revisión 22/06/2023); JOHNSTON, H, "Geografías laborales en la economía de las plataformas. Entender las estrategias de representación colectiva en el contexto del trabajo digital", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 139 (2020), núm. 1, págs. 38, 39; LÓPEZ TERRADA, E, cit., págs. 282 y 284.

[62] Informe de Impacto (cit.), 11.3.

campo de visión diferente que supera las limitaciones conceptuales del Derecho laboral para, no obstante, nutrirse de sus razones y finalidades.

De ahí que no discriminan entre pactos de naturaleza colectiva o de naturaleza plural aceptados por la legislación y las prácticas nacionales, como tampoco entre los posibles representantes de tales colectivos de autónomos[63]. Por tanto, se predican, por ejemplo, tanto de las negociaciones realizadas a través de los sindicatos, como de las asociaciones de autónomos, como de asociaciones, corporaciones o colegios profesionales, como asociaciones patronales, o como de la negociación directa –o, si se prefiere, multilateral– por un grupo de esas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados o sus representantes con su(s) contraparte(s) o asociaciones de dichas contrapartes. Por otra parte, probablemente teniendo en consideración que hay países cuya legislación admite los convenios colectivos aplicables tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia, como cualquier otra vía de extensión o adhesión admitida en Derecho[64], las Directrices también cubren los casos en que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, tanto de forma individual como en grupo, desean estar cubiertas por un convenio colectivo vigente celebrado entre la contraparte para la que trabajan y un grupo de trabajadores por cuenta ajena o un grupo de trabajadores por cuenta propia sin asalariados (puntos 14 y 16).

[63] Es probablemente lo más razonable, dada la heterogeneidad de los colectivos de autónomos, como de la diferente receptividad del sindicato respecto de aquéllos (vid. Gorelli Hernández, J, cit., págs. 97 y ss.

[64] Véase: Ferradans Caramés, C, "Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas", en AAVV -Gómez Muñoz, J.M.- *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas,* Bomarzo, Albacete, 2019, págs.350 a 355; Gorelli Hernández, J, cit., págs. 105 y 106; Hayter, S y Visser, J, "Por una negociación colectiva más inclusiva: la extensión de los convenios colectivos", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 140 (2021), núm. 2, págs. 185, 200, 203, 204 y 206.

3
Protección e inclusión social

RENTA MÍNIMA ADECUADA. A PROPÓSITO DE LA RECOMENDACIÓN 2023/C 41/01, SOBRE UNA RENTA MÍNIMA QUE PROCURE LA INCLUSIÓN ACTIVA

José Luis Lázaro Sánchez*
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras claves:** Renta mínima, inclusión social

La aprobación a principios, de este año, de una nueva iniciativa sobre renta mínima adecuada constituye un momento adecuado para volver analizar este mecanismo de protección social. Al margen de las referencias que al respecto contiene el Derecho Originario y otros importantes instrumentos del acervo jurídico de la Unión Europea, ésta ha adoptado, desde hace tiempo, diversas recomendaciones instando a los Estados a reconocer como derecho fundamental de las personas de tener recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana. En los últimos años, la aprobación en 2017 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, vuelve a insistir sobre ello, e incluye entre sus principios que toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Como desarrollo de este Pilar, en conexión con las orientaciones de política de empleo 2022, y en el contexto de pobreza y exclusión existente, agravado por la COVID-19 y la guerra de Ucrania, el Consejo ha aprobado la Recomendación 2023/C 41/01, de 30 de enero de 2023, sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, cuyo contenido constituye el objeto principal de este estudio.

ABSTRACT ***Keywords:*** *Minimum income, social inclusion*

The approval at the beginning of this year of a new initiative on adequate minimum income constitutes an appropriate moment to re-analyze this social protection mechanism. Aside from the references contained in the Original Law and other important instruments of the legal acquis of the European Union, the latter has long adopted various recommendations urging States to recognize as a fundamental right of people to have resources and sufficient benefits to live in accordance with human dignity. In recent years, the approval in 2017 of the European Pillar of Social Rights, once again insists on this, and includes among its principles that every person who lacks sufficient resources has the right to adequate minimum income benefits that guarantee a decent life to throughout all stages of life, as well as access to training goods and services. As a development of this Pillar, in connection with the 2022 employment policy guidelines, and in the context of existing poverty and exclusion, aggravated by COVID-19 and the war in Ukraine, the Council has approved Recommendation 2023/C 41/ 01, of January 30, 2023, on an adequate minimum income that seeks active inclusion, the content of which constitutes the main object of this study.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto PID 2022 – 141201OB, TRABEXIT, de la convocatoria de ayudas del Ministerio de Ciencia e Innovación para proyectos de generación de conocimiento 2022, del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

 Recepción original: 24.07.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Fundamento y precedentes
2. La renta mínima y el pilar europeo de derechos sociales
3. Breves referencias a la realidad de las rentas mínimas
4. La recomendación 2023/c 41/01, de 30 de enero de 2023, sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa
   4.1. Las razones de una nueva Recomendación
   4.2. La *nueva* configuración de la renta mínima adecuada
5. Conclusiones

1. FUNDAMENTO Y PRECEDENTES

Como se ha apuntado, la idea de reforzar la protección social, ante la insuficiencia del sistema para dar solución a las cada vez más personas con poca o ninguna cobertura social, resulta imprescindible, a la vez que una exigencia cívica.

La misma encuentra fundamento al más alto nivel normativo, en los Tratados de la Unión Europea. Sin ánimo exhaustivo, el art. 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, señala que "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", objetivos sobre los que incide el art. 151 de este Tratado, primero de los preceptos de su Título X, dedicado a la política social.

Este último artículo, se apoya en los derechos sociales fundamentales recogidos, por un lado, en la Carta Social Europea, entre los que cabe destacar, por su relación con la materia que nos ocupa, el derecho al trabajo (art. 1), el derecho a la seguridad social (art. 12), el derecho a la asistencia social y médica (art. 13), el derecho a los servicios sociales (art. 14), el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 32), o el derecho a la vivienda (art. 31). Por otro, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 34, dedicado a la seguridad social y ayuda social, señala en su tercer apartado que "con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales".

Más allá de estas referencias, y de manera más concreta en relación a nuestro objeto de análisis, la Unión Europea ha ido adoptando algunas Resoluciones y Recomendaciones, que brevemente relacionamos.

En 1989, la Resolución del Consejo y de los Ministros de Asuntos Sociales, de 29 de septiembre, relativa a la lucha contra la exclusión social, pedía a la Comisión

que, junto con los Estados, analizara e informara de las acciones que, tanto a nivel europeo como nacional, se estaban desarrollando en materia de lucha contra la exclusión social. También ese año, el 12 de julio de 1989, el Comité Económico y Social Europeo aprobó un dictamen sobre la pobreza, que se centra en las situaciones de "gran pobreza", que identifica con tres carencias: de alojamiento, o disposición de un alojamiento indigno de un ser humano o de una familia, de recursos financieros, y de protección social y sanitaria. Y a partir de las que se consideran grandes causas de la pobreza, el Dictamen considera que los esfuerzos debían centrarse en las mismas, en concreto, y, en primer lugar, en el desempleo; "mientras siga existiendo el paro en un alto nivel, permanecerá el riesgo de la gran pobreza" se dice de manera expresa en el Dictamen. También en la vivienda, ya que el no disponer de la misma "es una marca muy clara de la exclusión y de la marginación social y profesional". Junto a las anteriores se apuntan también, por una parte, la fragmentación de los modelos familiares, que repercuten directamente sobre la aceleración de los procesos de gran pobreza al deteriorar profundamente las solidaridades elementales, y, por otro, la ineficacia e inadecuación de los sistemas y políticas de seguridad social.

En ese contexto, la Recomendación 92/441/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, instaba a los Estados a reconocer como derecho fundamental de las personas tener recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana. La concreción de cuáles deban esos recursos es, para esta iniciativa, cometido de los Estados, lo que recomienda hacer a partir de determinados indicadores, tales como nivel de vida y de precios, la renta media, el consumo de las unidades familiares, o el salario mínimo, teniendo en cuenta, además, que la medición debe hacerse no sólo individualmente sino en la unidad familiar en la que viva, y considerando, por ello, los diferentes tipos y dimensiones de unidades familiares existentes.

Además de la idea de fijar el importe de los recursos suficientes para vivir, la Recomendación sugiere a los Estados conceder ayudas financieras a las personas cuyos recursos sean inferiores a dicho importe, a fin de que puedan alcanzarlos. A la vez, les recomienda prestar a los beneficiarios un "acompañamiento social apropiado", que en el caso de las personas que por edad y aptitud para trabajar esté orientado a incorporarlas, o reincorporarlas, a la vida activa laboral, incluida la formación profesional.

Por otra parte, el reconocimiento del derecho a disponer de tales recursos y ayudas, y por tanto su evaluación y de las situaciones que lo determinan, debiera realizarse a través de procedimientos simples, que sean revisables. En fin, la Recomendación insta a que la referida concreción debiera revisarse periódicamente a fin de asegurar que los importes fijados permitan lograr el objetivo principal; disponer de recursos suficientes para una vida digna.

Al margen de ello, la Recomendación emplaza a que se hiciera balance a los cinco años de las medidas adoptadas, para lo que pide a la Comisión que se fomente el intercambio de información de las disposiciones nacionales adoptadas, y que se presente al Parlamento, a la Comisión y al Comité Económico y Social los progresos y obstáculos existentes en la aplicación de la Recomendación.

La tercera referencia a considerar, cronológicamente hablando, llega con la Recomendación 2008/867/CE, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, que sitúa en el primero de sus considerandos el respeto a la dignidad humana, adopta como punto de partida la necesidad de hacer mayores esfuerzos en la aplicación de la Recomendación 92/441/CEE, en tanto, como señala otro de sus considerandos, la persistencia de la pobreza y el desempleo obliga a realizarlos, para lo que se recomienda adoptar una estrategia integrada de inclusión activa.

Esta estrategia se articula a través de la combinación de tres factores: apoyo a la renta adecuado, existencia de mercados de trabajo inclusivos y el acceso a unos servicios de calidad. Respecto del primero, sitúa en la esfera de la dignidad humana el derecho de las personas a tener recursos y ayudas suficientes para vivir, recomendando a los Estados que los ciudadanos puedan combinarlos con la disponibilidad activa para el trabajo o la formación profesional, en el caso de las personas cuyas condiciones permitan una disponibilidad activa, o, en su caso, prever medidas económicas y sociales de integración de las personas que no la tengan. En lo referido a la concreción de la ayuda, del apoyo a la renta, y en tanto los Estados miembros son responsables de la definición del nivel de apoyo, la Recomendación señala que "deberán tenerse en cuenta las condiciones de vida y los niveles de precios por el tipo y el tamaño del hogar en el Estado miembro en cuestión, utilizando los indicadores nacionales apropiados".

Pero la Recomendación configura la existencia de la ayuda no de manera aislada sino en un contexto, el de la referida estrategia integrada de inclusión activa, y, por tanto, vinculándola a sus contenidos, y, por tanto, a los otros dos pilares de la misma. Uno, la existencia de mercados inclusivos, que se identifican con la adopción de medidas para garantizar que las personas cuya condición las hace aptas para el trabajo reciban ayuda efectiva para conseguir (de nuevo) un empleo acorde a su capacidad de trabajo, y permanecer en el mismo. Y dos, con el acceso a unos servicios de calidad, particularmente en el ámbito de la ayuda social, del empleo y de la formación, del apoyo a la vivienda, de cuidados infantiles, y de cuidados a largo plazo y de los servicios sanitarios.

En cierta medida parte esta idea ya estaba presente en la Recomendación 92/441/CEE, en la que además del derecho a los recursos y ayudas suficientes, se alude a la disponibilidad activa para el trabajo y para la formación profesional. De manera más directa, como ha sido apuntado, la idea de inclusión activa ya se había utilizado en algún informe, como también en la Comunicación de 17 de octubre de

2007 sobre Modernización de la Protección Social para lograr una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada. Y como se ha subrayado, la primera vez que se menciona de manera explícita la idea de inclusión activa es en el Informe Conjunto de Protección Social e Inclusión Social de 2006.

2. LA RENTA MÍNIMA Y EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

A comienzos de 2017, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI)) en la que se resalta que la Unión Europea debe responder al desempleo, al aumento de las desigualdades y la falta de oportunidades, especialmente para los jóvenes. Asimismo, considera esta Resolución que la Unión debe seguir desarrollando un modelo social europeo orientado al pleno empleo y que garantice una protección social adecuada y servicios esenciales de calidad para todos, luche contra las desigualdades económicas, capacite a las personas en situación vulnerable, y luche contra la pobreza y la exclusión social.

Esta Resolución pide a la Comisión que presente no meras declaraciones de principios, sino propuestas concretas, a través de la legislación, u otros mecanismos de elaboración de políticas e instrumentos financieros, sobre un pilar europeo de derechos sociales (PEDS). Y que las mismas se apoyen en el acervo social y en las políticas sociales y de empleo de la Unión, como también en los resultados de la consulta pública de 2016 auspiciada por la propia Comisión.

La Resolución contiene referencias expresas a la renta mínima, que incluye dentro de un apartado dedicado a la protección social adecuada y sostenible, y sobre la cual destaca la importancia que tiene en la preservación de la dignidad humana, y para combatir la pobreza y la exclusión social, a la vez que permiten a las personas participar en la sociedad y seguir una formación y/o buscar trabajo. Por todo ello, se pide a la Comisión y a los Estados miembros que analicen los regímenes de renta mínima y se evalúe el establecimiento de una renta mínima adecuada en todos ellos, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias económicas y sociales de los mismos, así como las prácticas y las tradiciones nacionales.

Y por su relación con aquélla, destacan también otras referencias contenidas en esta Resolución, caso, por ejemplo, de las referidas a las prestaciones de desempleo, sobre las que se destaca la necesidad de que sean adecuadas, entre otras consideraciones, para prevenir y reducir la pobreza. Asimismo, y dentro del apartado dedicado a la igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral, se incide en la necesidad de realizar inversiones adecuadas en los servicios públicos de empleo a fin de apoyar las transiciones profesionales, prestando ayuda en la búsqueda individual de trabajo y en la mejora de la capacitación profesional, todo ello en particular respecto de determinados colectivos, caso de los jóvenes, mujeres y de los trabajadores y solicitantes de empleo de mayor edad.

Finaliza la Resolución considerando que el PEDS debería adoptarse en 2017 como un acuerdo entre el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo Europeo, con la participación de los interlocutores sociales y la sociedad civil al más alto nivel, e incluir un plan de aplicación claro.

A resultas de ello, la Comisión adoptó la Recomendación (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, en la que considera que éste expresa los principios y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI, que conciernen a los ciudadanos de la Unión y a los nacionales de terceros países con residencia legal. Matiza además que cuando un principio hace referencia a los trabajadores, concierne a todas las personas con un empleo, independientemente de su situación laboral, y de la modalidad y duración del empleo.

Por otra parte, en esta Recomendación la Comisión afirma que el PEDS no debe impedir que los Estados miembros o sus interlocutores sociales establezcan normas sociales más ambiciosas, pero que cumplir con sus objetivos constituye un compromiso y una responsabilidad compartidos por la Unión, los Estados miembros y los interlocutores sociales y deben aplicarse tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, en sus competencias respectivas y de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Y la Recomendación articula el reiterado Pilar, en torno a tres capítulos: igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social. De este último, forma parte el principio de renta mínima, que reconoce que "toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral".

Respecto de este último aspecto, en el capítulo dedicado a la igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, se recoge como cuarto principio el de apoyo activo para el empleo, conforme al cual toda persona tiene derecho a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia. Y en particular, por un lado, a los jóvenes, a quienes se reconoce el derecho a educación continua, una formación como aprendices, un período de prácticas o una oferta de empleo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios, y, por otro, a los desempleados de larga duración el derecho a una evaluación individual detallada a más tardar a los dieciocho meses de desempleo.

La protección social, que se extiende a los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, a los trabajadores por cuenta propia, se manifiesta

también, en esta Recomendación, en otras facetas. Así, en las prestaciones por desempleo, reconociendo el derecho de los desempleados a ayudas adecuadas, a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re)integrarse en el mercado laboral, y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, que no deberán desincentivar un retorno rápido al trabajo. Asimismo, en el acceso a asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo, y de buena calidad, como también en el acceso a vivienda y asistencia para las personas sin hogar y, en fin, a los servicios esenciales, incluyendo al respecto el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales.

Como es conocido, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión PEDS proclamaron, solemnemente, el Pilar Europeo de Derechos Sociales el 17 de noviembre de 2017, en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo.

Estructurado en los tres mismos capítulos que la Recomendación de la Comisión, de 26 de abril de 2017, dentro del dedicado a la protección e inclusión social, se incluye como principio, el numerado como 14, la renta mínima, en los siguientes términos: "toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral". De esta forma, la configuración de la renta mínima está en sintonía con los textos que han ido jalonando el proceso de aprobación del propio PEDS, y también con otros anteriores, caso de la Recomendación 2008/867/CE, de 3 de octubre de 2008.

El comentado déficit de eficacia jurídica del PEDS propició la adopción de un plan de acción que lo desarrollara, y el mismo fue aprobado en marzo de 2021. Se estructura en cuatro partes: la primera en los fundamentos de la Europa Social, la segunda en los objetivos a alcanzar en 2030, y la tercera en la aplicación del mismo. Dentro de los objetivos, el tercero, es la reducción del número de personas en situación de pobreza o riesgo de exclusión social, en, al menos, 15 millones de personas, de entre las cuales 5 deben ser menores de edad. Y sobre el mismo, en la parte de aplicación del Plan, se comenta que "unos regímenes de renta mínima resultan esenciales para garantizar que nadie se quede atrás. Aunque están en vigor en todos los Estados miembros, los regímenes de renta mínima varían significativamente en cuanto a su adecuación, cobertura, adopción y articulación con las medidas de activación del mercado laboral y los bienes y servicios de capacitación, incluidos los servicios sociales. En muchos casos, los criterios de admisibilidad y los niveles de prestaciones deberían modernizarse". Y al efecto, la Comisión se compromete a proponer una Recomendación del Consejo sobre renta mínima en 2022, para apoyar y complementar de forma eficaz las políticas de los Estados Miembros.

3. BREVES REFERENCIAS A LA REALIDAD DE LAS RENTAS MÍNIMAS

En el estudio realizado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AiREF), se concluye que la existencia de una última red de seguridad económica, que ofrece protección a los hogares cuyos recursos son insuficientes, es uno de los elementos característicos de los sistemas de protección social en la Unión Europea. Pero también se afirma que es un rasgo común la heterogeneidad de los modelos adoptados al respecto, destacando al respecto la falta de un criterio común en la determinación de las cuantías de las rentas mínimas europeas, sobre las que, con alguna excepción, se afirma que se alejan considerablemente de los umbrales de pobreza.

Desde la sociología, se apunta una reflexión de interés, subrayando que los países europeos han realizado un esfuerzo para consolidar sistemas que combinan las ayudas directas, renta, con servicios complementarios de integración social y laboral. En este sentido, se destaca que aquéllos han realizado un esfuerzo "para consolidar sistemas inclusivos de protección y bienestar que se sustentan en los tres pilares de la inclusión. Por un lado, el desarrollo de prestaciones de renta mínima adecuadas que permitan a los beneficiarios mejorar su condición e invertir en la de sus familias. En segundo lugar, la implementación de políticas activas que fomenten una inserción laboral real, concentrada en la empleabilidad de los más desfavorecidos. Por último, la consolidación de servicios territoriales de calidad que favorezcan y acompañen la inclusión social a largo plazo, comenzando por compensar las necesidades de los más vulnerables. Es decir, instrumentos dinámicos de promoción y activación que combine las prestaciones monetarias con una enérgica acción promocional a través de servicios cualificados para la (re) integración en el mercado laboral".

Por lo que se refiere a España, en el citado estudio de la AiREF las conclusiones apuntan a que el sistema de ingresos mínimos está fraccionado y, además, presenta disparidades territoriales, subrayándose que "las rentas mínimas de las comunidades autónomas son el único instrumento no categórico que ofrece protección frente al riesgo general de pobreza.

Al respecto, se apuntado que las rentas mínimas autonómicas vinieron a cubrir el hueco de protección social que el sistema de garantía de rentas estatales, muy ligadas a la Seguridad Social contributiva, había dejado. Aunque la década de los ochenta y los primeros años noventa conocieron el despliegue de los subsidios de desempleo y las pensiones no contributivas, pronto se hizo evidente que estas prestaciones continuaban sin alcanzar a numerosos colectivos en situación de necesidad, o lo hacían de modo insuficiente.

Como es conocido, los programas de rentas mínimas de inserción son una competencia exclusiva de las comunidades autónomas, que han asumido sus

respectivos estatutos de autonomía, al amparo de lo establecido en el Constitución Española. Y las ciudades de Ceuta y Melilla las han regulado en sendos reglamentos en el ámbito de servicios sociales, todo lo cual propicia un panorama diverso.

En el estudio anual del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 pueden encontrarse elementos en los que convergen los diferentes sistemas autonómicos, y otros en los que no, y que, brevemente exponemos.

En la mayoría de las Comunidades Autónomas el Indicador Público de Rentas Múltiples (IPREM) es la referencia para determinar la cuantía de la prestación frente al Salario Mínimo Interprofesional (SMI), y también en la mayoría se establece una duración inicial de la prestación de 12 meses, prorrogable en la mayoría de los casos.

En relación a las condiciones de acceso a la prestación, todas las comunidades y ciudades autónomas establecen un mismo requisito común: que los ingresos de la unidad familiar o de convivencia no superen la cuantía que le correspondería en función del número de miembros y características de esa unidad familiar. Donde sí hay diferencias entre los sistemas es a la hora de definir lo que se considera "unidad familiar o unidad de convivencia perceptora de la prestación" y el periodo previo de convivencia que se les exige.

Por lo que respecta a la edad mínima para acceder a la prestación, en la mayoría de las CCAA se establece en 25 años de edad. Y en cuanto al requisito de empadronamiento o residencia, los requerimientos más comunes suelen exigir estar empadronado sin límite de tiempo, o estarlo con límites entre 12 meses y 24 meses. Por otro lado, la residencia legal es imprescindible en casi la totalidad de CCAA, aunque muy pocas establezcan un límite de temporalidad.

Finalmente, algunas CCAA condicionan la percepción de la prestación económica a la participación en itinerarios personalizados de inserción o inclusión sociolaboral, mientras que otras establecen complementos o tramos diferenciados para aquellos perceptores con perfiles de empleabilidad o necesidad de proyectos de inclusión social, aunque también hay sistemas que desvinculan completamente la prestación económica de estos planes o proyectos.

4. LA RECOMENDACIÓN 2023/C 41/01, DE 30 DE ENERO DE 2023, SOBRE UNA RENTA MÍNIMA ADECUADA QUE PROCURE LA INCLUSIÓN ACTIVA

Esta reciente Recomendación supone una nueva iniciativa en la materia, cuyo análisis pasamos a realizar, refiriéndonos, en primer lugar, a los trabajos preparatorios de la misma, concretados en la propuesta de Recomendación, para después, en segundo lugar, abordar el contenido de la misma.

4.1. Las razones de una nueva Recomendación

En la propuesta de Recomendación, la primera razón que se apunta para presentar esta iniciativa es la de velar por que todas las personas de la Unión gocen de una vida digna, y la de procurar sociedades y economías inclusivas, en las que "nadie se quede atrás". Y en este sentido, se aporta como dato que el riesgo de pobreza o de exclusión social afectaba en 2021 a más de 95,4 millones de europeos, situación agravada por dos circunstancias: la pandemia de la COVID-19 y los efectos de la agresión de Rusia a Ucrania.

Además, la propuesta obedece también al desarrollo y aplicación del PEDS, en el que el derecho a una renta mínima adecuada ocupa un lugar central, como puede verse en el comentado principio 14. A la vez, permite impulsar otros principios del Pilar, como son, entre otros, los relativos al apoyo activo para el empleo, la protección social, o el acceso a los servicios esenciales.

Por otra parte, la propuesta afecta a Recomendaciones precedentes, y en este sentido, por un lado, se apoya en la Recomendación 92/441/CEE del Consejo, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, aunque la sustituye, tal como estable la recomendación nº 17, introduciendo nuevos elementos. Por otro, la propuesta completa y desarrolla la Recomendación 2008/867/CE de la Comisión, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral.

La propuesta también se conecta con recientes iniciativas, caso de las orientaciones de 2022 para las políticas de empleo de los Estados miembros, que les encomienda "desarrollar e integrar los tres aspectos de la inclusión activa: un apoyo a la renta adecuado, unos mercados de trabajo inclusivos y el acceso a servicios de capacitación de calidad, para responder a necesidades individuales". En particular, las orientaciones señalan que "los sistemas de protección social deben garantizar unas prestaciones de renta mínima adecuadas para toda persona que carezca de recursos suficientes y promover la inclusión social apoyando y alentando a las personas a participar activamente en el mercado laboral y en la sociedad, entre otras cosas mediante la prestación de servicios sociales específicos".

Un aspecto de interés, es la delimitación que la propuesta realiza entre las rentas mínimas y otro tipo de ayudas o rentas, caso de la renta básica universal, que implica un subsidio incondicional para todos, sin la comprobación de recursos ni el requisito de trabajar. Mientras que aquéllas se definen como prestaciones de último extremo, no contributivas y sujetas a una verificación del nivel de recursos que se destinan a hogares sin recursos suficientes, cuando se han agotado otras fuentes de ingresos o prestaciones, o cuando estas no son adecuadas para garantizar una vida digna. Se caracterizan también por complementarse con la asistencia e incentivos para el acceso al mercado laboral, y, por tanto, los regímenes de renta mínima actúan, en la medida de lo posible, como trampolín para mejorar la inclusión y las perspectivas de empleo.

Una última consideración sobre la propuesta de Recomendación es la relativa a los objetivos específicos de la iniciativa, el primero de los cuales apunta a mejorar la adecuación de la ayuda. La renta a la que atendemos se caracteriza por ser adecuada a su propósito, que es garantizar una vida digna, y no basándose sólo en una ayuda económica, ésta constituye un elemento fundamental del sistema cuya concreción puede hacerse a través de diversos criterios, y que debe revisarse periódicamente.

Un segundo objetivo es el de mejorar la cobertura y el aprovechamiento de la renta, aspecto en el que se constata la existencia de dificultades particulares para acceder a la ayuda debido a algunos requisitos exigidos, como a la rigidez con los que puede valorarse su cumplimiento. Relacionado con ello, se resalta que hay un alto porcentaje de la población –entre el 30% y el 50%– que sería admisible en el sistema pero que lo desaprovecha, lo que se explica, entre otras cosas, por la falta de información o por la complejidad del proceso.

El tercer objetivo se dirige al aspecto de inserción laboral que esta renta tiene, por cuanto se alude a mejorar el acceso de las personas que pueden trabajar a unos mercados laborales inclusivos. Uno de los rasgos de la renta mínima adecuada es la combinación de ayudas económicas con otras dirigidas a la (re)inserción laboral, por cuanto, como se resalta en la iniciativa de Recomendación, se persigue lograr un alto nivel de empleo mediante la contribución activa a la inserción laboral de las personas que pueden trabajar.

En este terreno, se reconoce en la propuesta que en muchos Estados miembros las políticas activas del mercado laboral, bajo las que se engloban las acciones encaminadas a conseguir la inserción laboral, no están suficientemente adaptadas a las necesidades individuales de los beneficiarios de la renta mínima, que suelen están más alejados del mercado laboral.

Pero no sólo estas políticas, y los servicios a través de los que se presten, constituyen el objetivo; también, otros servicios se configuran como objetivos de la iniciativa, y de ahí que como cuarto objetivo se aluda a mejorar el acceso a los servicios esenciales y de capacitación. Al respecto, y sin darle carácter exhaustivo, se alude a la educación, la atención a la primera infancia, la formación profesional y la educación, la asistencia sanitaria y las prestaciones de dependencia. Y en particular, los servicios de inclusión social, que abordan problemas específicos de las personas más alejadas del mercado laboral para ayudarles a integrarse en la sociedad y en el empleo, como pueden ser el trabajo social, el asesoramiento, la orientación, la tutorización, el apoyo psicológico y la rehabilitación. Asimismo, se considera la accesibilidad y asequibilidad de los servicios esenciales, como el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales, que representan ámbitos fundamentales para una mayor integración social, y que, principio, están disponibles para toda la población, pero el acceso a los mismos puede resultar problemático para las personas que carecen de recursos suficientes.

Considera la propuesta que los servicios a prestar a la población destinataria de la renta mínima adecuada deben ofrecerse de manera individualizada, configurándose como quinto objetivo el de promover el respaldo individualizado. Al respecto, destaca la propuesta que solo la mitad de los Estados miembros ofrece un plan de inclusión a medida para abordar los obstáculos a la integración social y, en última instancia, al empleo.

En fin, el último de los objetivos mira hacia la gestión de los sistemas de protección social en tanto se establece como tal "aumentar la eficacia de la gobernanza de las redes de seguridad social en la Unión y a escala nacional, regional y local, así como de los mecanismos de seguimiento y de presentación de informes".

4.2. La *nueva* configuración de la renta mínima adecuada

Analizando ya el contenido de la Recomendación de referencia, su propio enunciado, "renta mínima adecuada que procure la inclusión activa", delimita su contenido. Como hemos destacado, se trata de una ayuda, tanto económica como de otro tipo, vinculada a conseguir la inclusión social de los beneficiarios, de hacerlo a través del trabajo, en el caso de quienes estén en condiciones para ello, como también por la garantía de poder acceder a servicios de capacitación y esenciales.

No se trata sólo de una ayuda a personas que carecen de recursos suficientes; además de esto, y como se desprende del objetivo de la Recomendación, se complementa con una serie de servicios a prestar a sus beneficiarios, de capacitación y esenciales, entre los que destacan, como se ve, los orientados a la inserción laboral, terreno en el que adquiere relevancia el plan de inclusión.

Esta idea sigue la dirección marcada de la Recomendación de 3 de octubre de 2008, en cuyo título, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, inclusión que, como se recordará, se apoyaba en tres pilares: apoyo a la renta adecuado, mercados de trabajo inclusivos y acceso a servicios de calidad. Ahora, el que uno de estos tres, el relativo a la renta, forme parte de la definición de esta recomendación para potenciar este elemento dentro del sistema.

Continuidad, avanzada, como hemos visto, en la propuesta de Recomendación que se refleja expresamente en ésta, se ve desarrollada en algunos aspectos, lo que determina que en las recomendaciones realizadas en el apartado de acceso a mercados de trabajo inclusivos aparezcan nuevos contenidos, o haya mayor concreción que la reflejada en la Recomendación de 2008.

Así, por ejemplo, se hacen referencias específicas a colectivos concretos, caso de los adultos y jóvenes, en la idea de que "vuelvan a la educación, la formación o el mercado laboral cuanto antes". Asimismo, se desarrolla la idea de la transición al empleo "a través de la oferta de medidas a los empleadores y los empleados, como incentivos a la contratación, apoyo (posterior) a la colocación, tutorización, asesoramiento, fomento del mantenimiento y la progresión en el empleo". También,

y en cuanto a los desincentivos para la inserción laboral, se dispone que los Estados prevean la posibilidad de "combinar la ayuda a la renta con los ingresos procedentes del trabajo, una eliminación progresiva de la ayuda a la renta o el mantenimiento del derecho a la ayuda a la renta durante trabajos breves o esporádicos, períodos de prueba o períodos de prácticas".

El desarrollo de la inclusión activa que facilite la (re) inserción laboral se observa también, y sobre todo, en otros apartados de la nueva Recomendación, caso del referido a la ayuda individualizada, que como vimos, se erige en uno de los objetivos de esta iniciativa del Consejo. En la Recomendación de 1998 ya figuraba esta idea, pero ahora se delimita el enfoque individualizado que los Estados deben adoptar, señalando, entre otras cosas, que a partir de la identificación de las necesidades y servicios a prestar a las personas beneficiarias, se elabore un plan de inclusión "a más tardar tres meses después del acceso a la renta mínima", que defina los objetivos, señale los plazos para lograrlos, e incluya medidas activas del mercado laboral o medidas que fomenten la inclusión social, y "designe a un administrador responsable o un punto de contacto y de servicio único que garantice una ayuda continua, organice consultas oportunas a los servicios pertinentes y supervise periódicamente los avances en la aplicación del plan de inclusión".

Sobre el plan de inclusión individualizado, en las consideraciones previas, la Recomendación se refiere, como posible referencia al respecto, a los acuerdos de integración laboral contemplados en la Recomendación del Consejo de 15 de febrero de 2016 relativa a la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral.

Estos acuerdos se caracterizan por ofrecer dichos acuerdos a los desempleados de larga duración inscritos "a más tardar antes de que lleven dieciocho meses en paro", plazo muy superior al contemplado ahora en el caso de la renta mínima adecuada. Es por ello, que la Recomendación sobre ésta considera que la referencia a estos acuerdos debe adaptarse, si es necesario, y precisa de manera expresa que "en el caso de las personas que carezcan de recursos suficientes que sean desempleados de larga duración, revisar y, en su caso, adaptar el acuerdo de integración laboral existente de conformidad con la Recomendación del Consejo sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral, a fin de completarlo con elementos del plan de inclusión al que se refiere la letra b). Y hay razones para ello, en tanto siendo dos situaciones que requieren la atención, la que determina la aplicación de la renta mínima adecuada reviste mayor y especial gravedad, y de ahí que los plazos de atención a sus beneficiarios se reduzcan.

Por lo demás, dichos acuerdos comparten con el plan de inclusión el objeto y contenido, por cuanto aquéllos incluyen una oferta de servicios individuales destinada a que encuentren un puesto de trabajo y la indicación de un de contacto único.

Como puede advertirse, y así lo refleja el dictamen del CESE, el reforzamiento de la inclusión activa requiere desarrollar políticas activas de empleo a través de

servicios de apoyo como asesoramiento, orientación o asistencia en la búsqueda de empleo, que suponen el compromiso de los Estados por dotarlos adecuadamente de recursos materiales y humanos.

Si bien en la inclusión activa la inserción laboral cobra especial importancia, junto a los servicios a prestar a los beneficiarios en este terreno, hay otros que igualmente integran la ayuda a prestarles. Tal como recoge la recomendación nº 3, el sistema debe basarse también en prestaciones que permitan acceder de manera efectiva a los servicios esenciales y de capacitación.

En este sentido, y más allá de la delimitación, ya apuntada, que de estos servicios establece la recomendación nº 2, en ésta la sugerencia es la del acceso efectivo a los mismos, situación definida también esta última recomendación citada, lo que se hace a partir de las ideas de disponibilidad, asequibilidad, accesibilidad, calidad e igualdad para sus usuarios. Y en la recomendación nº 12, además de reiterar la idea del acceso efectivo y equitativo a los mismos, se resalta que ello debe producirse a partir del principio de calidad, tomando como referencia el marco europeo voluntario de calidad de los servicios sociales, adoptado por el Comité de Protección Social el 6 de octubre de 2010.

Al respecto, este marco europeo, a partir de una descripción de lo que puede entenderse por servicios sociales desde la perspectiva de las finalidades que cumplen, establece como principios generales de calidad en la prestación de servicios sociales los siguientes: disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad, personalización, globalidad, continuidad y finalidad. Como se aprecia, en buena medida principios recogidos en la recomendación nº 2 h) al definir el acceso efectivo a los servicios.

Uno de los principios que sin embargo no se mencionan de manera expresa en este apartado de la Recomendación, aunque sí en otro, como también en el referido marco, es el de la continuidad. En efecto, en el apartado 12 b) se recomienda que los Estados miembros procuren "la continuidad del acceso efectivo a los servicios esenciales, incluida la energía". Se advierte una restricción en la aplicación del principio en cuestión, por cuanto su ámbito es el de los servicios esenciales, por lo que pudiera entenderse que otros servicios y prestaciones podrían estar sujetos a medidas temporales.

No obstante, por un lado, dentro de las consideraciones previas a las recomendaciones, en el apartado 23, se establece que "deben abordarse las lagunas en la cobertura de la renta mínima y debe garantizarse la continuidad de la cobertura a lo largo de las diversas fases de la vida". También se indica en este apartado que el derecho reconocido a la renta mínima debe ser ilimitado, siempre que los solicitantes sigan cumpliendo los criterios de admisibilidad y de condicionalidad específicos, sujetos a exámenes periódicos. Por otro, en el apartado dedicado a la cobertura de la renta mínima, la recomendación nº 9, d), se recoge que los Estados miembros deben velar por que todas las personas que carezcan de recursos suficientes estén cubiertas por una renta mínima establecida por ley, que

se caracterice, entre otras cosas, por la "continuidad del acceso a la renta mínima, siempre que las personas que carezcan de recursos suficientes cumplan con los criterios y condiciones de admisibilidad establecidos por la ley".

A nuestro juicio, este principio es congruente con la propia idea de la renta mínima, en la que la finalidad del conjunto de las ayudas es la situación de la persona, caracterizada por su insuficiencia de rentas y recursos para poder vivir dignamente, por lo que mientras ésta persista la renta mínima adecuada debe seguir manteniéndose, sin que deba estar sometida a criterios temporales, más allá de los que determinan su revisión periódica de los criterios y condiciones de admisibilidad de los beneficiarios.

En este sentido, además, la revisión periódica de la renta no sólo cumple una finalidad "fiscalizadora", del cumplimiento de los presupuestos que justifican su continuidad, sino también de que esté actualizada a fin, precisamente, de que sea adecuada. Por ello, en el apartado relativo a la adecuación de la renta, la recomendación nº 7, conmina a los Estados miembros a que "revisen periódicamente y, siempre que sea pertinente, ajusten el nivel de la renta mínima para mantener la adecuación de las ayudas a la renta, teniendo en cuenta las prestaciones en especie".

Y si todo lo anterior define a este sistema de protección, también, y de manera especial, lo hace que se contemple una renta mínima adecuada, definida en la recomendación nº 2 como red de seguridad no contributiva y sujeta a una verificación de los recursos destinadas a las personas que carecen de recursos suficientes y que funcionan dentro de los sistemas de protección social, y contextualizada en la consideración 16ª de esta Recomendación. En ésta se destaca que, dentro del conjunto de las medidas de protección social, las rentas de ingresos mínimos son prestaciones económicas no contributivas y sujetas a condiciones de recursos destinadas a colmar la brecha para alcanzar un determinado nivel global de renta en hogares en los que se hayan agotado otras fuentes de ingresos o prestaciones o cuando estas no sean adecuadas para garantizar una vida digna.

Como se recoge en la Recomendación, en algunos Estados miembros, las prestaciones de ingresos mínimos pueden combinarse con otras prestaciones monetarias concedidas al hogar y a sus miembros, como las prestaciones familiares o por hijos, las prestaciones de vivienda, las prestaciones de desempleo, las prestaciones de invalidez, las prestaciones de vejez o las prestaciones laborales. También pueden añadirse a las pensiones mínimas y los ingresos procedentes del trabajo.

La cuestión nuclear es determinar el nivel de ingresos que se considera permite alcanzar una vida digna, para complementar, económicamente, a través de este tipo de prestaciones, a quienes no lo alcanzan.

En cuanto a la concreción de la renta mínima, la recomendación nº 5 encomienda, en primer lugar, a los Estados miembros que fijen el nivel de la renta mínima mediante una metodología transparente y sólida definida de acuerdo con la legislación nacional y con la participación de las partes interesadas. Y que,

al respecto, se tenga en cuenta diversas variables, como las fuentes generales de ingresos, las necesidades específicas y las situaciones desfavorecidas de los hogares, la renta de un trabajador con salario bajo o con un salario mínimo, el nivel de vida y el poder adquisitivo, los niveles de precios y su evolución y otros elementos pertinentes.

En segundo lugar, que la ayuda económica a recibir permita alcanzar un nivel que sea al menos equivalente o al umbral nacional de riesgo de pobreza, o al valor económico de los bienes y servicios necesarios, incluida una alimentación adecuada y disponer de una vivienda, asistencia sanitaria y servicios esenciales apropiados, de acuerdo con las definiciones nacionales, o a otros niveles comparables a los anteriores, que se establezcan en la legislación o las prácticas nacionales.

Y el carácter adecuado de la renta mínima, como se ha dicho ya, pasa también porque, como se dice en la recomendación nº 7, los Estados miembros revisen periódicamente y, siempre que sea pertinente, ajusten el nivel de la renta mínima para mantener la adecuación de las ayudas a la renta, teniendo en cuenta las prestaciones en especie.

Finalizamos este breve análisis a la Recomendación de referencia aludiendo a los aspectos de tramitación del sistema de protección contemplado.

Entre las definiciones que se incluyen, está la del denominado aprovechamiento, entendido como la proporción de personas que carecen de recursos suficientes, que tienen derecho a beneficiarse de la renta mínima y que efectivamente se benefician de ella.

Y la recomendación (nº 10) es que los Estados miembros fomenten o faciliten el aprovechamiento pleno de la renta mínima, para lo cual se contempla que su tramitación sea rápida, asegurando el acceso gratuito e intuitivo a información actualizada sobre los derechos y las obligaciones relacionados con la renta mínima, reduciendo la carga administrativa, simplificando los procedimientos de solicitud y procurando una orientación para quienes la necesiten.

Asimismo, que los criterios de admisibilidad sean transparentes y no discriminatorios, y que permitan un acceso efectivo a la renta mínima, independientemente de la existencia de un domicilio permanente, y que garanticen al mismo tiempo que se aplique una duración proporcionada de la residencia legal.

Todo lo cual se concreta en el establecimiento de un plazo de 30 días para para tramitar la solicitud, desde su presentación realizarla (nº 9, c), garantizando al mismo tiempo que la decisión se emita sin retrasos innecesarios, aunque se prevé su interrupción en caso de necesidad para establecer todos los hechos.

5. CONCLUSIONES

La necesidad de dar protección a las personas situadas al margen de los sistemas de protección sociales, y por tanto desprotegidas, ha sido abordada por derecho de la Unión Europea desde hace tiempo. En el derecho originario se hacen referencias a la protección social adecuada, y a la lucha contra la exclusión social, pero es a partir de la Recomendación del Consejo 92/441/CE cuando empiezan a desarrollarse propuestas más concretas.

En ésta y, sobre todo, en la posterior Recomendación 2008/867/CE, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral se articula un sistema de protección apoyado en tres pilares: un ayuda económica -apoyo a la renta adecuado-, la inclusión en el mercado de trabajo y el acceso a unos servicios generales y esenciales de calidad.

La reciente Recomendación 2023/C 41/01, de 30 de enero de 2023, sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, sustituye a la primera y desarrolla la segunda, y, por tanto, como se desprende de su propio enunciado, se articula a través de esos tres presupuestos.

No son las únicas referencias que deben considerarse, y en este sentido nos hemos ocupado del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que entre sus principios acoge el de que "toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas", prestaciones complementadas con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral y con el acceso a bienes y servicios de capacitación.

Como puede verse, desde 2008 se viene manteniendo la idea de una ayuda económica a las personas que no llegan al nivel de recursos considerados suficientes, complementada con la garantía de acceder a otros servicios, y con la finalidad de la inclusión social, preferentemente por la vía de la inserción laboral. Y como también puede verse, y esta es una primera conclusión, todas estas iniciativas no despliegan una eficacia jurídica vinculante, aspecto que en la Recomendación de 2023 aparece expresamente reflejado. Y así, en las consideraciones previas se recoge, por una parte, que "la sostenibilidad general de las finanzas públicas y la financiación adecuada de la renta mínima son esenciales para su resiliencia, eficiencia y eficacia. La aplicación de la presente Recomendación no debe afectar de manera significativa al equilibrio financiero de los sistemas de protección social de los Estados miembros". Por otra, que "la presente Recomendación se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para definir y organizar sus sistemas de protección social". Todo lo cual, propicia un panorama heterogéneo dentro de los países de la Unión en lo que a la existencia y contenido de la renta mínima se refiere.

La renta mínima adecuada a la que hemos prestado nuestra atención a través de las iniciativas aprobadas en la Unión Europea se define como una prestación no contributiva, sujeta a una verificación del nivel de recursos, y con el objetivo de poder alcanzar el nivel de recursos que se considera permite una vida digna. Se

caracterizan también por complementarse con la asistencia, servicios e incentivos que favorecen la inclusión social, el acceso al mercado laboral, y, por tanto, los regímenes de renta mínima actúan, en la medida de lo posible, como trampolín para mejorar la inclusión y las perspectivas de empleo. No se trata, por tanto, y esta sería una segunda conclusión, de una renta básica universal, caracterizada por ser incondicional para todos los ciudadanos, sin la comprobación de los recursos de sus beneficiarios ni vinculada a la prestación de servicios complementarios.

De esta forma, la renta mínima adecuada que procura la inclusión activa refleja una idea, ni nueva ni tampoco lograda, y de ahí esta nueva iniciativa en 2023, de que no es suficiente reconocer sólo ayudas económicas a las personas que se sitúan en niveles no dignos de vida. Para salir de esta situación, la Recomendación de referencia, como otras que la precedieron, entiende que a esas personas debe darse apoyo y ayuda integral, y que, junto a la ayuda económica, son también decisivas las que suponen ofrecer servicios específicos, a la vez que garantía del acceso a los servicios esenciales. Y todo ello, a partir de un elemento clave, cual es la determinación del umbral que representa una vida digna.

En cuanto a los contenidos de la renta mínima adecuada, cabe apuntar, en primer lugar, que el objetivo de la misma es garantizar una vida digna, parámetro éste dejado a la concreción estatal y para el que ciertamente no se establecen criterios muy definidos. Y así, por una parte, se alude a dos referencias que los países pueden emplear al respecto –el umbral nacional de riesgo de pobreza, o el valor económico de los bienes y servicios necesarios y esenciales apropiados–, pero, por otra, se dice que los Estados pueden utilizar otros niveles comparables a los dos anteriores.

En segundo lugar, la renta mínima adecuada, es una ayuda económica, que permite alcanzar el *nivel de dignidad* que en cada se establezca, pero también, de otra naturaleza, fundamentalmente a través de la prestación de servicios, de capacitación, desplegados en diversos ámbitos –trabajo social, educación y cuidados de la primera infancia, asistencia sanitaria, prestaciones de dependencia, educación, formación, vivienda–, entre los cuales cobran especial importancia los dirigidos a la inserción laboral. Asimismo, la misma se despliega en el terreno de los servicios esenciales, –agua, el saneamiento, energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales–, garantizando a sus beneficiarios el acceso efectivo a los mismos.

En tercer lugar, cabe destacar, y esto sería otra conclusión, que se han mejorado los aspectos relativos a la tramitación de las solicitudes para acceder a este nivel de protección. Más allá de declaraciones, que ya aparecían en texto anteriores, que auspician que esa tramitación sea rápida, a través de procesos simples y de criterios transparentes y y no discriminatorios, ahora, además de encomendar a los Estados que fomenten o faciliten el aprovechamiento pleno de la renta mínima, se establece, por un lado, un plazo de 30 días para para dicha tramitación, y, por otro, estableciendo un plazo particular para desarrollar un plan de inclusión acuerdos a los desempleados de larga duración inscritos.

ESTRATEGIA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ¿SE ESTÁN PERCIBIENDO LOS CAMBIOS?

María Dolores García Valverde
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Subdirectora del Instituto de Migraciones
Universidad de Granada

"Los inocentes no deben sufrir por los pecados de otros".
"Los prejuicios nos ciegan, impidiéndonos ver la realidad".
"De nada sirven los deseos si no se hacen realidad".
*La vida del Lazarillo de Tormes**

EXTRACTO

Palabras clave: Discapacidad, no discriminación, igualdad, empleabilidad, enfermedad, estrategias

Las últimas décadas del siglo XX y a lo largo de este siglo XXI los progresos en la protección de las personas con discapacidad son palpables. La normativa dictada y los pronunciamientos jurisprudenciales han sido determinantes. Pero lo aún pendiente es muy relevante. El ritmo de avance no puede bajar.

El presente estudio realiza una valoración de los progresos que en la materia se han llevado a cabo. Se delimitan conceptos, se analizan los textos internacionales y europeos que han sido los referentes en el orden interno. Se pone el énfasis en las estrategias adoptadas en los distintos ámbitos. Y son destacados los aspectos deficitarios que deben ser corregidos, pues se encuentran entre los objetivos de la Agenda 2030.

El empleo es el principal instrumento de inclusión que posibilitará la seguridad e independencia económica de la persona con discapacidad. Es preciso articular y desarrollar las medidas para hacerlo posible. Y, concretamente, a través del diálogo social se pueden conseguir importantes resultados.

ABSTRACT

Keywords: *Disability, non-discrimination, equality, employability, illness, strategies*

The last decades of the 20th century and throughout this 21st century the progress in the protection of people with disabilities is palpable. The regulations issued and the jurisprudential pronouncements have been decisive. But what is still pending is very relevant. The rate of progress cannot slow down. This study makes an assessment of the progress that has been made in this area. Concepts are delimited international and European texts that have been the references in the internal order are analyzed. Emphasis is placed on the strategies adopted in the different areas. And the deficit aspects that must be corrected are highlighted since they are among the objectives of the 2030 Agenda. Employment is the main inclusion instrument that will enable the security and economic Independence of the person with disabilities. It is necessary to articulate and develop the measures to make it possible. And, specifically, through social dialogue important results can be achieved.

* La vida del Lazarillo de Tormes y de sus fortunas y adversidades es una novela de picaresca publicada por primera vez en España en 1554. Eleazar de Carrión, el autor anónimo. Se ha consultado la Edición de Carmen Castro, Taurus, Madrid, 1981.

 Recepción original: 03.07.2023. Aceptación: 04.09.2023

ÍNDICE

1. Introducción
2. Definiciones y evolución del concepto discapacidad
3. El trabajo como el principal "camino" para el desarrollo social de las personas
   3.1. Discapacidad e inclusión laboral
   3.2. Discapacidad y empleo decente
4. La estrategia de la unión europea 2021-2030: manifestaciones y resultados
   4.1. Discapacidad en Europa. Algunos datos
   4.2. La Estrategia y sus resultados
5. La estrategia española 2022-2030. Articulación y efectos
   5.1. Marco general
   5.2. Cambios y referencias en las últimas disposiciones normativas
6. Reflexiones finales

1. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad se han visto sometidas a lo largo de la historia a numerosos ataques a su dignidad simplemente por sus circunstancias físicas, psíquicas, sensoriales o mentales. Ahora bien, será en el siglo XX cuando las organizaciones internacionales alzaron la voz para denunciar y poner de manifiesto la situación de abandono social y laboral de estas personas[1]. A partir de este momento se pasó de considerar a las personas con discapacidad como una "carga que debían afrontar", una "obra de caridad piadosa", a buscar cómo se podían corregir las desigualdades para darles las mismas oportunidades que al resto de la sociedad[2]. Y desde mediados del siglo XX se han ido aprobando importantes instrumentos normativos internacionales y, también, nacionales reconociendo la situación vulnerable de estas personas[3].

En 1992, la Organización de Naciones Unidas, con el fin de promover los derechos y el bienestar de las personas con discapacidad, fija el 3 de diciembre como el Día Internacional de las Personas con Discapacidad. Y en Europa se fija el Año 2003 como el Año Europeo de las Personas con Discapacidad[4].

[1] Véase Palacios Rizzo, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

[2] Consúltese Palacios, A. y Bariffi, F. J., La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cinca, Madrid 2007.

[3] Se debe traer a colación que las primeras normas aprobadas en nuestro Ordenamiento Jurídico sobre las personas con discapacidad estaban referidas a los trabajadores incapacitados como consecuencia de accidentes de trabajo, y estaban cubiertos por las normas de la Seguridad Social. Es a partir de la década de los 70 cuando el término "minusválido" se generaliza para identificar a efectos laborales y de Seguridad Social a las personas afectas de discapacidad.

[4] Decisión 2001/903/CE, del Consejo de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 (Diario Oficial L 335 de 19 de diciembre de 2001). Por Real

Veinte años después de aquel Año 2003 declarado Año Europeo de la Discapacidad, es oportuno volver sobre la materia[5]. Es conveniente y es el momento de mirar atrás, traer a colación lo existente y resaltar lo que en el momento presente pasa[6].

A partir de estas fechas, se inicia una "carrera" interminable para que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de sus derechos y participar en la sociedad y la economía, en igualdad de condiciones.

Otra fecha clave fue 2006. El 13 de diciembre de 2006, en Nueva York, se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, supuso un avance importante para los derechos de las personas con discapacidad. Las Partes en la Convención están obligadas a promover, proteger y respetar los derechos humanos de todas las personas con discapacidad y a garantizar su igualdad con arreglo a la ley. Y, seguidamente, la Unión Europea no solo se adhirió a esta Convención, si no que dio un paso más allá creando la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020), antecedente de la vigente Estrategia, que se analizará en este estudio.

Con la aprobación de la Convención se materializa una reivindicación antigua y sostenida del movimiento asociativo de la discapacidad, presentada a las instancias internacionales con la intención de avanzar en el reconocimiento de la sociedad en general sobre las aspiraciones, demandas e inquietudes de las personas con discapacidad y sus familias.

En este trabajo se trata de poner de manifiesto la evolución normativa y avances que se han producido en las últimas décadas. Especial atención va a recibir las recientes normas elaboradas y analizar la Estrategia de la Unión Europea 2021-2030 y la Estrategia Española 2022-2030 frente a la discapacidad.

El empleo es y será para los más desfavorecidos y excluidos uno de los principales vectores de inserción social y una forma de participación en la actividad de la sociedad, así se pondrá de manifiesto.

Decreto 775/2002, de 26 de julio, se crea el Comité Español de Coordinación para el Año Europeo de las personas con discapacidad.

[5] Un estudio jurídico-crítico de las normas y actuaciones llevadas a cabo hasta la proclamación de la efeméride en García Valverde, M. D., y González de Patto, R. M., (2004) "Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad". *Temas Laborales*, n. 75, 2004, págs. 59 a 93.

[6] "Activación laboral y protección social de las personas con discapacidad", ha sido el lema del IV Congreso Nacional y I Internacional de Derecho de la Discapacidad, celebrado en Barcelona en el mes de febrero de 2023. En el Congreso se han abordado las múltiples dimensiones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con las personas con discapacidad, desde la óptica del Derecho de la Discapacidad, disciplina jurídica emergente que la Fundación Derecho y Discapacidad y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) promueven a través de este tipo de foros de encuentro y debate.

2. DEFINICIONES Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DISCAPACIDAD

La evolución del concepto de discapacidad y de la terminología empleada para designar esta realidad, ha sido uno de los temas más importantes a señalar. Con ese análisis se consigue una delimitación subjetiva del colectivo destinatario de las políticas dirigidas a la inserción laboral de las personas con discapacidad. Pero, además, se pone de manifiesto la relación de la terminología y las definiciones con la manera de entender la discapacidad puesto que ello está vinculado con el enfoque de las políticas desarrolladas en este ámbito.

El término minusvalía, fue utilizado durante décadas[7]. La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, se convirtió en la primera norma con rango de ley que desarrolla el contenido fijado por la Constitución Española de 1978. En este sentido, es preciso resaltar que el texto de la Estrategia Española sobre Discapacidad (2022-2030) señala que debe emplearse siempre y en todo momento la expresión "persona o personas con discapacidad", para referirse a este sector de la ciudadanía y a su realidad personal y social. Es de alabar la claridad de la puntualización que realiza el texto.

Uno de los principales avances en esta materia es el haber superado la forma de entender la discapacidad como un modelo médico, en el que a los aspectos puramente sanitarios y asistencialistas se unían consideraciones de tipo caritativo. Ahora, el modelo está basado en el concepto de derechos humanos, donde el acento está en la igualdad de oportunidades y en la no discriminación, la persona con discapacidad como titular de derechos.

En 2003 ve la luz la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Ley que era necesaria por la constante desigualdad que sufrían las personas discapacitadas. La Ley 51/2003, no estableció un concepto de discapacidad, pero en el art. 1.2, supeditaba la calificación de discapacitado al reconocimiento de una graduación, de al menos, un 33% de disfuncionalidad. Al mismo tiempo, consideró, "en todo caso", "afectados por una minusvalía en grado igual o superior" al mencionado 33%, a las personas que tuviesen "reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas" que tuviesen "reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad". Esta equiparación entre ser pensionistas por IP (en sus grados de total, absoluta o gran invalidez) y la correspondiente afectación por un grado de discapacidad de, al menos, un 33%, fue interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que solo

[7] Un análisis al respecto en Cendrero Uceda, L., A., *La discapacidad como factor de discriminación en el ámbito laboral*. Tesis doctoral inédita accesible en abierto en el repositorio de la Universidad Complutense, Madrid, 2017.

podía producirse a los exclusivos efectos de esta Ley y no, en cualquier caso[8]. En este sentido, la Ley 51/2003 intentaba proporcionar una serie de garantías suplementarias a las personas con discapacidad para vivir con plenos derechos y en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía como eran medidas contra la discriminación, exigencias de accesibilidad, medidas de acción positiva, protección contra represalias, normas de tutela judicial, etc. Por lo tanto, solo a los efectos de estas medidas, las personas declaradas con una incapacidad permanente iban a ser consideradas como personas discapacitadas.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modifica la Ley 51/2003. El sentido de la modificación es muy importante pues se copia el concepto de "discapacidad", como fue establecido por la Convención Internacional de la ONU. Desde 2011 tienen la consideración de persona con discapacidad cualquiera que presentase deficiencias funcionales "a largo plazo" (físicas, mentales, sensoriales o intelectuales) y que, al encontrarse con las barreras del contexto social, se viera impedida su participación plena y efectiva en la sociedad (en nuestro caso, en su tarea profesional), en igualdad de condiciones con los demás.

También la Ley 26/2011 contenía el mandato al Gobierno para que elaborase un texto con la refundición de la Ley 13/1982, la Ley 51/2003 y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[9].

La nueva norma es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[10]. La definición de discapacidad en el RD-legislativo 1/2013 está cambiada respecto de la anterior. Ya no se habla de "a largo plazo", se utiliza los términos "previsiblemente permanente". El cambio ha sido entendido por parte de la doctrina en el sentido de que el concepto de "previsiblemente permanente" conlleva una serie de connotaciones mucho más

[8] Un comentario de esta problemática y sus inicios en García Valverde, M. D., "A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2, de la Ley 51/2003". *Revista Aranzadi Social, n.3, 2007, págs. 3001-3011.*

[9] En este sentido, la Disposición Adicional 2ª Ley 26/2011.

[10] Véase Antequino Edo, I., "Aspectos laborales y de protección social incluidos en la nueva Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n.36, 2014.* El texto de la Ley general de las personas con discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) se ha visto ampliamente modificado desde su publicación, la última ha sido en mayo de 2023.

restrictivas y concretas que el término "a largo plazo" cuya inespecificidad resulta manifiesta[11].

En segundo lugar, el nuevo texto refundido hace algo que ha sido interpretado por los tribunales nacionales de "ultra vires", en cuanto que el legislador se extralimita en sus funciones de refundición, al modificar el sentido del segundo párrafo del art. 1.2 de la Ley 51/2003, ahora regulado en el art. 4.2 del nuevo RD Legislativo 1/2013. A diferencia de lo establecido en el texto original, en la refundición establece que la consideración de persona discapacitada sobre aquellas que obtuviesen un grado de disfuncionalidad del 33%, sobre los pensionistas de incapacidad permanente (en sus grados de total, absoluta o gran invalidez) y sobre los pensionistas de jubilación o de retiro por incapacidad permanente de las clases pasivas, lo iba a ser no solo a los efectos de esta Ley, es decir, a los efectos de aplicar la tutela antidiscriminatoria, sino también "a todos los efectos", provocando distintos pronunciamientos del TS declarando la ineficacia jurídica del art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013. La justificación que nuestra jurisprudencia ha encontrado para no equiparar incapacidad permanente con discapacidad está fundamentada, no sin razón, en que la "definición de los grados de incapacidad permanente" del sistema de Seguridad Social atiende de manera exclusiva a consideraciones pertenecientes al ámbito del empleo y del trabajo, mientras que el concepto de discapacidad, como ya apuntamos al principio de este apartado, incluye otras dimensiones de la vida social (STS de 21/02/2008, FJ2162). Sin embargo, a pesar de esta argumentación y de que a efectos de aplicar la tutela antidiscriminatoria, entre otras garantías, los pensionistas calificados con algún grado de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez), van a estar protegidos al ser considerados como personas con discapacidad, primero por la Ley 51/2003 y más tarde por el RD Legislativo 1/2013, existe un aspecto que tanto nuestro legislador como la jurisprudencia nacional han olvidado considerar y que para nosotros resulta de suma importancia: la consideración de ser persona con discapacidad a la hora de ser destinatario de políticas de empleo. Es decir, el principal problema no está en salvar una determinada situación como la de un despido, por una declaración judicial de nulidad, o de tener derecho a la aplicación de ajustes razonables a la hora de acceder a un empleo o de mantenerse en él, ya que tanto en un caso como en el otro, el empresario puede encontrar siempre la manera de deshacerse del trabajador o de imponerle trabas que dificulten su labor profesional con el objeto de deshacerse de la persona que presenta determinadas patologías crónicas severas. Lo verdaderamente importante en todo este asunto

[11] En este sentido, Bascón Marín, J., "Las políticas de empleo destinadas a colectivos vulnerables en el ordenamiento jurídico español". Tesis Doctoral, Universidad de Córdoba, 2022. Además, entiende que el cambio se ajustaría más a la problemática real de la situación evitando así la posible interpretación de incluir situaciones más propias de la recuperación o rehabilitación que de la tutela antidiscriminatoria. Es decir, con el concepto de permanencia se está refiriendo a disfunciones que van a tener escaso o ningún margen de recuperación funcional.

es que las personas que presenten disfunciones corporales (con independencia del grado de afectación que se les otorgue) puedan ser beneficiarias de aquellas medidas de política de empleo destinadas a las personas con discapacidad, con el objeto de que cuando se vean impedidas de seguir en el puesto de trabajo o fuera del mercado de trabajo, debido a dichas funcionalidades, puedan disponer de herramientas eficaces para lograr su mantenimiento o su reinserción laboral, lo más rápidamente posible. Para ello, deben de considerarse prioritarios y verse incluidos, por tanto, dentro del colectivo de personas con discapacidad porque, en realidad, lo son con independencia del grado de afectación que sufran[12].

Una de las cuestiones a resolver es el concepto jurídico de persona con discapacidad que es utilizado por la Ley General de Discapacidad de 2013, en consonancia con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[13].

Considera parte de la doctrina científica que el concepto de persona con discapacidad es un concepto jurídico indeterminado que tiene su núcleo de certeza en la inexistencia de apoyos necesarios o ayudas para superar las barreras sociales que sufren las personas con deficiencias (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) previsiblemente permanentes. De ahí que la noción de apoyos necesarios deba tener una mayor relevancia en el concepto de persona con discapacidad[14].

Personas con discapacidad son aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. A todos los efectos, tendrán esta consideración aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de las limitaciones en la actividad, expresadas en porcentaje, igual o superior al 33 por ciento[15].

Sin perjuicio de las puntualizaciones posteriores está claro que una de las mayores novedades que introduce la Convención es la idea de accesibilidad

[12] Así lo reitera Bascón Marín, J., "Las políticas de empleo destinadas a colectivos vulnerables en el ordenamiento jurídico español". Tesis Doctoral, Universidad de Córdoba, 2022.

[13] Con carácter general debe consultarse Palacios Rizzo, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

[14] En este sentido, De Fuentes García-Romero de Tejada, C., "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios". Revista Española de Discapacidad, Vol. 4, n. 2, 2016, págs. 81 a 99.

[15] Definición recogida en el Observatorio de las Ocupaciones, Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Datos 2022, Estatal. Servicio Público de Empleo Estatal, marzo de 2023, pág. 48. Consultada en Informe-Mercado-Trabajo-Discapacidad-2023-Datos2022 (1).pdf

universal que, unida al concepto de "ajustes razonables", está adquiriendo una gran importancia en la protección de las personas con discapacidad. El concepto de "ajustes razonables" ya ha sido aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el Comité Europeo de Derechos Sociales y por nuestro Tribunal Constitucional[16].

Como se tendrá oportunidad de comprobar existe una amplia doctrina judicial sobre la materia objeto de este trabajo[17]. También hay que destacar la aplicabilidad e interpretación que se ha hecho de dicha doctrina[18].

Haber conseguido una Convención para la Discapacidad fue un "paso" muy importante. Ha sido la "piedra" principal para la construcción de ese legado de futuro para millones de personas con discapacidad que así lo esperan y necesitan.

España ratificó la Convención de la ONU y su Protocolo Facultativo, así desde el 3 de mayo de 2008, está en vigor[19].

Interesante a estos efectos son los informes sobre Derechos Humanos y Discapacidad, que en España se vienen realizando en los últimos años[20].

3. EL TRABAJO COMO EL PRINCIPAL "CAMINO" PARA EL DESARROLLO SOCIAL DE LAS PERSONAS

3.1. Discapacidad e inclusión laboral

El tener un trabajo, un empleo, es un elemento esencial para garantizar la igualdad de oportunidades, el desarrollo personal y la participación plena en la vida económica, cultural y social. Por ello, las políticas de empleo deben buscar la

[16] Consúltese Turturro Pérez De los Cobos, S., "El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE". Lex Social, Revista de Derechos Sociales, 12 (1), págs. 37-65. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6355

[17] Losada Arochena, J. F., "Enfoque de discapacidad, y en especial su aplicación en la Jurisdicción Social", *Revista de Jurisprudencia Lefebvre – El Derecho*, 36/2022.

[18] Especial interés las puntualizaciones de García Rodríguez, B., "Prohibición de discriminación por discapacidad, en el empleo y la ocupación". En VV. AA., Derecho Social de la Unión Europea. Directores: Casa Baamonde, M. E.; García-Perrote Escartín, I.; Gil Alburquerque, R.; Gómez García Bernal, A.; Sempere Navarro, A. V. Boletín Oficial del Estado. Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.17, Madrid, 2023, págs. 637 y ss.

[19] Instrumento de Ratificación de la Convención publicado en el BOE de 21 de abril de 2008. Y el Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención publicado en el BOE de 22 de abril de 2008.

[20] Se puede consultar el correspondiente al año 2022 en: Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2022 | Biblioteca Fundación ONCE (fundacionONCE.es).

integración de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo o, si no es posible, mediante la fórmula especial de trabajo protegido[21].

Para las personas con discapacidad, uno de los problemas fundamentales, pero no el único, es su integración laboral. Constituye un objetivo declarado de las políticas de empleo en sus distintos niveles: comunitario, nacional, comunidad autónoma y, en menor medida, local. El hecho de reconocerle a una persona un grado de discapacidad, es el elemento que va a servir para integrarlo en un determinado colectivo caracterizado por reunir un elemento objetivo de "desventaja social" o "especiales dificultades de empleo"[22].

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, reconoce en su artículo 27 el derecho de estas personas a trabajar en igualdad de condiciones con las demás, especificando que ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Con el fin de conseguir el mandato impuesto, los Estados deberán salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando las medidas pertinentes para prohibir la discriminación por motivos de discapacidad en el empleo.

Nuestro sistema legal contempla una serie de medidas, generales y específicas cuyo objetivo general consiste en la incorporación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo.

Por tanto, la inserción laboral de este colectivo debe ser primordial, porque reúne un componente adicional, y es que a través de la inserción en la relación laboral se genera por sí, una vía para conseguir la independencia personal, económica y, en definitiva, el desarrollo de su personalidad[23].

Las iniciativas dirigidas a fomentar el empleo de las personas con discapacidad se agrupan según vayan destinadas a facilitar la incorporación al empleo ordinario o al protegido. Existen otras medidas, como los centros ocupacionales, que no son propiamente una modalidad de empleo, sino una actividad asistencial.

[21] Un análisis general en De Lorenzo García, R. y De Miguel Vijando, B., "Factores determinantes de la dignidad y ciudadanía de las personas con discapacidad: La relevancia de la inserción laboral". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.43, 2016*.

[22] Repárese que este colectivo es el que sufre con especial intensidad, las consecuencias del desempleo como problema estructural de nuestro mercado de trabajo. Un comentario en García Valverde, M. D., "Las políticas de integración laboral de los colectivos en riesgo de exclusión". Revista de Estudios Económicos, n. 2 y 3, 2008, págs. 419 a 449.

[23] Un estudio exhaustivo en Hierro Hierro, J., Colectivos vulnerables e inserción laboral: retos y propuestas. Dykinson, Madrid, 2022.

Así, la integración laboral de las personas con discapacidad se ha configurado en el Ordenamiento Jurídico español, principalmente, a través de dos vías: Primera, integración en el sistema ordinario de trabajo. La persona con discapacidad aparece como sujeto de una relación laboral común, prestando su actividad productiva y por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario. En dicha relación es aplicable el Estatuto de los Trabajadores y demás legislación laboral y de Seguridad Social. Y segunda, integración mediante fórmulas de empleo protegido o selectivo, en la que la persona discapacitada es sujeto de una relación laboral de carácter especial, pues presta sus servicios en un Centro Especial de Empleo.

Las medidas existentes en el empleo ordinario se pueden agrupar en cuatro. Primera, cuota de reserva de puestos de trabajo. Las empresas que tengan 50 o más personas contratadas, deben reservar el 2% de los puestos de trabajo para las personas con discapacidad (Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social). Si bien, esta medida está prevista que se pueda sustituir con acciones alternativas (Real Decreto 364/2005). Los incentivos a la contratación se centran en subvenciones por contratos, bonificaciones y exenciones de cuotas, deducciones fiscales y subvenciones a la adaptación de puestos de trabajo. Segunda, fomento del autoempleo, que financian proyectos empresariales, proyectos de autoempleo de personas trabajadoras por cuenta propia y conceden subvenciones para la constitución de cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales. Tercero, sistema de empleo con apoyo. Se trata de actividades de orientación y acompañamiento individualizado que prestan personas preparadoras laborales especializadas, en el propio puesto de trabajo, a trabajadores y trabajadoras con discapacidad y con especiales dificultades de inserción laboral que realizan su actividad en empresas normalizadas del mercado ordinario de trabajo. Y cuarta, empleo público. En todas las Administraciones públicas, el 7%, es la cuota de reserva de plazas para personas con discapacidad.

Por otro lado, se articula un empleo protegido. Se recurre al mismo en los casos en los que la persona con discapacidad puede ejercer una actividad laboral, pero no en el mercado ordinario. Este empleo se puede desarrollar en: Primero, Centros Especiales de Empleo (CEE). Son instituciones de integración laboral y se consideran elementos básicos integradores de las personas con discapacidad en el denominado mundo ordinario del trabajo, cuando por sus circunstancias de orden personal, consecuentes con su discapacidad, no puedan ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales. Los Centros Especiales de Empleo son empresas cuyo objetivo principal es el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y cuya finalidad es asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores con discapacidad. Y segundo, Enclaves Laborales. Consiste en el traslado temporal de un grupo de personas trabajadoras con discapacidad de un CEE a las instalaciones de una empresa del mercado

ordinario de trabajo, para el desarrollo de una actividad productiva, a través de un contrato de arrendamiento de servicios entre el centro y la empresa para facilitar la transición desde el empleo protegido al ordinario.

En los últimos años se han dictado normas protectoras en materia de empleo de las personas con discapacidad intelectual límite. Así, el Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite. Tiene por objeto, de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establecer un conjunto de medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo ordinario de las personas con capacidad intelectual límite[24].

3.2. Discapacidad y empleo decente

A las importantes dificultades que tienen las personas con discapacidad para acceder al mercado de trabajo se une, además, la de conseguir un trabajo decente.

Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno[25].

Según datos publicados en el primer trimestre de 2023, en España, 4,38 millones de personas tienen algún tipo de discapacidad. De ellos, casi 2 millones, 1.929.400 personas, se encuentran en edad de trabajar (de 16 a 64 años), el 43,2% son mujeres (en cifras: 833.500) y el 56,8% son hombres (lo que supone: 1.095.900)[26].

A pesar de que la Carta de Derechos personas con discapacidad reconoce entre el elenco de derechos el de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, la realidad es otra muy distinta.

Además la concentración de los contratos sigue produciéndose en el ámbito protegido, en sede de los centros especiales de empleo y no en el mercado ordinario.

Existen erróneas percepciones en el ámbito empresarial sobre las habilidades y competencias que pueden desarrollar las personas con discapacidad. Por ello, es

[24] Un estudio de las medidas de acción positiva en el Derecho de la Unión Europea puede consultarse en Cruz Villalón, J., "Las medidas de acción positiva". En VV. AA., Derecho Social de la Unión Europea. Directores: Casa Baamonde, M. E.; García-Perrote Escartín, I.; Gil Alburquerque, R.; Gómez García Bernal, A.; Sempere Navarro, A. V. Boletín Oficial del Estado. Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.17, Madrid, 2023, págs. 364 a 370.

[25] En este sentido, Carrillo Márquez, D., "Discapacidad: el reto de la inclusión laboral y el empleo decente". *Trabajo y Derecho, n. 17, 2023, págs. 1-32 (smarteca)*.

[26] Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), Empleo de las personas con discapacidad. Año 2021. Publicados el 14 de diciembre de 2022. epd_2021.pdf (ine.es) Los resultados son:

preciso actuar sobre esta idea para concienciar y sensibilizar a los empleadores y la sociedad en general sobre la discapacidad y las habilidades y competencias de las personas con discapacidad en el mercado laboral.

Una manifestación de estos avances conseguidos en lo que se refiere a la igualdad en la empresa es el Real Decreto 333/2023, de 3 de mayo, viene a modificar el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, que regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa"[27]. Es el Ministerio de Igualdad el que tiene la competencia para conceder el distintivo, cuando la empresa presente la candidatura y cumpla un conjunto de requisitos establecidos en la norma[28].

Las personas con discapacidad deben tener un empleo decente que tenga aparejado los siguientes derechos: derecho a la dignidad; derecho a la igualdad y la no discriminación; derecho a la adaptación del puesto de trabajo, garantizándose los ajustes razonables y la seguridad en el trabajo; derecho a un salario justo; y derecho a la libertad y a la no sobreprotección[29].

Primero, el 34,6% de las personas de 16 a 64 años con discapacidad oficialmente reconocida en 2021 eran activos, 0,3 puntos más que en el año anterior. Esta tasa de actividad era 43,1 puntos inferior a la de la población sin discapacidad.

Segundo, el número de activos con discapacidad aumentó en 4.300 (un 0,6%) respecto al de 2020. El de activos sin discapacidad creció un 2,0%.

Tercero, la tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,9% (del 66,3% para las personas sin discapacidad), con un aumento de 0,2 puntos respecto a 2020. El 89,8% de los ocupados eran asalariados y, de estos, el 74,9% tenía contrato indefinido.

Cuarto, el número de ocupados con discapacidad aumentó en 1.800 personas (un 0,3%) en 2021. El de personas sin discapacidad aumentó un 2,9%.

Quinto, la tasa de paro del colectivo con discapacidad fue del 22,5%, 0,3 puntos más que en 2020. Esta tasa era 7,8 puntos superior a la de la población sin discapacidad.

Y sexto, el número de parados con discapacidad aumentó en 2.500 personas (un 1,7%) durante 2021, mientras que entre las personas sin discapacidad disminuyó un 3,2%.

[27] Publicado el 18 de mayo de 2023. Véase, en particular, la Orden IGD/703/2023, de 28 de junio, por la que se aprueban las bases de la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa» y se efectúa la convocatoria correspondiente al año 2023, publicada en el BOE de 30 de junio de 2023.

[28] Sin perjuicio de la consulta pormenorizada de la norma, es preciso destacar el requisito que afecta a la personas con discapacidad: "No haber sido sancionada con carácter firme, por infracciones graves o muy graves en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en los tres años anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de candidaturas, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 16 de noviembre."

[29] Un análisis de cada uno de ellos es Carrillo Márquez, D., "Discapacidad: el reto de la inclusión laboral y el empleo decente", op. cit*., págs. 1-32*.

4. LA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA 2021-2030: MANIFESTACIONES Y RESULTADOS

4.1. Discapacidad en Europa. Algunos datos

La envergadura del colectivo de personas con discapacidad habla por sí sola si consultamos los últimos datos publicados. Hay 87 millones de personas con discapacidad en la UE, lo que supone que 1 de cada 4 europeos adultos tiene algún tipo de discapacidad. Por otro lado, la tasa de empleo de las personas con discapacidad (de 20 a 64 años) es del 50,8%, en comparación con el 75% de las personas sin discapacidad. Y, estrechamente relacionado con ello, el 28,4% de las personas con discapacidad en la UE están en riesgo de pobreza o exclusión social, en comparación con el 17,8% del resto de la población[30].

Antes de analizar la Estrategia vigente, es oportuno recordar el tratamiento de la discapacidad en el ámbito de la Unión Europea. Así, solo fue abordado por la Comunidad Europea en 1974 con la Resolución del Consejo (27 de junio). De hecho, los tratados vigentes hasta ese momento no hacían referencia a los derechos de las personas con discapacidad.

En 1996 se aprobó la estrategia de la Unión Europea para las personas con discapacidad. Se trata de un documento no vinculante para los Estados miembros pero por primera vez se reconoce la discapacidad como un ámbito de política comunitaria. Ya en 1993 Naciones Unidas había aprobado las Normas Uniformes para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Con el Tratado de Ámsterdam de 1996, la Unión Europea hace suya la facultad de adoptar medidas para combatir la discriminación, incluidas la discapacidad.

La prohibición de discriminación por discapacidad es establecida en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del Consejo, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación[31]. Es la Directiva del Consejo 2000/78/CE la que establece un marco general para la igualdad de trato en materia y condiciones de empleo[32]. En el mismo año se

[30] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 [COM (2021) 101 final, Bruselas 03/03/2021].

[31] Hay que señalar que esta Directiva, que presta atención a la contratación, mantenimiento de los trabajadores en el empleo y a la formación permanente de los discapacitados, constituye una valiosa contribución a la mejora de las condiciones laborales de este colectivo, aun cuando debe ser complementada con medidas positivas adecuadas.

[32] La aplicación de la Directiva ha dado lugar a numerosos y relevantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un análisis en Miranda Boto, J. M., "Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante los años 2019 y 2020". *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, n. 151, 2021, págs. 287-309.* Destaca la STJUE de

aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que afirma el *"principio de no discriminación"* y "el derecho de *las personas con discapacidad y a la participación en la vida de la comunidad"*.

En 2003 se aprobó el nuevo Plan de Acción Europeo sobre Discapacidad (2004-2010), que tenía como objetivo completar la implantación de la Directiva 2000/78/CE.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, se refuerzan las competencias de la UE en el ámbito de la discapacidad: se introduce la "cláusula de no discriminación horizontal", destinada a integrar la lucha contra la discriminación en todas las políticas y acciones de la Unión. Este atribuye a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor jurídico vinculante que los Tratados. Ya en 2006 la Asamblea de las Naciones Unidas había aprobado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo que llevó un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que solo así logró asegurar una protección efectiva en materia de discapacidad.

de 11 de septiembre de 2019, DW y Nobel Plastiques Ibérica, S.A., con intervención de: Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Ministerio Fiscal, asunto C-397/18 (ECLI: EU: C: 2019:703), que examinó la articulación entre la norma europea y el artículo 52 ET. En el marco de su actividad profesional, la Sra. DW contrajo una enfermedad profesional que le produjo repetidos episodios de incapacidad temporal y que llevó a su declaración como trabajadora especialmente sensible. En un proceso de extinción de contratos que afectó a más personas, la trabajadora fue seleccionada para no continuar en la empresa, atendiendo a criterios objetivos que esta preparó. Entre ellos estaban el absentismo, la polivalencia y la productividad. En el marco de la impugnación de la extinción, el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona planteó la cuestión prejudicial, para determinar si la situación de la trabajadora podía considerarse como discapacidad y las conductas discriminatorias que podían derivarse de los criterios de selección empleados. Para la resolución del caso el TJUE recurre a su abundante jurisprudencia anterior (HK Danmark (ECLI: EU: C:2013:222) y Daouidi (ECLI:EU: C:2016:917)). El TJUE recordó que el concepto de "discapacidad" debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo duradero para el ejercicio de una actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercer tal actividad, y que puede existir desde el nacimiento o ser sobrevenida. La sentencia encargó al Juzgado de lo Social la tarea de verificar si la trabajadora encajaba en la noción expuesta. Si su estado de salud implicase una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pudiesen impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, habría de ser considerada como discapacitada. Caso de llegar a tal conclusión, la sentencia ofrecía guías para interpretar los criterios de selección. En el caso del absentismo, el Tribunal señaló que un trabajador con discapacidad está más expuesto al riesgo de tener un elevado índice de absentismo que un trabajador sin ella, dado que incurre en el riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad; de ahí la conclusión de que podría existir una diferencia de trato. La misma conclusión se extrajo a propósito de la productividad. El elemento esencial para determinar si existió discriminación o no, de acuerdo con la sentencia, es la puesta en práctica de ajustes razonables por parte del empresario. Una vez más, se trata de una cuestión de hecho que debería estudiar el Juzgado de lo Social nº 3. Si el empresario los llevó a cabo, la extinción estaría justificada. Si no lo hizo (y tal era el sentido del informe de la Inspección de Trabajo), habría discriminación.

4.2. La Estrategia y sus resultados

La defensa de una sociedad inclusiva en la que los derechos de las personas con discapacidad estén protegidos y no haya discriminación ha sido una de las máximas del Parlamento Europeo. Para dar cumplimiento a este postulado, durante la sesión plenaria de junio de 2020, los eurodiputados fijaron sus prioridades para una nueva estrategia de discapacidad de la UE después de 2020. La articulación de la nueva estrategia se estableció sobre la base de la anterior.

Desde que en 2017, la Comisión Europea presentó una comunicación donde se establecía lo que se conoce como el Pilar europeo de los derechos sociales, los avances y cambios han sido sustanciales y constantes, aunque siempre insuficientes. De ese pilar social, cuya finalidad es ofrecer unas mejores condiciones de vida y de trabajo en la UE, es preciso destacar, en lo que afecta a las personas con discapacidad, las actuaciones en materia de igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral; condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social.

Ya, más recientemente, en marzo de 2021, la Comisión adoptó la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030[33]. Y, seguidamente, el Plan de acción del Pilar europeo de derechos sociales[34].

La nueva Estrategia se basa en la anterior, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020[35], y recoge las principales recomendaciones del Parlamento[36]. La Estrategia respalda la implementación de la Convención de las

[33] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 [COM (2021) 101 final, Bruselas 03/03/2021].

[34] Repárese que el Plan tiene, concretamente, tres objetivos principales. Los mismos se deben cumplir, están en la Agenda 2030: Primero, al menos el 78% de la población de entre 20 y 64 años debe tener empleo; segundo, al menos el 60% de los adultos debe participar en actividades de formación cada año; y tercero, el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social debe reducirse de, al menos, 15 millones.

[35] Téngase presente que la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 allanó el camino hacia una Europa sin barreras. Una manifestación en este sentido fue el Acta Europea de Accesibilidad, que exige que las personas con diversas discapacidades tengan acceso y puedan utilizar los productos y servicios clave.

[36] Las recomendaciones Parlamento se refieren a: 1. La integración de los derechos de todas las personas con discapacidad en todas las políticas y áreas. 2. Igualdad de acceso de las personas con discapacidad a la atención médica, empleo, transporte público y vivienda. 3. Medidas de recuperación y mitigación para evitar que las personas con discapacidad se vean afectadas de manera desproporcionada por crisis de salud como la del COVID-19. 4. La implementación y el desarrollo posterior del proyecto piloto de la Tarjeta de discapacidad de la UE, que permite el reconocimiento mutuo de la discapacidad en algunos países de la UE. 5. Las personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones formarán parte del diálogo y se implicarán en el proceso de implementación.

Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la UE y de sus Estados miembros, tanto a nivel nacional como de la UE.

En la Estrategia se establece que las personas con discapacidad tienen el mismo derecho que los demás ciudadanos de la UE a trasladarse a otro país o a participar en la vida política. También, las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a elegir dónde y con quién vivir. Para apoyar la vida independiente y la inclusión en la comunidad, la Comisión elaborará orientaciones y pondrá en marcha una iniciativa para mejorar los servicios sociales para las personas con discapacidad. Y, por otro lado, la estrategia tiene por objeto proteger a las personas con discapacidad contra cualquier forma de discriminación y violencia. Su objetivo es garantizar la igualdad de oportunidades y el acceso a la justicia, la educación, la cultura, el deporte y el turismo. Y se debe garantizar la igualdad de acceso a todos los servicios sanitarios y al empleo.

Es imposible participar en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás si el propio entorno –físico o virtual– no es accesible. En este aspecto, la UE ha avanzado satisfactoriamente[37].

Desde el principio, en Europa se sabe que para cumplir las ambiciones de la estrategia será necesario un firme compromiso de todos los Estados miembros. Los países de la UE son actores clave en la implementación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La Comisión creará la Plataforma sobre discapacidad, que reunirá a las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la Convención, las organizaciones de personas con discapacidad y la Comisión para apoyar la aplicación de la estrategia y reforzar la cooperación y el intercambio en la implementación de la Convención. Es precisa una concienciación también fuera de Europa[38].

La presidenta von der Leyen, ha señalado: "la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 contribuye a construir la Unión de la Igualdad, junto con la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025, el Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025, la Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas, la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 y el Marco estratégico de la UE para los gitanos".

[37] Cabe citar, principalmente, el Acta Europea de Accesibilidad, la Directiva sobre accesibilidad a los sitios web y los derechos de los pasajeros.

[38] A pesar de los avances la doctrina científica es muy crítica con los resultados. En este sentido, García Rodríguez ("Prohibición de discriminación por discapacidad, en el empleo y la ocupación", op. cit., pág. 658) constata que existe un vacío legal en la Unión Europea, ya que no se garantiza la igualdad de trato de las personas con discapacidad fuera del ámbito del empleo; por ejemplo, en la protección social, la asistencia sanitaria, la educación o el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda.

En el ámbito de los salarios, las retribuciones, para las personas con discapacidad especial interés tiene la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (DOUE 25 octubre 2022). El objetivo de la Directiva es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Unión Europea, en particular en lo que respecta a la adecuación de los salarios mínimos, con la finalidad de contribuir a una convergencia social al alza y reducir la desigualdad salarial. Esta Directiva es de aplicación a todos los empleados de la Unión Europea que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral en vigor en algún Estado miembro. Aunque entró en vigor a los 20 días de su publicación, los Estados miembros tienen de plazo, para adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a su contenido, hasta el 15 de noviembre de 2024[39].

5. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA 2022-2030. ARTICULACIÓN Y EFECTOS

5.1. Marco general

El tratamiento que la Constitución Española de 1978 da a la discapacidad se puede dividir en: primero, incorpora a su texto el sentido y espíritu de las declaraciones internacionales y, segundo, reconoce explícitamente los derechos al trabajo (art.35.1) y al pleno empleo (art.40) y ambos referidos a los diferentes colectivos sociales y expresamente a las personas con discapacidad (art.49). Así, dedica varios preceptos donde de forma directa o indirecta queda "protegida" la situación de las personas con discapacidad.

El binomio constitucional: igualdad de trato-prohibición de discriminación, queda reconocido, con carácter general, en el art.14 CE. Se ha de señalar que dentro de "circunstancia personal", a las que alude el precepto quedan incluidos, lógicamente, las derivadas de la discapacidad que tiene algunas personas.

El art. 49 CE señala la protección y promoción de los derechos de este colectivo. Está prevista una reforma del mismo, el Proyecto de reforma fue aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de mayo de 2021. Pero no ha progresado. Las últimas noticias al respecto, 25 enero de 2023, son que se han retomado las negociaciones. Es preciso reformar el art. 49 para eliminar el desafortunado término "disminuidos". Y, además, adaptar su contenido al actual modelo social de discapacidad[40].

[39] Sanguineti Raymond, W. y Rodríguez Fernández, M. L., "Trabajo decente e inclusivo. Una mirada desde las directivas europeas". *Trabajo y Derecho, n. 17, 2023, págs. 1-6 (smarteca).*

[40] Un estudio crítico en Turturro Pérez De los Cobos, S., "El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE". Lex Social, Revista de Derechos Sociales, 12 (1), 2022, págs. 37-65. https://doi.org/10.46661/lexsocial.6355

El Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2022 aprobó la Estrategia Española sobre discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad[41].

La Estrategia de España se sitúa dentro del marco del Plan de Transformación y Resiliencia España Puede y quiere seguir la línea abierta ya por la Estrategia Europea. Además se debe articular con perspectiva de género.

Otra cuestión que debe traerse a colación es el binomio "mujer y discapacidad"[42]. Las mujeres con discapacidad lo tienen más difícil, no solo por su situación, sino también por razones de género. Hay un doble techo de cristal para las mujeres con discapacidad. Junto al "techo de cristal" (barreras invisibles que nos impiden como mujer escalar puestos en nuestros centros de trabajo sólo por el hecho de serlo), se hace patente que además sufren lo que se conoce como "paredes de cristal", al no poder avanzar ni siquiera en horizontal en el mundo laboral y ello conlleva por tanto una doble discriminación.

5.2. Cambios y referencias en las últimas disposiciones normativas

De forma clara y contundente la Estrategia manifiesta la intención de llevar a cabo un amplio programa de reformas que atienda a las personas con discapacidad. Estas reformas se están produciendo constantemente en los últimos meses, seguidamente se van a exponer las más relevantes.

En el ordenamiento interno, por tanto, existe una amplia normativa que recoge la situación de discapacidad para establecer puntualizaciones al respecto[43].

Primero. Con el fin de instaurar la plenitud de la capacidad jurídica de estas personas se aprobó la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[44]. Era una asignatura pendiente para dar cumplimiento y aplicabilidad a la Convención de la ONU de 2006.

Segundo. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, presta una especial atención cuando se trata de sujetos discapacitados.

[41] Publicado y consultado en el enlace siguiente estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf (mdsocialesa2030.gob.es).

[42] Montoya Medina, D., Medidas para la inserción laboral de mujeres con discapacidad. Tiran lo Blanch, Valencia, 2023.

[43] Una exposición de esta normativa en Sempere Navarro, A. V., "Sobre discapacidad y normas laborales". Revista de Derecho Laboral vLex, n.7, diciembre de 2022.

[44] Un comentario en Sánchez Ballesteros, V., La discapacidad en España tras la reforma de la Ley 8/2021. Las competencias de los Estados como garantes de su eficaz inclusión. Dykinson, Madrid, 2023.

Tercero. Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de Trato y la no Discriminación[45]. La nueva Ley viene a aclarar una confusión existente, ya la enfermedad aparece junto a la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas[46].

Cuarto. Las personas con discapacidad es uno de los colectivos que han recibido atención en las distintas leyes de empleo. También la nueva Ley 3/2023, 28 de febrero, de Empleo, lo reconoce así (art.54)[47].

La Ley 3/2023, de Empleo ha modificado el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Principalmente hay que destacar la modificación del art. 2, sobre los titulares de los derechos.

Quinto. Una muestra más de la preocupación por la atención de las personas con discapacidad se recoge en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC, 2023-2025)[48]. No ha sido habitual que en los distintos Acuerdos para el empleo y la negociación colectiva, firmados, principalmente, desde 2010, se aludiera a la discapacidad como materia objeto de negociación. Por tanto, una de las novedades interesante del V AENC, 2023-2025), es que dedica un capítulo, el XIII, a la discapacidad. Donde se trata la necesidad de actuar en materia de integración plena en el empleo de las personas con discapacidad, se propone incluir en la negociación colectiva medidas para superar la inclusión aislada y parcial de cláusulas que lo único que hagan es reproducir obligaciones que estén establecidas en las leyes o reglamentos. Además, el V AENC insta a la transversalización de la discapacidad en la negociación colectiva y propone contemplar la discapacidad en la gestión de la prevención.

Sexto. Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público[49].

[45] Véase Terradillos Ormaetxea, E., "Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Briefs de la AEDTSS, publicado el 19 de julio de 2022.* Y Losada Arochena, J. F., "Despido y discapacidad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de Trato y la no Discriminación", *Revista de Derecho Laboral, 7 de diciembre de 2022.*

[46] Un comentario en Losada Arochena, J. F., "Despido y discapacidad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de Trato y la no Discriminación", *Revista de Derecho Laboral, 7 de diciembre de 2022.*

[47] BOE 1 de marzo de 2023.

[48] Publicado en el BOE de 31 de mayo de 2023. Fue suscrito el 10 de mayo por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las sindicales CC OO y UGT. Puede verse un extracto del Acuerdo en el *Boletín Laboral n.6, junio de 2023.*

[49] Publicada en el BOE de 22 de marzo de 2023.

El objeto del RD 193/2023 es regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público y establecer una serie de medidas de acción positiva y otros apoyos complementarios orientados a compensar las desventajas de partida que experimentan de forma generalizada las personas con discapacidad. El RD 193/2023 entró en vigor al día siguiente de su publicación. No obstante, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecidas en este real decreto resultarán obligatorias y exigibles según el calendario siguiente: a) En los bienes y servicios nuevos de titularidad pública será de aplicación el 1 de enero de 2025. b) En los bienes y servicios nuevos de titularidad privada que concierten o suministren las Administraciones públicas, el 1 de enero de 2025; en el resto de bienes y servicios de titularidad privada que sean nuevos, el 1 de enero de 2029. c) En los bienes y servicios ya existentes y que sean susceptibles de ajustes razonables, tales ajustes deberán realizarse antes del día 1 de enero de 2026, cuando sean bienes y servicios de titularidad pública o bienes y servicios de titularidad privada que concierten o suministren las Administraciones públicas; y antes del 1 de enero de 2030, cuando se trate del resto de bienes y servicios de titularidad privada.

Séptimo. Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023. Del Plan hay que resaltar el Eje 4, relativo a igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Menciona expresamente a las personas con discapacidad[50].

Octavo. Resolución de 22 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para el Marco de Cooperación Interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2023 del nivel acordado, previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[51].

[50] Publicado en el BOE de 6 de junio de 2023. El Eje 4º. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Comprende las actuaciones dirigidas a aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad, de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer. Igualmente incluye la promoción de la igualdad en el acceso al empleo, entre mujeres y hombres en el acceso, permanencia y promoción en el empleo, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

[51] Publicado en el BOE de 6 de junio de 2023.

Noveno. También se han aprobado nuevas medidas con el fin de flexibilizar la jubilación de las personas con discapacidad. En este sentido, el Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento. La nueva norma tiene por objeto facilitar y flexibilizar el acceso a la pensión de jubilación de las personas trabajadoras: –que han mantenido su actividad durante el período mínimo establecido para causar derecho a pensión de jubilación (15 años)– que presentan una patología generadora de discapacidad que reduce su esperanza de vida que pueden acreditar que, durante 5 años de ese período de 15, han estado afectos de una discapacidad de al menos el 45%. Además, se prevé un nuevo procedimiento para conseguir la declaración de discapacidad (art. 5) y se amplía el listado de las discapacidades que puedan dar lugar a la reducción de la edad de jubilación[52].

Décimo. Otra manifestación más de los últimos avances normativos de todo lo relacionado con la discapacidad es la Resolución de 17 de mayo de 2023, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad, relativo a las circunstancias especiales que pueden dar lugar a la valoración del grado de discapacidad por medios no presenciales o telemáticos[53].

Undécimo. Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027[54]. Una de las líneas de actuación, concretamente la 6, está destinada a conseguir la mejora de la protección de las personas con discapacidad[55].

Y, por último, en el Consejo de Ministros del 27 de junio de 2023 se aprobó el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a

[52] Listado establecido en el Anexo RD 370/2023. Todo ello publicado el 17 de mayo de 2023.

[53] Publicada la Resolución el BOE de 30 de mayo de 2023.

[54] BOE de 28 de abril.

[55] Dispone: 6 Mejora de la protección de las personas trabajadoras con discapacidad. – Se llevarán a cabo actuaciones de sensibilización para garantizar niveles de protección adecuados para las personas trabajadoras con diversidad funcional, poniendo el foco en la orientación de actuaciones preventivas en los Centros Especiales de Empleo. – La ITSS desarrollará actuaciones de asistencia técnica, vigilancia y control en Centros Especiales de Empleo. – Se elaborarán guías o criterios orientativos para ayudar a las empresas a integrar la diversidad funcional en la gestión de riesgos, en especial en las evaluaciones de riesgos y adopción de medidas preventivas específicas adaptadas para este colectivo.

otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea[56].

Son muchas las materias y normas que se ven afectadas por el RD-ley 5/2023; ahora bien, en la materia objeto de estudio es preciso prestar atención a la ampliación del concepto de discriminación. Esta ampliación se observa al modificar el art. 4.2 ET que establece los derechos de los trabajadores en la relación de trabajo. Concretamente, el cambio afecta al apartado c) del art. 4.2 ET, con la reforman se incluyen entre las causas de discriminación prohibida la discapacidad.

Otro de los puntos fuertes promocionados por la Estrategia Española es el dialogo social en la discapacidad. El Diálogo Social es una fórmula para lograr la inclusión laboral de las personas con discapacidad y la necesaria transformación del empleo de éstas personas. Esta nueva vía se presenta como más eficaz. Hay que superar la dualidad de mercado de trabajo protegido y mercado de trabajado ordinario, ajustando el empleo de las personas con discapacidad a los requerimientos realizados a España por Naciones Unidas en el Documento de las Observaciones Generales nº 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo. Allí se solicita la eliminación del empleo segregado de personas con discapacidad para garantizar su derecho a un trabajo digno y decente.

También en materia de discapacidad hay que traer a colación la inteligencia artificial (IA). La misma ha revolucionado nuestras vidas y ha llegado para quedarse. Las posibilidades que tiene son inmensas y, como ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina, sus aplicaciones pueden aportar beneficios importantísimos a las personas con discapacidad. Sin embargo, la IA es una realidad claramente ambivalente y, junto a su cara amable, presenta también otra conformada por diversos riesgos fundamentales, muchos de corte ético, susceptibles de crear nuevos tipos de discriminación que cercenen los derechos de tales colectivos, siempre en permanente reivindicación, especialmente ante realidades novedosas[57].

Los "peligros" de la IA también están reflejados en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al reconocer el Derecho al trabajo y al empleo (artículos 27 y 9). La Convención protege contra la discriminación por motivos de discapacidad en el empleo, incluyendo las condiciones de selección y contratación, la continuidad del empleo, los ascensos y las condiciones de

[56] Publicado el 29 de junio de 2023. Y vigente desde el 30 de junio los cambios en las normas laborales, pero existen particularidades para otras normas cuya aplicación se retrasa un mes o se somete a la aprobación de su desarrollo reglamentario.

[57] Un amplio estudio al respecto en Valle Escolano, R., "Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos". Revista Española de Discapacidad, vol. 11, n.1, 2023, págs. 7-28.

trabajo, así como la obligación de ofrecer ajustes razonables. Una interpretación comprensiva de los artículos 27 y 9 de la Convención exige a los empleadores evitar los efectos discriminatorios en la utilización de herramientas de IA, que albergan importantes riesgos de exclusión de las personas con discapacidad, a raíz de atributos atípicos, especialmente antes de que un entrevistador humano se reúna con un candidato/a. Y, en segundo lugar, al reconocer el derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social (artículo 28), considera la Comisión que hay dos riesgos de la IA en este terreno. Primero, la opacidad en la adopción de decisiones en servicios y ayudas públicas que benefician a personas con discapacidad. Y segundo, el riesgo de reforzamiento de las barreras de acceso al mercado de trabajo, por la eliminación de empleos que lleva consigo la automatización[58].

6. REFLEXIONES FINALES

Los esfuerzos que se han realizado han sido importantes, pero las personas con discapacidad siguen estando más expuestas al riesgo de pobreza y exclusión social que el resto de la población.

La Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 pretende orientar la actuación de los Estados miembros y de las instituciones de la UE a partir de los logros ya conseguidos. Con esta nueva Estrategia se conseguirá hacer realidad el Pilar Europeo de Derechos Sociales.

Pero, a pesar de 40 años de políticas activas de empleo para las personas con discapacidad, la tasa de inactividad sigue siendo un dato especialmente alarmante para un elevado número de ciudadanos y ciudadanas porque 1.261.200 personas con discapacidad están fuera del mercado laboral.

A pesar de las ayudas e incentivos a las empresas para la contratación de personas con discapacidad y la obligación que establece el marco legislativo en cuanto a la cuota de reserva, todavía se observa que la participación laboral de las personas con discapacidad es muy baja.

Las enormes dificultades en el acceso y permanencia en el mercado laboral son evidentes: acceden al mercado de trabajo en menor proporción que las personas sin discapacidad, y cuando acceden, lo hacen en puestos de menor cualificación,

[58] Además la Convención ve riesgos en otros derechos y ámbitos de actuación. Por ello, es necesario maximizar el potencial de la IA y mitigar su impacto negativo en los derechos y en las vidas de las personas. Esta afirmación es válida, entre otras cuestiones, en relación con las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11), con objeto de prevenir las formas contemporáneas de esclavitud, la trata de personas y el trabajo infantil, en relación con las personas con discapacidad. También está presente en el campo de la cooperación internacional (art. 32), las nuevas tecnologías pueden ser utilizadas para promover sistemas de inteligencia artificial inclusivos.

mayor precariedad marcada por la temporalidad, la contratación a tiempo parcial y bajas retribuciones salariales.

Y la primera consecuencia de lo dicho hasta ahora es que esta brecha laboral de las personas con discapacidad del mercado de trabajo en nuestro país se traduce en riesgos reales de pobreza y exclusión social.

La exclusión sistémica y estructural de las personas con discapacidad del mercado de trabajo, con dificultades severas de acceso a bienes sociales básicos y al ejercicio regular de derechos fundamentales, hace necesario que en la acción política y legislativa esté presente la discapacidad desde un enfoque exigente de derechos humanos, de inclusión y de extensión de bienestar.

El empleo se muestra como un mecanismo de inclusión que debe posibilitar la seguridad e independencia económica, la vida independiente y, en definitiva, la posibilidad de evitar la exclusión social y la pobreza.

Existe la conciencia de que las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad, en el momento de obtener y desarrollar un empleo, se deben más a la forma en la que el trabajo está estructurado y organizado que a la discapacidad en sí misma, de esta forma, esos obstáculos pueden ser superados si se adoptan las medidas adecuadas.

En un mundo del trabajo marcado por profundos cambios nos enfrentamos como sociedad a un enorme reto, porque si queremos hacer una sociedad justa, equitativa, más democrática, no podemos desatender las demandas de nuestros conciudadanos en sus justas reivindicaciones y aspiraciones de desarrollo personal y social a través del trabajo.

La sociedad debe actuar y exigir a los poderes que actúen sobre la educación y la formación de las personas con discapacidad con el objetivo de garantizar la educación inclusiva y de calidad de los menores con discapacidad, asegurando también la formación a lo largo de la vida, facilitando itinerarios personalizados focalizados en la formación profesional que potencie y mejore su empleabilidad.

No se puede olvidar la figura de la discapacidad sobrevenida, en un mercado de trabajo con una población laboral más envejecida y con carreras profesionales cada vez más largas. En este sentido, la legislación española debe integrar el acuerdo adoptado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006 por Naciones Unidas y vigente en España.

El dialogo social debe ocupar un papel prioritario en los avances. Debe de ser el motor que venga a promocionar los acuerdos. Y como consecuencia de ello la negociación colectiva se verá impulsada a regular las particularidades de este colectivo.

Por otro lado, también es necesario un mercado de trabajo inclusivo donde las personas con discapacidad deben tener un nuevo sistema de compatibilidad

de prestaciones sociales con la actividad laboral. Es difícil, pero no imposible de conseguir.

Los servicios públicos de empleo deben prestar una atención especializada, sería el momento con la nueva Ley de empleo.

Otro de los grandes retos es rediseñar las políticas activas de empleo tendentes a garantizar el acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, intensificándose, fundamentalmente para los colectivos de mayores dificultades de inserción laboral (discapacidad intelectual, trastornos del espectro autista, parálisis cerebral, discapacidad psicosocial, discapacidad sensorial grave) y para las mujeres con discapacidad.

Quisiera terminar este estudio con las siguientes palabras: *"De nada sirven los deseos si no se hacen realidad"* y *"La constancia vence al talento"*, sacadas también de La vida del Lazarillo de Tormes.

ESTUDIOS

Balance y perspectivas de desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales
Jesús Cruz Villalón

PRIMERA PARTE: IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España
María Luisa de La Flor Fernández

La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España
Fernando Elorza Guerrero

Educación, formación y aprendizaje permanente: Agenda de capacidades europea
Francisco Lozano Lares

Igualdad de oportunidades en la Unión Europea: el plan de acción antirracismo para 2020-2025 como estrategia
Eva Saldaña Valderas

Apoyo activo para el empleo: Paquete de apoyo al empleo juvenil
Olimpia Molina Hermosilla

Políticas migratorias y de asilo en la UE
María Luisa Rodríguez Copé

SEGUNDA PARTE: CONDICIONES DE TRABAJO JUSTAS

La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento
Francisca Fuentes Rodríguez

Aspectos laborales de la ley de protección de personas informantes
Rafael Gómez Gordillo

Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición
Eduardo Román Vaca

La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas
Antonio Valverde Asencio

La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en Derechos Humanos y Medio Ambiente
María Sepúlveda Gómez

Inteligencia artificial y empleo. Análisis crítico del marco regulatorio europeo y español impulsado por el Pilar Europeo de Derechos Sociales
Rosa Mª. González de Patto

Derecho a la desconexión digital
Teresa Velasco Portero

Instrumentos multinivel para la eliminación del trabajo forzoso: especial referencia al ámbito empresarial
José Antonio Soler Arrebola

La negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas vulnerables
Inmaculada Benavente Torres

TERCERA PARTE: PROTECCIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL

Renta Mínima Adecuada. A propósito de la Recomendación 2023/C 41/01, sobre una renta mínima que procure la inclusión activa
José Luis Lázaro Sánchez

Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad ¿Se están percibiendo los cambios?
María Dolores García Valverde

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales