

Llibre en homenatge al professor Eduardo Rojo Torrecilla, amb motiu de la seva jubilació, per la seva trajectòria acadèmica a la Universitat de Girona (1992-2007)

Libro en homenaje al profesor Eduardo Rojo Torrecilla, con motivo de su jubilación, por su trayectoria académica en la Universitat de Girona (1992-2007)

**Ferran Camas Roda
Andrea Cano Redondo
(eds.)**



Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 349(09) LLI

Llibre en homenatge al professor Eduardo Rojo Torrecilla, amb motiu de la seva jubilació, per la seva trajectòria acadèmica a la Universitat de Girona (1992-2007) = Libro en homenaje al profesor Eduardo Rojo Torrecilla, con motivo de su jubilación, por su trayectoria académica en la Universitat de Girona (1992-2007) / Ferran Camas Roda, Andrea Cano Redondo (eds.). – Girona : Documenta Universitaria : Universitat de Girona, [2024]. – 450 pàgines ; cm
ISBN 978-84-8458-686-9 (Universitat de Girona. Servei de Publicacions). ISBN 978-84-9984-647-7 (Documenta Universitaria)

I. Camas Roda, Ferran, editor literari II. Cano Redondo, Andrea, editor literari III. Rojo Torrecilla, Eduardo, entitat homenatjada
1. Rojo Torrecilla, Eduardo 2. Universitat de Girona
3. Llibres homenatge 4. Dret del treball 5. Professors universitaris

CIP 349(09) LLI

Director: Ferran Camas Roda

Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social i director de la Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania de la Universitat de Girona.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universitat de Girona.

Coordinació tècnica / coordinación técnica: Andrea Cano Redondo

Tècnica d'Investigació del Projecte Horizon Europe (2023-2025), Care4Care, Cuidem a les persones que cuiden, i professora substituïda de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Girona.

Técnica de Investigación del Proyecto Horizon Europe (2023-2025), Care4Care, Cuidemos a las personas que cuidan, y profesora sustituta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Girona.

© dels textos: els seus autors i autores

© de l'edició: Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria

ISBN Universitat de Girona: 978-84-8458-687-1

ISBN Documenta Universitaria: 978-84-9984-653-8

DOI: 10.33115/b/9788499846538



No es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades per altres persones que no siguin les propietàries dels drets. És la llicència més restrictiva ja que només permet que altres persones es descarreguin l'obra i la comparteixin amb altres sempre i quan en reconeguin l'autoria, però sense fer-ne modificacions ni ús comercial.

El director d'aquesta publicació vol agrair al Rectorat de la Universitat de Girona, a la seva Facultat de Dret, al seu Departament de Dret Privat, a la seva Àrea de coneixement de Dret del Treball i de la Seguretat Social, i a la Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania, que compta amb el patrocini de la mateixa Universitat de Girona (amb el finançament de la Diputació de Girona) i la Fundació La Caixa, per tot el suport prestat per a la realització de la jornada d'homenatge al professor Eduardo Rojo Torrecilla amb motiu de la seva jubilació que es va celebrar el 9 de novembre de 2023, així com per a la publicació d'aquest llibre.

També agraeix a tots els participants i assistents a la jornada del 9 de novembre, així com als autors de cada capítol d'aquest llibre que han fet possible la seva publicació final.

Juny 2024

El director de esta publicación desea agradecer al Rectorado de la Universitat de Girona, a su Facultad de Derecho, a su Departamento de Derecho Privado, a su Área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y a la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía, que cuenta con el patrocinio de la propia Universitat de Girona (con la financiación de la Diputación de Girona) y la Fundación La Caixa, por todo el apoyo prestado para la realización de la jornada de homenaje al Profesor Eduardo Rojo Torrecilla con motivo de su jubilación que se celebró el 9 de noviembre de 2023, así como por la publicación de este libro.

También agradece a todos los participantes y asistentes a la jornada del 9 de noviembre, así como a los autores de cada capítulo de este libro que han hecho posible su publicación final.

Junio 2024

Sumario

Pròleg	7
Ferran Camas Roda	
Prólogo	11
Francesc Castellana Aregall	

Ponencia inicial

Reflexiones sobre mi estancia en la Universitat de Girona (1992-2007), y sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....	16
Eduardo Rojo Torrecilla	

I. Nuevas y viejas cuestiones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El derecho del trabajo ante la futura ley de inteligencia artificial.....	64
Francisco Pérez Amorós	
El tiempo de trabajo: entre las viejas aspiraciones y los nuevos retos	111
Jesús Cruz Villalón	
La primacía de la normativa de la Unión Europea y la Seguridad Social española: desencuentros y perspectivas	148
María Amparo Ballester Pastor	
Nuevas formas de empleo o de organización del trabajo y riesgos laborales para los trabajadores: el teletrabajo	170
Carolina Gala Durán	

II. Políticas de empleo

Algunas reflexiones sobre las políticas locales de empleo	210
Jaime Cabeza Pereiro	
Los jóvenes y el mercado de trabajo: un análisis general de las políticas de fomento del empleo juvenil	240
Ignacio Camós Victoria	

III. Inmigración y cuestiones de interés laboral en materia de extranjería

Novedades en materia de extranjería: el RD 629/2022, de 26 de julio y el acceso al empleo de los nacionales de terceros estados	273
Ángeles Ceinos Suárez	
La necesidad de una reforma profunda del derecho sancionador laboral en materia de extranjería	307
Mercedes Martínez Aso	
Actualización del régimen jurídico sobre las competencias de la Generalitat de Cataluña en el ámbito de la extranjería e inmigración.....	345
Luis Ramos Poley	

IV. El empleo en el sector de cuidados como ámbito de investigación específico en la Universitat de Girona

Condiciones de trabajo del personal trabajador de cuidados y cartografía sobre el principio de no discriminación por razón de género y condición migratoria	372
Ferran Camas Roda	
El dret a cura i les feines de cures sota l'òptica dels Drets Humans	403
Anna Molina Garcia	

Pròleg

Ferran Camas Roda

Catedràtic de Dret del Treball i Seguretat Social de la Universitat de Girona

Per al personal acadèmic que treballa a les universitats sempre és un revulsiu per a la seva tasca diària i per afrontar el futur comprovar com el professorat que arriba a la jubilació obté un reconeixement per la seva trajectòria acadèmica. Que la Universitat organitzi un acte d'homenatge a un dels membres acadèmics que n'han format part no solament és un acte de justícia, sinó també un gest que honora a la institució acadèmica, ja que així mostra la gratitud envers una persona que ha dedicat una part important de la seva vida a ensenyar i traslladar a la societat el que ha après. Aquest tipus d'actes, a més, suposen per al professorat que dia a dia fa la seva feina, un motiu de superació perquè percep que la Universitat sabrà reconèixer algun dia l'esforç que està fent.

El professor Rojo Torrecilla va ser membre acadèmic de la Universitat de Girona durant molts anys, entre 1992 i 2008, però la jubilació li ha arribat essent Catedràtic de Dret del Treball i Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona. Els anys viscuts a la Universitat de Girona, anys d'il·lusió, però també d'esforç i de molta dedicació, han propiciat que aquesta universitat prenguéss la iniciativa d'homenatjar-lo amb dos actes rellevants: la realització d'unes jornades acadèmiques el 9 de novembre de 2023 i la publicació d'aquest llibre que tinc l'honor prologar.

En un dels diaris catalans d'inicis de la dècada dels noranta del segle passat, es qualificava al professor Eduardo Rojo com «El defensor de les utopies» (vegeu l'article *d'El Periódico*, signat per Patricia Castán el 9 de març de 1998). L'article feia referència al seu nomenament com a president de la Fundació Utopia després de la mort del seu promotor, el mossèn i sindicalista Josep N. García Nieto. El títol d'aquell reportatge periodístic expressa perfectament com el veia jo, en l'any 1992, un jove ajudant seu, davant dels reptes que el professor Rojo havia d'afrontar en ser designat llavors com a Degà (el primer, per cert) de la Facultat de Dret de la Universitat de Girona. Entre els desafiaments que havia de superar, hi havia el de dotar als estudis de Dret d'una infraestructura adequada, ja que en aquella època s'estaven realitzant en uns barracons provisionals. També, la posada en marxa dels diferents departaments universitaris de la facultat, d'un dels quals, el de Dret Privat, el professor Rojo en va acabar sent el director; i finalment, podríem fer referència a la no menys important tasca de crear una àrea de coneixement en Dret del Treball i Seguretat Social amb el professorat idoni per cobrir les necessitats de docència i recerca que es començaven a detectar.

Aquests reptes van ser assumits pel professor Rojo Torrecilla partint, per una banda, del principi de defensa de la universitat pública i en particular dels estudis de Dret a Girona, davant tendències de determinada part de la societat que prioritzaven altres universitats per als joves; per una altra banda, d'una manera de fer caracteritzada per un alt grau d'exigència professional amb l'interès d'eleva la qualitat de la docència i la recerca en una facultat que tot just començava el seu camí. I tot això acompanyat d'una profunda sensibilitat social, permeable als greus problemes econòmics que la societat va partir a partir del 1993. En aquest sentit, el títol d'una entrevista periodística que se li va fer al *Punt Diari* l'any 1994, «L'economia ha d'estar al servei de l'home», mostrava clarament el perfil crític i social que el caracteritzava (vegeu el reportatge de Josep Casellas, el 9 d'octubre de l'any referit). Deia en l'entrevista el professor Rojo que «la doctrina social de l'Església pot aportar idees noves, partint de la base -que ja no és tant nova- que la persona és el centre de qualsevol activitat econòmica. Si la millora econòmica d'una societat significa un agreujament de les desigualtats socials, no és una millora econòmica. Les polítiques de mercat són necessàries, però el mercat en certa manera és sec,

perquè genera riquesa, però no és bon redistribuïdor. A més, el benestar d'uns països no pot ser l'excusa per al malestar d'uns altres, sobretot dels subdesenvolupats».

El treball institucional i de gestió del professor Rojo no es pot deslligar de la seva ingent tasca de recerca, en forma d'organització de jornades o seminaris i especialment de publicacions. Ja als anys noranta, quan va començar el seu periple a la Universitat de Girona, es constata la seva preocupació pel futur del treball en articles en diaris o en revistes especialitzades (recordo i guardo un article que va escriure al diari *El Far* el 1996 i en el que va avançar que no era vàlida una educació que continués preparant els joves per a un món de treball com si res hagués canviat en els darrers 20 o 30 anys, afirmació que avui dia encara té el seu pes i ens obliga a reflexionar seriosament davant d'unes realitats ja presents).

Un tema al qual el professor Rojo va dedicar-li una atenció profunda va ser la immigració, en particular a partir de l'any 2000, quan els primers moviments de persones cap a Espanya d'aquest segle, convertint-la no en un país d'emigració, sinó de receptor de persones migrants, varen començar a ser evidents. Aquesta dedicació va ser causa i conseqüència de la direcció que el professor Rojo va passar a assumir de la *Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania*, creada el 26 d'octubre de 2021; primera d'Espanya en matèria d'immigració i drets, i podem dir que única perquè estava patrocinada per la mateixa Universitat, el Síndic de Greuges de Catalunya i el Bisbat de Girona. Com es deia en el conveni de creació de la Càtedra, partint de la «preocupació pel desenvolupament del fenomen migratori», i conscients els patrons del desafiament ètic, social, polític, econòmic i jurídic que presentava la immigració, tant en la societat d'acollida com als països d'origen, es va trobar convenient iniciar una tasca «d'estudi, recerca i aprofundiment dels diferents aspectes que puguin confluïr en aquesta matèria», objectiu al qual es va abocar el professor Rojo de forma intensa. Va ser una gran iniciativa la consecució d'aquesta Càtedra, més encara quan el mateix director ja va assenyalar, en un dels seus primers articles després de prendre possessió com a tal a la Càtedra, que el coneixement del fenomen migratori era escàs i fragmentat; que les persones que venien a Espanya feien nombrosos treballs i tasques no desitjades pels nacionals; que s'havia d'apostar per la igualtat dels treballadors migrants amb els nacionals i debatre com

evitar situacions d'abús i explotació de la població treballadora immigrant (vegeu l'article del professor Rojo «La Inmigración», a la revista *Realitat*, el tercer trimestre de l'any 2002). En algunes d'aquestes qüestions s'han fet avanços en els més de vint anys transcorreguts, tot i que encara queda un camí llarg per recórrer quant a l'efectivitat dels drets laborals de moltes persones estrangeres.

Més de vint anys després, la Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania continua viva, tot i que amb un canvi d'entitats que li donen suport, ja que actualment està constituïda per la mateixa Universitat i la Fundació La Caixa. Les intermitents crisis econòmiques i les dificultats d'assolir compromisos per part de les institucions públiques en el suport a la recerca i transferència de coneixements a la societat en matèria d'immigració i drets, no han aconseguit desactivar-la, sinó que s'ha pogut continuar i aprofundir en la tasca iniciada pel professor Rojo Torrecilla.

Per a orgull de tothom, la Facultat de Dret de la Universitat de Girona continua endavant, en un edifici al Campus de Montilivi el qual va ser aixecat i inaugurat quan era degà el professor Rojo. La facultat disposa d'una àrea de coneixement de Dret del Treball i Seguretat Social, el grup d'investigació de la qual ha obtingut, l'any 2023, un projecte de recerca de la Comissió Europea per estudiar les condicions de treball i de discriminació del personal empleat al sector de cures o assistencial (Projecte *Horizon Europe Care4Care, Cuidem a les persones que cuiden, 2023-2025*).

Les persones que estem continuant l'obra que va iniciar el professor Eduardo Rojo intentem mantenir la seva empremta a la Universitat de Girona, gràcies al seu suport durant tots aquests anys i coneixedors que el continuarem tenint com a membre jurista actiu i professor d'universitat jubilat. M'agradaria que aquestes paraules servissin per fer-li arribar el meu reconeixement en tant que professor que va començar amb ell i gràcies a ell, ha treballat a la Universitat de Girona. I que, pel seu esforç, avui comptem amb una Facultat de Dret consolidada, una àrea de coneixement amb una recerca igual o superior a la d'altres universitats, i una Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania, que encara té moltes coses a dir. Tot això, com ell defensava, amb un profund sentit crític i amb sensibilitat social.

Prólogo

Francesc Castellana Aregall

Presidente del Consejo Económico y Social de Barcelona

Eduardo Rojo, profesor, intelectual, compromiso social.

Me complace muy especialmente escribir estas breves líneas en el preámbulo del libro impulsado y coordinado por el profesor Fernando Camas, que reúne aportaciones académicas y testimonios de muchas personas, en reconocimiento del profesor y también amigo Eduardo Rojo, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Conocí al profesor Eduardo Rojo en los años setenta, cuando era profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Nos puso en contacto nuestro común amigo Juan N. García Nieto, jesuita y compañero en las lides sindicales y nuestro referente intelectual en el ámbito social. Lo recuerdo en su pequeño despacho de la facultad en la que nos recibió con la amabilidad y el buen talante que le ha caracterizado a lo largo de la vida, en que ha mostrado ser una buena persona. El motivo del encuentro fue una consulta sobre los efectos jurídicos de los pactos de la Moncloa, puesto que en la empresa farmacéutica donde yo trabajaba en aquel momento había serias resistencias para su aplicación, al igual que en otras muchas empresas.

De aquella conversación recuerdo a Eduardo diferenciar, con precisión académica, los contenidos de los pactos en términos laborales y sus efectos jurídicos normativos. Y la lección que saqué fue la convicción de que solo podíamos avanzar en una solución satisfactoria para nuestros intereses, si negociábamos sindicalmente con la empresa; los acuerdos de la Moncloa eran un marco, no una obligación jurídica efectiva. Él siempre entendió y entiende que las observaciones jurídicas deben sustentarse en las normas y en la doctrina, que delimitan lo que es la obligación o derecho jurídico de lo que es un acuerdo o una convención social y que en ese marco jurídico se concretan los acuerdos para su aplicación en las empresas o en el sector de actividad que las enmarca, que no son otra cosa sino acuerdos singulares a los que llegan los protagonistas sociales en cada ámbito.

Eduardo Rojo ha ejercido de intelectual, amigo de los trabajadores, comprometido en el desarrollo de los derechos laborales, contribuyendo con su generosa aportación a la formación de sindicalistas y otras personas en el activismo social. Ha hecho de su tarea como profesor un compromiso ético, manteniendo siempre un criterio profesional independiente, evitando doctrinarismos. Hay que señalar que, en su día, junto al profesor Fernando Pérez Amorós y otros profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, abrieron la formación del Derecho del Trabajo a los cuadros sindicales; una experiencia que pude aprovechar en primera persona. Conocer el Derecho para mejorarlo, para reformarlo e incluso entendiendo que, en ocasiones, a fin de derogarlo para sustituirlo por otra manifestación jurídica más social y justa.

Con Eduardo he compartido seminarios, conferencias y debates, en los que siempre he apreciado, junto a otras muchas personas, su rigor y exhaustividad en el tratamiento de los temas, que combina con una mirada abierta a los nuevos hechos sociales y a los cambios económicos y sociales. Y todo ello manifestado con independencia de criterio, sin muestra alguna de arrogancia o superioridad, con sencillez, con un enfoque siempre positivo. Como alumno aventajado de nuestro común amigo Juan N. García Nieto, sigue en su práctica los mensajes claves de Juan: empatía con el sufrimiento de los más desfavorecidos, promoción de la emancipación por la formación y la cultura para favorecer un compromiso solidario con la causa de la justicia social. Y ese seguimiento le ha llevado a compromisos institucionales.

La Fundació Utopía contribuyó a estrechar más nuestra relación, en el recuerdo de Juan tras su muerte. El compromiso social y la labor siempre altruista de Eduardo dio a la Fundació una mayor consistencia intelectual, en el cumplimiento de los que eran su razón de ser: difundir los valores y principios de Juan N. García Nieto, aportar una mirada global, crítica, respecto a los fenómenos sociales y el compromiso con los más desfavorecidos para conseguir su plena integración social. Tarea que cabía realizar con una mirada humanista, transversal, no partidaria, que favoreciera la comprensión de los hechos sociales, que incluyera nuevos y más amplios compromisos por la justicia social frente a las desigualdades sociales, para combatir la exclusión social en sus manifestaciones más concretas.

Llegado el año 2002, Eduardo Rojo impulsó en la Universitat de Girona la Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania, cuando el fenómeno migratorio sorprendió a las autoridades con unos flujos de entrada no conocidos hasta entonces, chocando con lo que era la experiencia de un país tradicionalmente de emigrantes. Una entrada de inmigrantes que no siempre se produjo con las condiciones de dignidad y respeto a los derechos humanos de las personas migrantes. Bajo la dirección de Eduardo, la Càtedra contribuyó al reconocimiento del hecho migratorio, el respeto a las condiciones objetivas de necesidad, la inclusión de los recién llegados, como base de lo que debe ser una sociedad inclusiva y democrática, con reglas inspiradas en los derechos humanos. Sus estudios, conferencias y publicaciones ayudaron a crear «cultura migratoria».

No quisiera acabar esta visión personal sin resaltar la forma en la que Eduardo ha ejercido su compromiso con los valores de la justicia, la solidaridad y la no discriminación. Eduardo ha sido un trabajador constante e incansable, como nos muestra su blog sobre la ciencia jurídica, su participación en seminarios, grupos de trabajo y conferencias y debates. Un trabajo que ha realizado sin ostentación alguna, resaltando con ello la fuerza de los argumentos y la razón crítica, siempre constructiva, en la búsqueda de argumentos para posibilitar una vida en comunidad, en igualdad y sin exclusiones, donde el humanismo y la justicia social estén en el centro de la convivencia democrática, como base del desarrollo de las personas hasta su emancipación.

Ponencia inicial

Reflexiones sobre mi estancia en la Universitat de Girona (1992-2007), y sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y profesor honorario de la UAB¹

Mis primeras palabras en este acto han de ser, obviamente, de agradecimiento a la Universitat de Girona por haber organizado esta jornada con motivo de mi jubilación académica a partir del 1 de septiembre de 2023.

Este agradecimiento he de personificarlo en la persona del profesor Ferran Camas Roda, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de esta Universidad, que se incorporó a la UdG conmigo en octubre de 1992, año de los Juegos Olímpicos en Barcelona, quien lo ha organizado con sumo detalle y que, por ello, ha permitido que podamos escuchar a cualificadas y cualificados miembros del mundo jurídico laboralista, y también a profesionales del Derecho que desde su actividad diaria tratan de conseguir que el mundo de las relaciones de trabajo sea más ordenado, más solidario y permita reconocer derechos (que no son en modo alguno incompatibles con obligaciones que surgen en las relaciones de trabajo, tanto individuales como colectivas), además de respeto, a las personas trabajadoras.

¹ El presente texto recoge, sustancialmente, y algo ampliada, la intervención en el acto de homenaje organizado por la UdG el 9 de noviembre de 2023. He añadido, por considerarlo relevante, mi aportación al debate sobre el Estatuto del trabajo del siglo XXI que ha sido puesto en marcha por la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por supuesto, quiero agradecer el loable esfuerzo de la Sra. Andrea Cano en la preparación técnica de esta Jornada y la difusión de la misma a través de la página web creada al efecto.

Agradezco muy sinceramente la presencia del decano de la Facultad de Derecho que acoge este acto, profesor Albert Ruda González, miembro de la promoción 1994-1997 y al que tuve la suerte de impartir docencia en los «módulos prefabricados» de Fontajau.

Muy especialmente, deseo también manifestar mi satisfacción por la celebración de la Jornada en la Sala de Actos que lleva el nombre de una persona que defendió durante muchos años los derechos constitucionales y que, quizá por ello, fue asesinado. Saben que me refiero al que fuera presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Tomás y Valiente. El mismo día de su asesinato, el 15 de febrero de 1996, a las 10:48, a manos de un pistolero de ETA que simuló ser un alumno, escribí un artículo en el Diari de Girona, en el que colaboro habitualmente desde mayo de 1993, proponiendo, en mi condición de decano, que la futura Sala de Grados de la Facultad Derecho tuviera su nombre: Por ello estoy orgulloso de celebrar este acto en una Sala que representa los valores jurídicos de respeto al Estado Social y Democrático de Derecho que está plasmado en el art. 1 de nuestra Constitución.

La celebración de este acto me ha obligado, y lo he hecho con mucho gusto, a refrescar mi memoria y a repasar el currículum académico, para poder hablarles de mi actividad en esta Universidad, creada por la Ley 30/1995 de 30 de diciembre, que incluía la entonces denominada Facultad de Ciencias Jurídico-Económicas, y que más adelante se convertiría en Facultad de Derecho, tras la separación de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.

Dicho currículum pone de manifiesto que me incorporé, en comisión de servicios cuando era aún profesor titular de la Universidad de Barcelona, el 1 de octubre de 1992, si bien ya recuerdo con agrado que la primera reunión, para planificar el curso académico 1992-1993 se celebró el 10 de julio (la fecha puede ser errónea, pero no creo que tenga mayor importancia que fuera unos días antes o después), donde

tuve la oportunidad de conocer a mis nuevos compañeros y compañeras, junto con la presencia de otros profesores y profesoras que también se incorporaban provenientes de la UB.

Por cierto, de dicha reunión, y a partir de la propuesta del entonces decano, profesor Luís María Pérez Herrero, surgió mi nombramiento como vicedecano desde la fecha oficial de mi incorporación a la UdG.

No querría tampoco dejar de agradecer en este acto el interés que manifestó el profesor Miquel Martín Casals por mi incorporación a la UdG y el esfuerzo que puso, con resultado positivo, para que pudieran convocarse rápidamente varias cátedras de universidad para el profesorado, tanto del ya presente con anterioridad como de las nuevas incorporaciones, a fin y efecto de potenciar la actividad docente e investigadora en nuestra Facultad.

La comisión de servicios duró hasta el 15 de diciembre de 1993, siendo nombrado Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tras la celebración de la preceptiva oposición el 25 de octubre de dicho año, el 16 de diciembre, habiéndose extendido en el tiempo hasta el 16 de diciembre de 1997. En este año, y tras haber estado tres meses en comisión de servicios en la UAB, fui nombrado catedrático de esta Universidad, tras la celebración del preceptivo concurso el 10 de diciembre, el día 17 de dicho mes.

En mi actividad académica, impartí docencia teórica y práctica de DTSS a muchos grupos de la, primeramente, Facultad de Ciencias Jurídico-Económicas, y, después, Facultad de Derecho.

Permítanme decirles que fue una grata sorpresa encontrarme el primer día del curso 92-93 con un número de alumnas y alumnos que no superaba la treintena, es decir un grupo con el que se podía hablar y debatir sobre la temática de cada sesión. Acostumbrado a impartir docencia para más de 150 alumnas y alumnos en el aula 15 del edificio ilderdense de la Facultad de Derecho de la UB, siendo tres los grupos de clases (matriculados más de 1.000 alumnos y alumnas) y a cargo también de los profesores Francisco Pérez Amorós y Vicente Martínez Abascal, pueden fácilmente

comprender que el cambio fue radical y que por supuesto me obligó a una readecuación de mi actividad docente.

Igualmente, eran realmente muy tranquilos los cursos de tercer ciclo, de preparación al doctorado, que versaron sobre la protección de los derechos fundamentales laborales (1993-1995), Análisis del Derecho del Trabajo comparado (1996-1997 y 1998-1999), Análisis de los nuevos fenómenos y realidades del Derecho del Trabajo (2000-2011), y la jurisprudencia laboral del Tribunal Constitucional (2001-2002, 2002-2003, 2004-2005 y 2006-2007).

En mi actividad de gestión de la UdG, y más concretamente en la Facultad de Ciencias Jurídico-Económicas y, después, la Facultad de Derecho, fui vicedecano desde el 1 de octubre de 1992 hasta el 8 de junio de 1994, siendo nombrado posteriormente decano el 9 de junio, permaneciendo en el cargo, tras una renovación, hasta el 2 de marzo de 2000, fecha en la que asumió el cargo el profesor, y muy buen amigo, José Luis Linares Pineda, catedrático de Derecho Romano y con quien me unía una buena amistad desde que compartíamos «pasillo» en el tercer piso del edificio ilerdense de la Facultad de Derecho de la UB por estar nuestros despachos casi unidos.

Durante mi etapa de decano tuve la suerte de poder inaugurar la Facultad de Derecho en este campus de Montilivi el 4 de octubre de 1999, con ocasión de la inauguración del curso académico 1999-2000, si bien el acto formal e institucional de inauguración de la Facultad se llevaría a cabo el mes de mayo de 2000, ya bajo el mandato decanal del profesor Linares.

La etapa decanal tuvo muchas luces y algunas sombras. Creo que siempre es mejor quedarse con todo lo positivo que tuvo, que fue mucho, y agradecer su dedicación al profesorado que formó parte, en la primera y segunda etapa, del equipo de gobierno de la Facultad, profesoras Francina Esteve y Maribel Narváez, y profesores Ignacio Farrando, Josep Solé, Xavier Arbós, Josep Juan Moreso, Hernán Hormazábal y Ramón Paniagua (y pido disculpas si me dejo a alguna persona).

Además, he de reconocer que mi tarea de gestión no hubiera sido posible sin la inestimable ayuda de quienes formaban parte del equipo de administración de la Facultad y que contribuyeron de forma inestimable a que todo se desarrollara con el máximo rigor y profesionalidad, además

por supuesto de tener que aguantar mis estados de ánimo, ciertamente cambiantes en función de cómo avanzaba el proceso de construcción de la nueva Facultad de Derecho. Es obvio que me refiero a la secretaria del decanato, Sra. Marta Clusells Perafita, la responsable de gestión académica, Sra. Àngels Lara Escamilla, y la responsable económica, Sra. Sílvia Oliveras i Casadellà.

Tuve pues la oportunidad de celebrar como decano el acto de graduación de la primera promoción de Derecho de a UdG en 1994, contando con la presencia en el acto, como conferenciante, del entonces presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Guillem Vidal Andreu (tristemente fallecido el 23 de marzo de 2007), y con lógica satisfacción por mi parte le dediqué el artículo «La primera promoció de Dret de la UdG» en la edición del Diari de Girona del 22 de mayo de dicho año.

Con ocasión de la celebración del acto de graduación de la promoción de 2019, es decir veinticinco años después de la primera, tuve la oportunidad de responder a las preguntas formuladas por el DdG y quedar después plasmadas en un artículo publicado en mi blog el 6 de julio de dicho año, y de la que me permito reproducir dos preguntas y dos respuestas.

«¿Qué aspectos de la formación docente considera esenciales en una Facultad de Derecho? ¿Qué destaca de la de Girona?»

—El espíritu crítico, el aprendizaje de los valores del esfuerzo, del diálogo, del compartir y de la solidaridad. Durante mi etapa como decano, y hasta que impartí docencia en la UdG (curso 2006-2007) traté de inculcarlos, como ya lo había hecho antes en la Universidad de Barcelona y actualmente en la Universitat Autònoma.

Valóreme su etapa como Decano de la facultad de Derecho de la UdG.

—Muy positiva. Fue un aprendizaje acelerado de cómo gestionar una Facultad que se ponía en marcha, en una Universidad también en plena fase de consolidación, y donde todo el mundo dejó su huella para conseguir, y logramos, que la sociedad gerundense tuviera unos estudios de Derecho de mucha calidad».

Una vez finalizada mi etapa decanal, no dejé de tener responsabilidades académicas, ya que poco después, y tras la aprobación pertinente por los órganos de gobierno de la UdG, fui nombrado coordinador de los estudios de la licenciatura de ciencias del trabajo desde el 28 de marzo

de 2002 hasta el 30 de junio de 2004. Desaparecida más adelante, en los procesos de reestructuración de los diferentes estudios en esta Facultad, sería para mí una gran satisfacción que pudieran recuperarse los estudios de Relaciones Laborales, y estoy seguro que tanto el profesor Ferran Camas como el actual decano, profesor Albert Ruda, están poniendo, y lo seguirán haciendo, todo su empeño para que ello sea posible.

Y como supongo que el «gusto» de la gestión académica no había desaparecido, formalicé mi candidatura a la dirección del Departamento de Derecho Privado, ocupando el cargo, tras mi nombramiento, desde el 9 de junio de 2004 hasta el 30 de junio de 2007. Incidentalmente, deseo señalar que la normativa universitaria entonces vigente sobre creación de departamentos propiciaba que estos pudieran tener una composición, y una denominación, bien distinta, según cual fuera el profesorado de cada área de conocimiento, y me permito poner el ejemplo que viví directamente: como digo, en la UdG fue director del Departamento de Derecho Privado, en el que se incluía el área de DTSS, mientras que en la UAB fui director (desde noviembre de 2014 a noviembre de 2018) del Departamento... de Derecho Público y Ciencias Historicojurídicas, en el que también se incluía la unidad docente de DTSS.

Fue una gran satisfacción haber dirigido, durante mi etapa académica en la UdG, diversas memorias de grado de licenciatura y tesis doctorales.

Si me refiero primeramente a las memorias, hay que destacar la del profesor Ferran Camas, el 15 de noviembre de 1995, sobre los despidos nulos en fraude de ley, una temática que nunca ha perdido relevancia jurídica y que la ha adquirido si cabe aún más con la regulación de la prohibición de despidos durante la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 y más adelante con la entrada en vigor de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

En la misma fecha era leída, obteniendo la máxima calificación de excelente por unanimidad, al igual que la de profesor Ferran Camas, la memoria del profesor Ignasi Camós Victoria, «La relación de causalidad en la configuración jurídica de las contingencias profesionales (el accidente de trabajo y la enfermedad profesional)», igualmente una temática que

nunca ha perdido actualidad y mucho más con ocasión de los cambios en los modelos organizativos empresariales, incluyendo el desarrollo del trabajo a distancia que ha experimentado un importante crecimiento, aun cuando ralentizado en los últimos tiempos, a partir de la crisis sanitaria desde marzo de 2020.

Además de las memorias del profesor Joaquím Velayos, del magistrado Ramón Gimeno y de la estudiante Gilda Mariela Carleo, debo subrayar la importancia de la defendida por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Mercedes Martínez Aso, en la actualidad Consejera de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en Suiza, con acreditación en Austria y Liechtenstein, cuyo título era «La actuación preventiva de la ITSS: modalidades de actuación inspectora», el 6 de octubre de 2005 y que también mereció la máxima calificación.

Si entramos en el capítulo de tesis doctorales que dirigí durante mi etapa en la UdG, la satisfacción es también muy grande, tanto por la calidad de las mismas como por haber obtenido todas ellas la máxima calificación de cada tribunal, contando con la presencia en estos de grandes maestros y maestras de la doctrina jurídica laboralista, y permítanme que referencie a quienes fueron presidentes del Tribunal Constitucional, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y María Emilia Casas Baamonde.

Por orden cronológico fueron las siguientes:

- María Casajuana Palet, en aquel momento secretaria de juzgado de lo social y en la actualidad Magistrada de Trabajo en Barcelona: «La nulidad de actuaciones y su incidencia en el proceso laboral. Estudio jurisprudencial» (21 de junio de 1999).
- Ferran Camas Roda, «La obligación empresarial de seguridad en el marco de la relación laboral» (21 de diciembre de 2019).
- Ignasi Camós Vitoria, en aquel momento profesor de DTSS de la UdG y en la actualidad Director del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, «La configuración de la pensión de jubilación en el régimen contributivo de la Seguridad Social» (15 de diciembre de 2000).
- Josep Maria Fusté i Miquela, actualmente profesor de la UAB, «La participació dels representants del treballadors en els acomiadaments

col.lectius» (20 de abril de 2001), codirigida con el profesor Francisco Pérez Amorós, y que mereció el «Premi Duran i Bas de Dret 2003».

- Joaquim Velayos Solé, profesor de la UdG. «Els valors límits d'exposició professional i límits biològics per a agents químics en l'àmbit de treball, mesura i control. Evolució de la normativa sobre el plom i la seva incidència en els accidents laborals i malalties professionals en la indústria ceràmica» (21 de julio de 2003)
- Ramón Gimeno Lahoz, magistrado de Juzgado de lo Social en Girona y actualmente integrante de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria; «La presión laboral tendenciosa (Mobbing)». (10 de diciembre de 2005).

No quería olvidar en esta síntesis de mi vida profesional en la UdG la importancia que tuvo mi nombramiento como director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía, desde noviembre de 2001 a abril de 2008, pasando después a desempeñar ese cargo, con singular acierto, el profesor Ferran Camas. Durante mi mandato llevamos a cabo varias jornadas de trabajo sobre la inmigración y prestamos especial atención a la problemática laboral, que si entonces ya empezaba a ser importante, ahora lo es mucho más, y baste resaltar el dato de ser la población extranjera afiliada a la Seguridad Social (2.683.937) el 12,89 % del total de la afiliación, 20.817.657, con una participación destacada en el IV Congreso sobre la inmigración en España, que se celebró en Girona el año 2004.

No menor fue la satisfacción de haber sido nombrado por la Generalitat de Catalunya árbitro, por Resolución de 3 de noviembre de 1994 del Director General de Relaciones de Trabajo del Departamento de la Generalitat, en los procesos electorales para elegir a representantes en el seno de las empresas, coloquialmente conocidas como «elecciones sindicales», habiendo dictado 90 arbitrajes hasta el 30 de abril de 2000, fecha de finalización de mi actividad como árbitro.

En esta tarea tuve la fortuna de coincidir con dos Inspectoras de Trabajo y Seguridad Social, Mercedes Martínez Aso y Encarnación Cerro Monge, compartiendo nuestros conocimientos y aprendiendo mucho por mi parte

de su experiencia directa, «en el tajo» de las relaciones de trabajo en las empresas. Desde luego, no podía imaginarme, por poner solo un ejemplo, lo complejo que iba a resultar dictar arbitrajes en los procesos electorales en el sector de la pesca, y que tuviera que levantar acta un notario, a primera hora del día, del número de personas que trabajaban en una barca de pesca y quiénes tenían la condición de trabajadores, algo que evidentemente hubiera sorprendido mucho a mi suegro en su condición jurídica de notario en un período en que la actividad notarial pudiera ser calificada de más elitista.

Por fin, quería saber qué parecer tenía el chat GPT de este acto y de mi estancia en la UdG, pero me he llevado una decepción, que al mismo tiempo demuestra que incluso la mejor tecnología tiene límites. Le pregunté «¿Qué sabes de la actividad académica del profesor Eduardo Rojo Torrecilla durante su estancia en la Universitat de Girona?», y su respuesta fue la siguiente: «Hasta mi última actualización en 2022, no tengo información detallada sobre la actividad académica específica del profesor Eduardo Rojo Torrecilla en la Universitat de Girona. Sin embargo, Eduardo Rojo Torrecilla es conocido por su destacada labor en el campo académico y por sus contribuciones a la investigación en áreas como la lingüística y la filología. Ha publicado numerosos trabajos y ha participado en conferencias y seminarios en diversas instituciones académicas. Si estás interesado en obtener información más detallada sobre su actividad académica específica en la Universitat de Girona, te recomiendo buscar en la página web de la universidad o en su departamento académico correspondiente. También podrías encontrar información relevante en su perfil profesional, investigaciones publicadas y proyectos en los que haya participado». Dicho con un refrán castellano, «para este viaje no se necesitan alforjas».

Esta jornada cuenta con la participación de muy destacadas y destacados miembros de la comunidad laboralista, tanto jurídica como política, que abordan los temas a los que he dedicado mayor atención a lo largo de

mi vida académica y que, muy correctamente, ha seleccionado el profesor Ferran Camas.

Así, sin duda la problemática de las relaciones de trabajo en la Universidad, con especial atención a los conflictos surgidos con el personal docente laboral, sin olvidar en modo alguno aquellos que acaecen con el personal de administración y servicios, ha merecido mi interés respecto a las muchas dudas suscitadas en los conflictos que han llegado a los juzgados y tribunales laborales (en especial a partir de 2017), y también al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso profesor de la UPF, sentencia de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13) sobre la correcta utilización de la modalidad contractual de profesorado asociado, a fin y efecto de determinar si bajo la apariencia de una cobertura formalmente correcta se ocultaba un uso fraudulento, con el reconocimiento de la condición de trabajador/a indefinido/a no fijo (cuestión polémica, en la que no procede entrar en esta intervención, es si esta figura debe ser la utilizada en casos como los conocidos por los órganos jurisdiccionales laborales, o bien ser simplemente de la de «trabajador/a fijo/a» sin más).

Desde su experiencia de muchos años de vida universitaria, y de haber ocupado, u ocupar en la actualidad, cargos directivos de gestión, las aportaciones de los profesores Francisco Pérez Amorós (UB y UAB), Joan Andreu Mayugo Majo (UdG), y Carolina Gala Durán (UAB) son sin duda de indudable interés, y más cuando la nueva regulación establecida en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario ha introducido notables modificaciones en la normativa del profesorado laboral, con un objetivo ciertamente muy loable y que ojalá se cumpla, pues dificultades no le van a faltar: reducir del 40 al 8 por ciento «el máximo de contratos de carácter temporal del personal docente e investigador que pueden estar vigentes en las universidades públicas».

Nuevas y viejas relaciones de trabajo es el título de la segunda mesa redonda, en la que se aborda cómo ha cambiado el mundo del trabajo en los últimos años y qué debemos hacer para conseguir que el Derecho del Trabajo mantenga en la práctica su seña de identidad, su ADN,

que no es otro que el de protección de las personas trabajadoras, y muy señaladamente de aquellas que tienen más necesidad de ello.

Si nos vamos a los orígenes de nuestra disciplina comprobaremos lo mucho que se ha avanzado, a la par que también constataremos lo mucho que queda por hacer, y más cuando factores como el cambio tecnológico (inteligencia artificial incluida), el cambio demográfico en los países desarrollados, con el progresivo envejecimiento de la población trabajadora, la necesaria e ineludible transición ecológica, y la necesaria inclusión de las políticas de igualdad por razón de género y de atención a la diversidad, han adquirido importancia relevante y la van a incrementar sin duda en el futuro inmediato, lo que requerirá también prestar especial atención a las políticas de formación tanto para quienes ya están en el mundo del trabajo (actualización) como para quienes desean incorporarse a este.

Sin duda, los cambios normativos operados por la reforma laboral llevada cabo por el Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre deben merecer especial atención, como también, en un plano mucho más concreto y específico, la problemática de las personas artistas, un colectivo con muchas y muy variadas singularidades y que requiere una regulación propia tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social.

Por ello, las aportaciones del profesor Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla, presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos) y del profesor Ignasi Camós Victoria (UdG, actualmente en comisión de servicios en un organismo público), y de la profesora María Amparo Ballester Pastor (Universidad de Valencia y Directora de Coordinación Jurídica de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno) proporcionan sin duda alguna muchas luces, además de proponer pistas sobre por dónde debe avanzar el Derecho del Trabajo para adecuarse, sin perder un ápice de sus señas originarias de identidad, para responder a las nuevas realidades (que en algunas ocasiones son bastantes antiguas aunque se revistan con un ropaje de modernidad por la utilización de la tecnología más moderna) del mundo laboral, en el que cada vez se valora más por ambas partes, aunque con casi toda seguridad por distintos motivos, la

flexibilidad organizativa y del tiempo de trabajo, y el reconocimiento de los saberes y aportaciones de cada persona trabajadora².

Es significativa al respecto la «Encuesta millenials y la generación Z»³ realizada por la consultora Deloitte este año, cuya síntesis se encuentra en este resumen efectuado por la propia organización:

«Los jóvenes han encontrado en la flexibilidad laboral un elemento de satisfacción que mejora su balance entre trabajo y vida personal. No obstante, las preocupaciones financieras siguen preocupando. La salud mental y la conciencia climática también se presentan como puntos fundamentales para entender el presente y el futuro de estas generaciones.

Los encuestados de las dos generaciones creen que sus empleadores han realizado avances desde la pandemia. Un tercio de la Gen Z y los millenials con trabajo a jornada completa indicaron estar muy satisfechos con su trabajo en comparación con los datos de 2019, cuando era solo uno de cada cinco.

No obstante, la percepción de estas generaciones sobre el impacto positivo de sus empresas en la sociedad es aún limitada. Solo un 19 % de la Gen Z y 17 % de los millenials cree que sus compañías protegen el medio ambiente y menos de un 35 % (en las dos generaciones) consideran que su organización impacta positivamente la sociedad.

En España, los datos se mantuvieron sobre la tendencia mundial, pero los Gen Z y millenials españoles están menos satisfechos con su balance entre vida y trabajo, a pesar de que consideran que sus empresas hacen más esfuerzos (que en la muestra mundial) por la equidad, la inclusión y la diversidad (DEI, por sus siglas en inglés).

2 Me permito recomendar la lectura del artículo del profesor Cruz «Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la postpandemia» <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8396989>, y de la profesora Ballester su monografía «La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica» <https://expinterweb.mites.gob.es/libreriavirtual/detalle/SFC0335>. También, desde otra perspectiva, y al mismo tiempo de indudable interés para el debate, las consideraciones de los profesores Jesús Lahera y José Ignacio Conde sobre los «Retos laborales» <https://elpais.com/economia/2023-10-26/retos-laborales.html>, y la mirada lúcida del profesor Miguel Rodríguez-Piñero sobre los retrocesos que está sufriendo la protección de las personas trabajadoras en algunos países, en su artículo «Avances hacia el pasado en el Derecho del Trabajo» <https://www.aedtss.com/avances-hacia-el-pasado-en-el-derecho-del-trabajo/>

3 <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/human-capital/articles/encuesta-millennial.html> (consulta: 7 de noviembre).

Las generaciones millennial y Z tienen altas expectativas en los líderes empresariales e incluyeron a los empresarios en el top tres de los principales roles que determinarán el cambio en la sociedad.

Los valores que reflejan las compañías son un factor determinante para estas generaciones. Un 44% de la Gen Z y un 37% de los millennials afirmaron haber rechazado tareas por motivos éticos y más de un 35% ha declinado ofertas de trabajo porque no se alinean con sus valores».

Sin desdeñar, desde luego, la importancia que sigue teniendo la discusión sobre el salario en las negociaciones colectivas. Y todo ello, enmarcado dentro de la importancia que adquiere el diálogo social y la negociación colectiva. Un claro ejemplo respecto a la segunda se encuentra en el estudio llevado a cabo por profesorado de las Universidades de León y Córdoba, por encargo de la Fundación Primero de Mayo, que lleva por título «La influencia de la negociación colectiva en el bienestar laboral, la precariedad laboral, el compromiso y el rendimiento en el trabajo»⁴ concluye que «resulta del todo necesario que las empresas refuercen los contenidos de la teoría de la calidad de vida en el trabajo y se aumenten los niveles de bienestar laboral. A partir de estos postulados lo que se reclama es definir entornos laborales con condiciones psicosociales favorables que respeten la vida personal, aumentar la calidad de las relaciones entre las personas trabajadoras y las que tienen la función directiva, garantizar el respeto de la empresa hacia sus trabajadores y trabajadoras y mejorar los procesos y métodos organizativos», y que «la negociación colectiva, como institución de gobierno de las relaciones laborales, debe ser el punto de partida para alcanzar un nuevo pacto o contrato social en el que se alcance un consenso socio-económico que obtenga como resultado que las necesidades y expectativas de las empresas no soslayen las de las personas trabajadoras, por el contrario, se debe alcanzar un equilibrio entre un mayor rendimiento empresarial y la ampliación y mejora de los derechos y condiciones laborales de las personas trabajadoras .

En la misma línea, es de mucho interés un reciente documento de trabajo de la OIT, presentado en la 349ª reunión del Consejo de Administración

⁴ <https://www.ccoo.es/5f0e71f3aef0d8969461d176b76cabdb000001.pdf> (consulta: 6 de noviembre).

de la OIT, titulado «Estrategia integrada de la OIT para promover y aplicar el derecho de negociación colectiva»⁵, en el que se subraya que «En la estrategia se destaca la importancia de la negociación colectiva como medio para establecer unas condiciones de empleo adaptadas a las circunstancias nacionales, incluso en tiempos de crisis. La OIT no recomienda un modelo de negociación único, sino un modelo que promueva la ampliación progresiva del ámbito y la cobertura de la negociación colectiva voluntaria en función de las circunstancias nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio núm. 154. Los resultados alcanzados en las negociaciones en forma de acuerdos vinculantes son fundamentales en la gobernanza del mercado de trabajo. La estrategia hace hincapié en la promoción de la igualdad de género y el papel que la negociación colectiva puede cumplir para reducir la brecha salarial de género. Además, debería ayudar a señalar a la atención del sistema multilateral la función que la negociación colectiva, como parte del diálogo social, puede desempeñar en la consecución de los ODS, en particular el objetivo 8».

En este ámbito laboral, merece prestarse especial atención, a mi parecer, a todos los debates que se llevan a cabo en el seno de la OIT sobre el futuro del trabajo y la necesidad de corregir las desigualdades existentes. Uno de los documentos que considero de mayor interés fue el presentado a la 109ª reunión anual de la Conferencia Internacional del Trabajo (diciembre de 2021), titulado «Las desigualdades y el mundo del trabajo»⁶.

La síntesis, y propuestas, se encuentra en el capítulo IV, que lleva por título «Hacia un crecimiento que beneficie a todos en condiciones de equidad y dignidad: respuesta propuesta por la OIT a la desigualdad», en el que, reiterando tesis ya expuestas en los capítulos anteriores, se manifiesta, con plena razón a mi parecer, que «no existen soluciones universales, y las respuestas políticas deberán ser específicas para cada país, teniendo en cuenta las diferentes opciones y las situaciones existentes

5 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_897066.pdf (consulta: 7 de noviembre).

6 https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/reports-to-the-conference/WCMS_792136/lang--es/index.htm (consulta: 2 de noviembre).

a nivel nacional, que difieren considerablemente entre los países según su nivel de desarrollo o la región en la que se encuentren», y siendo el último párrafo del documento un muy claro ejemplo de la importancia que debe conferirse a la reducción de la desigualdad si se quiere avanzar en el objetivo de mejorar las condiciones de vida de toda la población y de disponer de un trabajo decente y digno para todas las personas trabajadoras: «Reducir las desigualdades es una cuestión de voluntad, que depende de las decisiones que se tomen; y el coste de la inacción aumenta cada día. En las últimas décadas se han tomado decisiones de política que han exacerbado, incluso de manera involuntaria, diferentes formas de desigualdad. La crisis de la COVID-19 ha puesto de manifiesto —y en muchos casos ha profundizado— algunas de estas desigualdades preexistentes, lo que a su vez está socavando la capacidad de los países para generar respuestas y adaptarse a la crisis. En muchos países, las desigualdades y sus devastadoras consecuencias para las personas están poniendo en peligro la sostenibilidad social y económica. En muchos lugares, los costes sociales y económicos de la inacción aumentan cada día. Actuar contra las desigualdades se ha convertido en un asunto de la máxima urgencia». Igualmente, me parece importante reseñar el apartado 22 del proyecto de conclusiones, por el mensaje claro y contundente que pretende transmitir: «Para reducir las desigualdades, alcanzar la justicia social y asegurar que nadie se quede atrás, es necesario actuar simultáneamente en varios ámbitos de política, y deberían evitarse los enfoques fragmentados y aislados. La reducción de las desigualdades en el contexto de una recuperación inclusiva y centrada en las personas exige intervenciones combinadas, coordinadas y coherentes a distintos niveles, atendiendo a las circunstancias específicas de los países. La reducción de las desigualdades también exige reconocer que existe una interconectividad entre las naciones y los pueblos. El fortalecimiento bilateral, regional y multilateral de la [solidaridad y la] cooperación también debe formar parte integral de una estrategia exitosa para afrontar las desigualdades».

Sobre la temática del pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo he reflexionado en numerosas ocasiones en artículos doctrinales y en entradas publicadas en mi blog. Me permito recuperar, por su directa relación

con el contenido de la mesa redonda sobre «nuevas y viejas relaciones de trabajo», algunos de ellos, por el orden cronológico en que fueron publicados, ya que creo que recogen bastante mi bien mi parecer sobre nuestra disciplina desde una mirada histórica.

«¿Para qué ha servido? ¿Para qué sirve el Derecho del Trabajo?» (12 de noviembre de 2007⁷)

«... De forma sucinta creo que puede afirmarse que ha contribuido a lo largo de su historia a mantener unas relaciones de trabajo equilibradas, en donde el justo contrapeso entre derechos individuales y colectivos de los trabajadores y el poder de dirección y organización de la empresa ha ido modulándose en el tiempo en atención a diversos factores, como son el poderío del movimiento sindical, la influencia del gobierno de turno o los intentos de desregulación del mercado de trabajo. No ha cuestionado el sistema económico dominante, pero fundamentalmente en los países donde ha prevalecido largos años la influencia socialista o socialdemócrata en la vida política y sindical ha conseguido indudables avances en las condiciones laborales del mundo del trabajo, tanto en su vertiente laboral en sentido estricto (reducción de la jornada laboral, garantías contra las extinciones indiscriminadas de la relación laboral, etc.), como en el ámbito de la protección social, por medio de la consolidación y desarrollo del Estado del Bienestar.

El Derecho del Trabajo ha servido para pacificar en muchas ocasiones nuestras sociedades, y para desactivar o canalizar la conflictividad social existente. Este ambivalente papel, este equilibrio entre lo deseable y lo posible, se ha construido alrededor de varias claves o ideas-eje, fundamentalmente en la segunda mitad del S. XX (intervencionismo estatal proteccionista, papel impulsor del movimiento sindical, contratación laboral estable, etc.), que siguen siendo válidas a mi entender en la actualidad pero que deben adecuarse, para seguir siendo eficaces y operativas, a las nuevas realidades productivas y a los cambios socio-económicos imperantes en nuestras sociedades, pues el Derecho del Trabajo es incomprensible si no está interrelacionado con los restantes elementos de la realidad social, y si esta realidad social cambia hay que plantearse en qué medida deben cambiar las notas que definen el tipo de relación social que es objeto de la norma laboral. Adecuación que, además, debe permitir resistir los impulsos que poseen algunos sectores del fundamentalismo liberal de reducir el Derecho del Trabajo a su mínima expresión, o si acaso de darle un “new look” que

7 <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2007/11/para-qu-ha-servido-para-qu-sirve-el.html> (consulta: 3 de noviembre).

satisfaga de forma total y absoluta los intereses de un sector minoritario del empresariado, con el riesgo que ello plantearía nuevamente de quiebra o puesta en tela de juicio de un cierto equilibrio social que todavía existe hoy a mi parecer en numerosos Estados desarrollados».

«El Derecho del Trabajo y el empleo público. En especial, reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón» (10 de septiembre de 2015⁸)

¿Qué puede decirse, a modo de recapitulación final, cuando concluyo este artículo? Se me ocurren dos ideas que creo que han sido el leitmotiv de toda la explicación anterior y que permiten efectuar, así lo creo, una buena síntesis de todo ello.

En primer lugar el proceso de contaminación permanente desde mediados de los ochenta del siglo xx entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, y si para muestra reciente vale un botón véanse las modificaciones operadas en materia de conciliación de vida familiar y laboral, consistentes en una redacción prácticamente idéntica de modificación, por una parte, de la LET, y por otra, del EBEP. La profesora Nuria de Nieves Benito, con mención a los maestros del iuslaboralismo español Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, afirmaba en un artículo publicado en la Revista del (entonces) Ministerio de Trabajo e Inmigración, titulado «El acceso al empleo público laboral», que «El Derecho Administrativo de la Función Pública y el Derecho del Trabajo se han influido recíprocamente en la ordenación del personal funcional y del personal laboral lo que ha producido una progresiva aproximación de sus respectivos estatutos jurídicos¹. Así, por ejemplo, en un primer momento, instituciones administrativas como los sistemas de selección de personal o las excedencias fueron acogidas por la legislación laboral; más adelante, instituciones nacidas en el ámbito del Derecho del Trabajo, como la negociación colectiva, han acabado siendo implantadas en los dominios de la función pública». De «ósmosis» entre ambos derechos ya había hablado el profesor Alarcón, muchos años antes, en 1985 en su obra «La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios

8 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/el-derecho-del-trabajo-y-el-empleo.html> (consulta: 3 de noviembre).

y contratos laborales», cuyo resumen era el siguiente: «la Ley de bases del régimen local 30/84 y el proyecto de medidas para la reforma de la función pública ofrecen en el ámbito de la contratación un nuevo panorama, al suprimir el contrato administrativo de prestación de servicio, fuente de desigualdades frente a la contratación laboral, con la que coexistía»; y esa relación, ciertamente complicada, fue estudiada exhaustivamente por el profesor Xavier Boltaina en su tesis doctoral, presentada en la UAB en 2004, «Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas». Pero, tal contaminación no ha llegado, al menos hasta este momento, a desvirtuar la diferente regulación, especialmente puesta de manifiesto tras la reforma laboral de 2012 y la plena aceptación por el legislador de la posibilidad de proceder a despidos colectivos en el seno de las AA PP, en punto a la estabilidad en el empleo entre el personal funcionario y el personal laboral.

En segundo lugar, las aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón en sus cinco años de vida judicial han sido muchas y relevantes, y en el ámbito objeto de mi estudio, el empleo público, han tenido especial relevancia en asuntos tan significativos como el fraude de ley, la aplicación de la LET y en concreto de sus arts. 51 y 52.c) a las extinciones de contratos de indefinidos no fijos por amortización de la plaza ocupada, y los trabajos de colaboración social con un uso de la norma que desvirtuaba su originaria finalidad. [...]

Termino con un fragmento del texto escrito en mi blog el 27 de mayo, un día después de su fallecimiento y que sigue teniendo, lo afirmo con contundencia, plena actualidad: «Manuel Ramón unió Andalucía y Cataluña, pasando por Madrid. Dije con ocasión de una tesis doctoral en la UAB hace varios años que la escuela sevillana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social creada por Miguel Rodríguez-Piñero había echado raíces también en Cataluña y que había incorporado a brillante profesorado de la Universidad Complutense, y es obvio que estaba refiriéndome a mis amigos Francisco Pérez Amorós, Julia López López, Agnès Pardell Veà y Vicente Martínez Abascal, a los que se uniría después mi discípulo Ferran Camas Roda, y que había llegado por avión y continuado en tren, y que sólo faltaba para hacer el recorrido geográfico de dicha escuela, desde Girona a Sevilla, que dispusiéramos del AVE. Hoy, en mayo de 2015, ese deseo se ha convertido en realidad y es algo más que un símbolo de esa

muy estrecha relación que existe entre la mayor parte del profesorado de las universidades de toda Cataluña con la escuela sevillana».

«Ejercicio y protección de los derechos fundamentales en la relación laboral. Atención especial a la protección de datos personales» (17 de octubre de 2018⁹)

La debida valoración y reforzamiento de los derechos constitucionales laborales se manifiesta cada vez más necesaria en orden a la protección de las personas trabajadoras, en la línea de potenciación de los principios inspiradores y que fueron el santo y seña del origen del Derecho del Trabajo, hoy muy reducidos en su aplicación, debiendo servir también como referencia inspiradora de la actuación administrativa y judicial que pone en bastantes ocasiones el acento más en valores como la estabilidad económica y la defensa de la productividad por delante del derecho al trabajo o de la concepción de políticas económicas y sociales que se basen en el marco constitucional y señaladamente en la concepción de España como Estado social y democrático de Derecho.

No obstante, también es cierto que ha habido aportaciones positivas en sede doctrinal, administrativa y judicial, con expresa mención a la importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta 2012, tal como explicó la presidenta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Garbiñe Biurrún en su ponencia en las Jornadas catalanas de Derecho Social celebradas en 2016 en Barcelona, para defender y consolidar un marco democrático y basado en principios de interpretación y aplicación que respete la razón de ser, el leitmotiv, del Derecho del Trabajo, más allá de su obligada adecuación a las cambiantes realidades sociales.

Debates como el que nos reúne en estas Jornadas deben servir a mi parecer (no es una tesis en absoluto nueva, sino que la mantengo desde hace muchos años atrás en el tiempo) para mantener viva la llama de un debate jurídico teórico y práctico sobre cómo conseguir que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se convierta en un subproducto

9 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/ejercicio-y-proteccion-de-los-derechos.html> (consulta; 3 de noviembre).

de las decisiones económicas, adoptadas además en muchas ocasiones sin tener en consideración las necesidades y demandas de una gran parte de la ciudadanía. Un debate que debe atender, repito, a esa obligada adecuación del DTSS, pero justamente para dar debida respuesta protectora a nuevas, y no tan nuevas, situaciones de precariedad laboral que afectan cada vez a más trabajadores y trabajadoras.

La preocupación por la relegación de los principios esenciales del DTSS, de la existencia de un marco constitucional que define a España como un Estado social y democrático de Derecho, y de la devaluación operada en los últimos años de los derechos constitucionales laborales, tanto de los específicos como de los inespecíficos, está latente en muchos encuentros y jornadas iuslaboralistas, con críticas a la jurisprudencia del TC relativa a la validación de la reforma laboral de 2012 y a algunos pronunciamiento de la Sala de lo Social del TS que ponen más el acento, a mi parecer, en los intereses económicos empresariales y en la defensa de la productividad que en el acogimiento de los derechos sociales, en el bien entendido que tales resoluciones, tanto las del TC como las de TS, se justifican con el objetivo de defender a medio plazo tales derechos de las personas trabajadoras, algo en lo que resulta muy difícil coincidir tras la lectura de aquellas....

El debate relativo a la protección de los derechos constitucionales y legales laborales, va estrechamente unido al debate social ... sobre el control del vida laboral de una persona trabajadora, pues en ambos casos todo ello se reconduce al problemas de los límites al control empresarial y al respeto de los derechos del trabajador, de tal manera que según donde se ponga el acento la respuesta jurídica será bien distinta, y en cualquier caso el debate se generará, refiriéndome ahora al marco constitucional y legal español, sobre el valor prioritario que debe tener el art. 1 de la CE y el respeto de los derechos laborales específicos e inespecíficos que no pueden ni deben dejarse a la puerta de la empresa, o bien la prioridad otorgada a la libertad de empresa y la defensa de la productividad (arts. 33 y 38 de la CE) poniéndolos en relación con el poder de dirección del empleador reconocido en sede legal en el art. 20.3 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, convirtiendo en este segundo supuesto el ejercicio del poder de dirección como vector central de la relación de trabajo, con independencia de la actuación legal o ilegal de la parte empresarial para

defender sus derechos en la relación contractual laboral, en perjuicio y detrimento de la protección constitucional y legal de la parte trabajadora.

«Los debates sobre el futuro del trabajo no pueden dejar de lado que este se construye cambiando el presente y no olvidando el pasado. A propósito de algunas lecturas» (18 de abril de 2019¹⁰)

No hay día que no haya un artículo, o muchos, en los medios de comunicación y en las redes sociales sobre los cambios necesarios en el mundo del trabajo, en las relaciones económicas y sociales que giran alrededor del mismo, y cómo afrontarlos para lograr un futuro mejor, aunque no está tan claro, ni mucho menos, que en todas las aportaciones se dibuje, diseñe y desee un futuro mejor para todas las personas que viven, directa o indirectamente, alrededor del trabajo. También las revistas jurídicas, económicas y sociales dedican cada vez más artículos a esta cuestión, por lo que la posibilidad de seguir todas las publicaciones que abordan esta temática deviene una tarea de titanes (al menos para quienes estamos en una «edad avanzada», que supongo que lo será mucho menos para quienes sean jóvenes o postjóvenes), aunque por intentarlo no queda, y siempre queda el consuelo, si no se llega, de poder intentar separar el grano de la paja y quedarse, aunque sea una opción que tiene un elevado grado de subjetividad, con aquellas aportaciones que consideras más relevantes.

... Y como les he dicho que participo en algunos eventos, «en vivo y en directo» (aún recuerdo los magníficos debates, y el magnífico trato que nos dieron las respectivas organizaciones a todas las personas participantes, en el simposio de La Palma de Gran Canaria y en el Congreso interuniversitario de Sevilla, ambos con participación de la Organización Internacional del Trabajo y en el marco de la iniciativa lanzada por este máximo foro mundial sociolaboral sobre el futuro del trabajo), bueno será hacer mención, como «excusa» para efectuar después algunas reflexiones y comentarios sobre lectura de diversos documentos que he tenido oportunidad de realizar últimamente, a dos de ellos, en los que se debatirá sobre la realidad actual del mundo del trabajo, de las relaciones

10 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/los-debates-sobre-el-futuro-del-trabajo.html> (consulta: 3 de noviembre).

reales laborales, y al mismo tiempo se mirará hacia el inmediato y mediato futuro de esas relaciones y de los derechos y obligaciones de quienes siguen prestando una actividad laboral y de quienes la reciben, así como del papel y función de las instituciones públicas y de las organizaciones sociales en este proceso de cambio que no puede construirse sin dejar de tener presente cual es la realidad (real y no virtual) en la que viven gran parte de las personas trabajadoras en nuestro planeta, y que tampoco puede ni debe dejar de lado el recuerdo de las relaciones económicas y sociales que estuvieron en el origen de la aparición y desarrollo de unas relaciones de trabajo en donde la prestación de servicios con la fórmula jurídica de contrato o relación de trabajo adquirió especial relevancia, algo que ahora parece que algunos quieren dar, si no por finiquitada, una apariencia de marginalidad ante el auge (¿) imparable (¿) del llamado trabajo autónomo. Unos debates necesarios para abordar cuestiones como el proceso de uberización de las relaciones de trabajo, o el trabajo ryanizado, que parece ser el prototipo de un modelo que dejaría en la cuneta casi dos siglos de historia.

«Tecnología y relaciones laborales. La respuesta del Derecho del Trabajo a los cambios económicos y sociales (especial atención a la economía de las plataformas)» (4 de junio de 2019¹¹)

Desde una perspectiva de progreso, es conveniente plantearse una serie de preguntas a las que tratar de responder, tras debates, discusiones y reflexiones, sobre los cambios en las relaciones de trabajo en el próximo (inmediato) futuro, en gran medida como consecuencia del cambio tecnológico. Así lo hicieron quienes participaron en el Progressive labour law scholar summer camp WTF labour law, celebrado a finales del mes de agosto de 2018, que respondieron a estas cinco preguntas: ¿Cómo puede el Derecho del Trabajo reconciliar la justicia social con la justicia medioambiental? ¿Cuáles son los retos más relevantes para el Derecho del Trabajo que plantea la actual automatización y digitalización del trabajo, y posibles soluciones/ideas deben merecer atención/investigación? ¿cómo puede el Derecho del Trabajo interrelacionar mejor con la economía y de

11 <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/05/tecnologia-y-relaciones-laborales-la.html> (consulta: 3 de noviembre).

esta manera representar y salvaguardar los intereses del trabajo? ¿Cómo debería responder el Derecho del Trabajo a la movilidad cada vez más creciente del trabajo y del capital? ¿Cuál debe ser la relación del mundo académico en el ámbito social, es decir más allá de su ámbito de actividad ordinario, y qué relaciones ha de tener con los agentes sociales? Preguntas que seguiremos formulándonos, y respuestas que trataremos de dar, en próximos congresos y reuniones del mundo laboralista, como por ejemplo estas Jornadas de Estudio en las que presento mi ponencia.

En suma, las relaciones de trabajo siguen siendo conflictivas, la desigualdad de partes sigue existiendo, la subordinación al poder de dirección organización y disciplinario del empleador, también; la reformulación del presupuesto substantivo de la ajenidad, para atender a las nuevas (algunas no tanto, ni mucho menos) realidades laborales basadas en aplicaciones informáticas, no obsta a que este siga existiendo. Y, más allá, aquello que se considera del todo punto necesario es que toda persona trabajadora, asalariada o autónoma, tenga unos derechos laborales y de protección social garantizados. O, al menos, es lo que defendemos quienes creemos que la existencia de tales derechos garantiza, mínimamente al menos, la necesaria cohesión social que debe existir en toda sociedad democrática.

Y tanto en el presente como en el próximo futuro cobra, y cobrará, especial importancia de qué forma se trabaja y cuáles son las condiciones de trabajo en la que se presta el servicio.

«Sobre la adaptación/renovación del Derecho del Trabajo. A propósito del “Manifiesto por un Derecho del Trabajo sostenible” y del editorial del núm. 8/2020 de Derecho de las Relaciones Laborales» (14 de octubre de 2020¹²)

Dejemos estas reflexiones previas y vayamos a aquello que ha motivado mi interés por redactar esta entrada, es decir la lectura del informe de los profesores italianos Bruno Caruso, Ricardo del Punta y Tiziano Treu y el análisis efectuado por los codirectores de DRL, Miguel Rodríguez-Piñero, María Emilia Casas y Fernando Valdés, con su pertinente valoración

12 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/sobre-la-adaptacionrenovacion-del.html> (consulta: 3 de noviembre).

teniendo en cuenta la realidad laboral española. Esta última precisión es importante, ya que el Manifiesto contiene amplios apartados que son una lectura «universal» de nuestra disciplina (y por supuesto también de la de Protección o Seguridad Social, por la cada vez más estrecha imbricación de ambas), y otros dedicados más concretamente a la normativa italiana, que es sabido que tiene indudables puntos de semejanza con la nuestra pero también otros bastante diferentes (para este segundo bloque, la regulación de las relaciones colectivas de trabajo, en especial de la negociación colectiva y sus efectos jurídicos, es un ejemplo significativo).

Con mis reflexiones, solo pretendo aportar algunas ideas para seguir con el debate iniciado ya desde hace bastantes años, y que la crisis de la COVID-19 ha incrementado, sobre la adaptación del Derecho del Trabajo (que se hable o no de renovación no me parece de mayor importancia, ya que nuestra disciplina se está adaptando y renovando permanentemente desde sus orígenes en el siglo XIX) a las cambiantes situaciones económicas y sociales, a las nuevas formas de organización y producción, a los nuevos (y algunos no tanto) intereses de las personas trabajadoras en un mundo laboral cada vez más cambiante y diversos por la confluencia de diversos intereses vinculados a la edad, la nacionalidad, las aptitudes y conocimientos, el género, el valor dado al trabajo en la vida de una persona, la cobertura de las necesidades económicas, la protección social adecuada, y añadan a partir de aquí cada lector o lectora aquellos que consideren que faltan. Un nuevo ET en donde la incorporación de los derechos fundamentales en el trabajo debería adquirir especial importancia, subrayada esta necesidad muy acertadamente por los autores del editorial, recordando que el ET originario de 1980 fue privado de dicha regulación «al no existir en el momento de su elaboración parlamentaria y promulgación experiencia de nuestra recién estrenada constitucionalidad y cuyas numerosísimas reformas posteriores sólo han corregido con soluciones limitadas y desordenadas, que le siguen negando esa vocación, a la que está constitucionalmente llamado».

«La historia del Derecho del Trabajo en España a través de la vida del Ministerio de Trabajo. (Recensión del libro «Centenario del Ministerio de Trabajo (1920-2020)») (4 de enero de 2021¹³)

«Debemos dotarnos de un nuevo marco para nuestras relaciones laborales, un Estatuto del Trabajo del siglo XXI, que ponga en su centro los cuidados, y que esté presidido por la igualdad y la corresponsabilidad, con herramientas que ya estamos implementando, como el trabajo a distancia y la flexibilidad horaria. Tenemos que hacer de nuestros trabajos espacios seguros, que amparen aquello más esencial y verdaderamente importante, la vida de las personas trabajadoras. Han pasado cien años y el mundo ha cambiado mucho. Pero los ideales de justicia, trabajo decente y progreso humano que participaron en la creación de nuestro ministerio, hoy Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, reclaman aún su espacio, con la vitalidad y la fuerza de cien años».

Así finaliza la presentación de la Ministra de Trabajo y Economía Social, Yolanda Díaz, del libro cuyo recensión efectúo a continuación, obra colectiva dirigida por el profesor Santiago Castillo y en la que prestigiosas y prestigiosos profesores pasan revista a sus distintas etapas a lo largo de sus cien años de vida, cerrado el mes de mayo de 2020, justamente en las fechas en que hace cien años, por Real Decreto de 8 de mayo de 1920 se creaba el Ministerio de Trabajo y que se vinculaba muy estrechamente en su introducción a la atención que todos los Estados y sus respectivos gobiernos prestaban en aquellos momentos «a las cuestiones sociales y muy determinadamente a cuanto con el trabajo se relaciona, hasta el punto de haber sido objeto de cláusulas especiales en el Tratado de Paz y de Conferencias Internacionales de carácter permanente». El nuevo Ministerio, se explicaba en dicha introducción y se concretaba después en su muy breve articulado (tres artículos) recogía y aunaba distintos Centros y Organismos dependientes del Estado y agregados a distintos Ministerios que «dedican hoy su actividad a la acción social en relación con el trabajo, y para que después, con tan sólida base, desarrolle mayores actividades y eficacia en orden a las cuestiones de su competencia».

En el primer capítulo, el profesor Castillo no solo se refiere al período histórico que encuentra su punto de referencia en la creación del Ministerio

13 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/la-historia-del-derecho-del-trabajo-en.html> (consulta: 3 de noviembre).

de Trabajo, sino que con buen criterio se adentra en la problemática social del siglo XIX y cómo las primeras etapas de abstencionismo legal en la regulación de las relaciones de trabajo fueron dejando paso poco a poco a un primer intervencionismo centrado en la protección de los menores y de las mujeres, y más adelante en la protección de las condiciones de trabajo, siendo cuestión polémica, y sobre la que hay en la doctrina laboralista diferentes puntos de vista, la razón de dicho intervencionismo, si era la de mejorar realmente la vida de las personas trabajadoras o bien la de evitar una conflictividad social cada vez más frecuente por la aparición de las primeras manifestaciones colectivas del movimiento obrero organizado.

Es en suma, la historia de las relaciones de trabajo y de la aparición del Derecho del Trabajo que se explica en el primer tema de la asignatura dedicada a esta rama del Derecho, y en la que siempre, y estoy seguro de que puedo realizar esta afirmación que compartirán la mayoría de mis compañeros y compañeras, nos falta tiempo para explicar su real importancia, aunque cada vez más tratamos de poner de manifiesto que algunas realidades laborales del pleno siglo XXI no se diferencian mucho (salvo en el desarrollo tecnológico) de las que se daban en los orígenes de las relaciones de trabajo en plena revolución industrial.

... Para quien redacta este texto no es fácil separar su visión personal de los periodos históricos vividos como profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (en tres Universidades: Barcelona, Girona y Autónoma de Barcelona) y en los que he procedido al estudio, en aportaciones doctrinales, y explicación, en mi actividad docente, de aquellos análisis que se realizan por los autores y autoras en los bloques históricos que van desde 1977 hasta 2018, con especial atención a la Constitución de 1978 y la Ley del estatuto de los trabajadores de 1980 y de la que se requiere sin duda una adaptación a la nueva realidad laboral (económica, tecnológica) del siglo XXI. Con todo, el interés de su lectura es que permite, tanto a quienes hemos vivido esas etapas, como a quienes no lo hayan hecho, en todo o en parte, por su edad, tener un excelente conocimiento de las normas dictadas durante cada periodo, y en más de una ocasión con añadidos bien fundamentados de la razón de ser de tales normas y de los factores que influyeron en su elaboración, justamente por haber participado activamente en su elaboración...

«Normas laborales y medidas económicas. Una conjunción necesaria y que debe ser positiva para las personas trabajadoras» (11 de septiembre de 2022¹⁴)

El lunes 12 de septiembre el Consejo Económico y Social de Barcelona ha organizado un acto de presentación del libro publicado por el profesor Adrián Todolí, «Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía».

El debate, sin duda muy interesante, que se producirá durante la presentación del libro, me ha llevado a recordar cuáles eran las tesis que defendía por mi parte en el ya lejano año 2007, es decir, poco antes del inicio de la grave crisis económica de 2008.

Tras las reflexiones efectuadas en 2007, me preguntaba ¿Hay que adaptar estas tesis a las nuevas (aunque algunas aparentemente modernas no sean sino una versión edulcorada de realidades ancladas en los años ochenta del pasado siglo xx y sólo con las modificaciones introducidas por el desarrollo tecnológico) realidades laborales? Por supuesto, siempre que mantengamos el ADN del Derecho del Trabajo y demostremos, tal como hace el profesor Todolí en su obra, que la normativa laboral, tanto legal como convencional, es positiva para la economía, y por consiguiente, y es aquí donde hay que poner el acento y enfatizar, para la mayor parte de la población.

Seis años más tarde, mi reflexión sobre la problemática laboral era expuesta en estos términos:

«Hay que tomar conciencia de la importancia del derecho al trabajo como un derecho de ciudadanía, y a continuación adoptar las medidas necesarias, tal como propugna la OIT, para que sea un trabajo decente, con derechos que permitan tener una vida laboral digna para toda persona trabajadora. Es curioso que haya que volver a los orígenes del Derecho del Trabajo para recordar que aquello que puede ser bueno para un empleador, la máxima explotación de la fuerza de trabajo, es nocivo para el conjunto de la sociedad, razón por la que se adoptaron las primeras normas laborales. Por ello, y en el siglo xxi, pensar el trabajo en términos únicamente de ingresos económicos,

¹⁴ <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/normas-laborales-y-medidas-economicas.html>
(consulta: 3 de noviembre).

me parece erróneo, aunque sea importante, ya que si no va acompañado de un desarrollo de la persona perderá todo su valor. Y no olvidemos, por favor, que no todo trabajo se encuentra en el mercado. La vida laboral es mucho más que normas, y de ahí la importancia del día a día de las relaciones de trabajo, donde la flexibilidad y el acuerdo entre las partes es mucho, muchísimo mayor de lo que algunos organismos internacionales, europeos y españoles creen. Si planteamos el debate sobre el pleno empleo vinculándolo a reducción de derechos económicos y sociales nos estaremos equivocando. Sí es cierto que hay que plantearse cómo está cambiando el trabajo y el impacto sobre el mismo, por ejemplo, del cambio tecnológico, de los datos demográficos de envejecimiento de la población en países desarrollados, de la mayor presencia femenina en el mercado laboral y de la necesaria incorporación de los jóvenes. Es este el debate, y no el de una reducción de condiciones de vida, y de trabajo, para gran parte de la población mientras se incrementan cada vez más las desigualdades sociales. Al hablar de pleno empleo no podemos pensar únicamente en un porcentaje bajo de trabajadores desempleados, sino también y muy especialmente “la categoría de los puestos de trabajo disponibles y los ingresos que generan”, pues no basta con que una persona pueda trabajar sino que es necesario que este trabajo sea gratificador, que satisfaga las necesidades materiales y sociales de las personas; o dicho de otra forma, hay que apostar por un “trabajo decente”.

Con diez años de diferencia desde el artículo de 2007 en el tiempo, me permito remitir a las personas interesadas a la lectura de la entrada “Futuro del trabajo, economía de plataformas, inmigración laboral. Ante los cambios en las relaciones de trabajo. A propósito del I encuentro universitario de investigadoras, personas expertas y redes sobre el futuro del trabajo”, del que reproduzco unos breves fragmentos: “... El futuro del trabajo y el impacto de la tecnología, es decir principalmente de cómo afectan los procesos de digitalización y robotización de actividades productivas, tanto sobre las personas trabajadoras como sobre sus concretas condiciones de trabajo, está mereciendo especial atención por parte de la doctrina laboralista en revistas especializadas. Más aún, la economía de plataformas (prefiero este término al más habitualmente utilizado de economía colaborativa porque creo que muchas de las empresas que suelen incluirse en los análisis no tienen precisamente la nota de colaboración entre los sujetos implicados en su ADN) cada vez está siendo objeto de mayor interés por la joven (utilizo esta término en un sentido bastante amplio o flexible) doctrina iuslaboralista, como lo prueban igualmente los numerosos artículos publicados en los últimos tiempos, de los que aquellos que he seleccionado para referenciar son sólo evidentemente una pequeña muestra y que no implican en modo alguno que no haya otros del mismo valor en otras revistas y publicaciones. La tercera y cuarta parte prestarán atención a esta problemática.

En fin, en todos nuestros debates la problemática de la inmigración aparece de forma recurrente, con toda razón ya que el fenómeno migratorio forma parte indisoluble de la realidad económica y social de nuestro tiempo, como lo ponen de manifiesto los informes periódicos de la OIT y de otros foros internacionales, y desde luego en España no es en modo alguno, ni mucho menos, una excepción⁷».

Y en un artículo publicado poco después concluía así: «Las relaciones de trabajo siguen siendo conflictivas, la desigualdad de partes sigue existiendo, la subordinación al poder de dirección organización y disciplinario del empleador, también; la reformulación del presupuesto substantivo de la ajenidad, para atender a las nuevas (algunas no tanto, ni mucho menos) realidades laborales basadas en aplicaciones informáticas, no obsta a que este siga existiendo. Y, más allá, aquello que se considera del todo punto necesario es que toda persona trabajadora, asalariada o autónoma, tenga unos derechos laborales y de protección social garantizados. O, al menos, es lo que defendemos quienes creemos que la existencia de tales derechos garantiza, mínimamente al menos, la necesaria cohesión social que debe existir en toda sociedad democrática».

... Decía con anterioridad que la importancia de la normativa convencional, de la negociación colectiva, para la mejora de la situación de la población trabajadora y para la redistribución de la riqueza, era del todo punto importante, siendo necesario para ello que existan potentes organizaciones sindicales y empresariales, y también que la economía cumpla con una de las reglas básicas, que es la libre competencia. De la segunda, es bien sabido, y el libro del profesor Todolí lo explica con detalle, que desaparece en muchas ocasiones por la presencia abrumadora de unas pocas grandes empresas que controlan gran parte de los mercados, y el éxito de la primera es difícil de alcanzar si hay políticas que debilitan, deliberadamente, el movimiento sindical, como ha ocurrido en las últimas décadas en muchos países, por lo que «... en ausencia de poder compensatorio por parte de los trabajadores organizados, los empleadores suelen conservar un poder significativo para determinar unilateralmente los salarios y las condiciones de trabajo».

Por ello, no de extrañar que se llame, a los efectos de proteger el nivel de vida, al reequilibrio del poder de negociación de los agentes sociales, para que los trabajadores «puedan negociar efectivamente su salario en

igualdad de condiciones», con medidas, entre otras, de potenciación de las organizaciones sindicales y empresariales y, algo que es de especial interés desde la perspectiva española por nuestra regulación normativa, «ampliar la cobertura de los convenios colectivos».

La importancia de las políticas activas de empleo sigue teniendo un papel relevante en los informes de la OCDE, y desde luego en el de 2022 no es una excepción, con propuestas que me atrevo a decir que también son acogidas en documentos de trabajo del Consejo Económico y Social de Barcelona, cuáles son las de prestar especial atención a los colectivos que tienen más necesidades de ellas. Así se recoge en el Informe 2022: «La reconexión de los grupos poco cualificados y otros grupos vulnerables con el empleo es también una de las formas más eficaces de preservar su nivel de vida. Esto implica apoyar la creación de empleo, pero también ampliar las políticas activas del mercado laboral. Aproximadamente dos tercios de los países de la OCDE han aumentado su presupuesto para los servicios públicos de empleo desde el inicio de la crisis COVID-19. Sin embargo, aumentar el gasto puede no ser suficiente. La forma en que se gasta ese dinero es igual de importante. Los servicios de empleo y formación deben ser integrados, completos y llegar a las empresas que crean puestos de trabajo y a los más vulnerables».

¿Y qué decir de mejorar las condiciones de trabajo, en especial en aquellos empleos esenciales, de primera línea tanto durante la crisis como en muchos otros momentos, las y los trabajadores «prescindibles» que pasaron a ser en poco tiempo «imprescindibles»? No es sospechosa la OCDE de ser una organización izquierdista o demagógica, y por ello deberían ser leídas con mucha atención sus manifestaciones sobre el hecho de que la escasez de mano de obra, también en este tipo de trabajo, «... en parte, ... se debe a las duras condiciones de trabajo y/o a los bajos salarios en determinadas industrias o áreas dentro de ellas, que hacen que los trabajadores abandonen sus puestos de trabajo o no se presenten a las ofertas de empleo en estas industrias. Durante la crisis y la recuperación de COVID-19, los gobiernos han tomado diversas medidas para hacer más atractivos ciertos empleos mal pagados, y en particular los de primera línea. Pero estas medidas a menudo no van lo suficientemente lejos como para mejorar la calidad del empleo de forma duradera y, por tanto, abordar la escasez de mano de obra en estas industrias. Por ejemplo,

en el sector de los cuidados de larga duración, más de la mitad de los países de la OCDE han establecido algún tipo de recompensa única para compensar a los trabajadores por el trabajo extra durante la crisis sanitaria. Sin embargo, sólo en menos del 30% de ellos se han tomado nuevas iniciativas para aumentar los salarios. Para reducir la escasez de mano de obra en estos sectores habría que centrarse en resolver los problemas estructurales en lugar de actuar con arreglos temporales ad hoc».

Y refiriéndose a cuestiones de alcance en principio económicas pero que sin duda tienen un indudable impacto sobre las condiciones de trabajo, incluidas por supuesto las salariales, y a las que dedica especial atención el libro del profesor Todolí, la OCDE a partir de estudios previos realizados al efecto, concluye que la concentración empresarial «disminuye los salarios y empeora la seguridad laboral», por lo que se requiere por parte de los Estados «un mayor esfuerzo político para frenar el poder de monopsonio en los mercados de trabajo mediante la regulación de las prácticas anticompetitivas, como la colusión en la fijación de los salarios y los acuerdos de no competencia, y para replantear otras políticas del mercado de trabajo, como los salarios mínimos y la negociación colectiva...».

**«Mi aportación al debate abierto por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad sobre el Estatuto del trabajo del siglo XXI»
(9 de febrero de 2024)**

«Mantener, modificar, mejorar, introducir. Debate sobre el Estatuto del trabajo del siglo XXI.»

1. De tanto hablar sobre el ¿nuevo? Estatuto del trabajo del siglo XXI, nos podemos olvidar de la existencia de un marco jurídico legal regulador de las relaciones de trabajo, que, con todas las imperfecciones que pueda tener, contiene un conjunto de derechos y garantías que conviene preservar.

Como un artículo como este, en el marco de la excelente iniciativa puesta en marcha por nuestra Asociación para debatir sobre el futuro marco normativo, no es lugar para explayarse, baste ahora con mencionar dos: la regulación de la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas recogida en los arts. 177 a 184 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que ha sido después trasladada a otros órdenes jurisdiccionales, y muy especialmente la prueba de los indicios razonables

para pasar la carga de la prueba a la parte demandada; la regulación del permisos de paternidad, en el marco de la ampliación de los derechos de conciliación y corresponsabilidad, algo impensable hace no tantos años y que ahora parece completamente normal su existencia (por lo que, añadido, conviene explicar qué ocurría con anterioridad).

2. Hay que modificar todo aquello que sea necesario, tanto para prestar atención a las críticas formuladas desde órganos jurisdiccionales internacionales, y el ejemplo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es paradigmático al respecto con las sentencias dictadas sobre varias cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados y tribunales laborales (en alguna ocasión los contencioso-administrativo) españoles, sin olvidar que también debemos estar atentos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y desde luego, toda nueva regulación debe acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su defensa, aunque en algunas ocasiones haya sido muy débil a mi parecer, de los derechos y libertades fundamentales recogidos en el título I de nuestra Constitución.

3. Debe mejorar la regulación en todo aquello que, ya sea simplemente por el paso del tiempo, ya por la diversificación del mundo del trabajo, por los cambios sociales, ya por el impacto de la tecnología, sea necesario.

Por poner algún ejemplo significativo, tenemos una Ley Orgánica de Libertad Sindical datada de 1985, que si bien ha sido interpretada, y no siempre, por los juzgados y tribunales para adaptarla a los cambios operados en las relaciones de trabajo y a las posibilidades ofrecidas por el cambio tecnológico para permitir una mayor implicación de las personas trabajadores y de sus representantes unitarios y sindicales en el funcionamiento de la empresa, necesita de algo más, mucho más, que un mero retoque.

O qué decir de las nuevas realidades empresariales, resultantes de procesos económicos y organizativos que guardan relación tanto con la descentralización productiva como con el deseo de externalizar al máximo responsabilidades, sin olvidar que la actividad productiva a escala internacional ha dejado al descubierto, si es que en alguna ocasión hubiera estado realmente oculta, la importancia de garantizar el cumplimiento de las normas laborales, en este caso tanto las internacionales como las

nacionales, en todo el proceso productivo en los distintos centros de trabajo ubicados en diversos territorios.

4. Para mantener, modificar o mejorar, hay que prestar atención detenidamente, y con una calma que ciertamente no es la que ha tenido nuestro cambiante marco normativo en la pasada década y en los años que llevamos de la presente, cuando la fórmula jurídica del Real Decreto-Ley ha sido sobre la que se han basado las reformas, a cuál es nuestra realidad legal, y también convencional vigente. No es tarea de un día ni de una semana, y por ello creo que la comisión de personas expertas, tanto tiempo anunciada desde el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que debería crearse lo más pronto posible, deberá armarse de paciencia para hacer, permítanme la expresión académica, «un amplio repaso» de la regulación existente, y de cómo ha sido interpretada por los juzgados y tribunales, señaladamente por el Tribunal Supremo y el TC, antes de decidir qué modificaciones y mejorar hay que introducir.

5. Efectuada esta tarea, y sin duda el apoyo de los muy cualificados servicios técnicos del MITES será necesaria del todo punto, es cuando llegará el momento de decidir, o más correctamente sería decir proponer, qué hay que modificar, qué hay que mejorar, y por supuesto, como corolario de todo lo anterior, qué nueva regulación en su caso hay que introducir.

Debería tratarse de una propuesta técnica, dirigida al gobierno y a los agentes sociales, primeramente, para ir después a la tramitación parlamentaria, que tenga vocación de permanencia en el tiempo, como la ha tenido, repito que con todos los defectos e imperfecciones que pueda tener y con las muchas y diversas modificaciones operadas desde su aprobación, el texto originario de la Ley del Estatuto de los trabajadores de 1980.

No es una norma que pueda pensarse únicamente en términos de «rentabilidad» del gobierno que pudiera aprobarla, sino que ha de servir para regular de forma estable unas relaciones laborales que, aun habiendo cambiado sensiblemente con respecto a las que existían en el año de aprobación de la LET, se siguen caracterizando por aquello que siempre ha definido a nuestro Derecho del Trabajo, la situación de desigualdad en el marco de la relación contractual asalariada entre el sujeto que presta el servicio, la persona trabajadora, y quien lo recibe, el sujeto empleador.

6. Y como han cambiado, y mucho, las relaciones de trabajo, tanto por el lado de los sujetos que prestan sus servicios como por el de las empresas que los reciben, es el momento de prestar especial atención a una definición o conceptualización de aquellas y de estas que permita acoger en su seno a todas las nuevas (aunque algunas no son tan nuevas, ni mucho menos y aquello que las ha cambiado es el uso de una tecnología antes inexistente) realidades laborales asalariadas, al tiempo que no olvida la existencia de otras que no tienen la nota de laboralidad pero que también requieren, y es obvio que me estoy refiriendo a las personas trabajadoras que deciden, realmente, ser autónomas, dar protección a quienes no encajan en aquellas.

7. En el marco de la nueva, o mejorada, regulación sobre las fuentes del derecho y la jerarquía normativa, habría que incorporar una regulación que, acogiendo buena parte de la rica jurisprudencia del TC, del TJUE y del TEDH, diera especial carta de naturaleza laboral a los derechos fundamentales, tanto los específicos como los inespecíficos, tan tímidamente tratados en el texto de 1980, muy probablemente por haberse aprobado la norma muy poco después de la aprobación de la Constitución y sin que aún se hubiera destapado la importancia y potencialidad de todos aquellos.

Si para muestra vale un botón, repárese en la importancia de una protección potente del derecho a la intimidad, en un ámbito como es de las relaciones laborales donde un gran número de personas pasan gran parte de su vida.

O qué decir, del derecho a la igualdad, que, trasladado a las políticas de conciliación y corresponsabilidad, podría contribuir a unos cambios no solo en las relaciones de trabajo sino también en las relaciones sociales, y que avanzaría aún más en ya abierto por las modificaciones normativas operadas desde el Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo.

8. Si las reformas del Derecho del Trabajo en la emergencia de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 pusieron el acento en la protección del empleo, y los resultados fueron muy positivos como puede comprobarse por los datos de empleo que mensualmente publica el MITES y trimestralmente la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística, y si la reforma de la contratación laboral operada por el Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre también ha dado

resultados muy positivos en términos de reducción de la temporalidad (en la mayor parte de las ocasiones es inestabilidad) laboral, el nuevo Estatuto del trabajo debería seguir por la senda emprendida desde marzo de 2020, poniendo el acento en normas que privilegien el mantenimiento del empleo y las políticas de formación y adaptación, en su caso, del personal, es decir la flexibilidad interna, frente a las que se demostraron ineficaces en la crisis de la pasada década y que pusieron el acento en la flexibilidad externa o dicho menos prudentemente en una mayor facilidad para proceder a los despidos, especialmente los colectivos.

Ello debe implicar una reformulación de las causas que pueden permitir a la vía extintiva y poner el acento en que la extinción sea la «última ratio» a la que acudir tras agotar todas las posibilidades de mantenimiento del empleo. Y no olvidar, y ahí está la reciente jurisprudencia del TJUE para recordarnos que debemos modificar nuestra normativa para introducir «ajustes razonables» que permitan evitar extinciones casi automáticas cuando se produce una incapacidad permanente total, y que podrían extenderse a mi parecer a otras causas extintivas tipificadas en los arts. 49 y 52 de la LET.

9. Han sido muy explícitas las peticiones formuladas por la doctrina laboralista que ya ha participado en este rico debate abierto por nuestra asociación sobre los cambios a introducir en los títulos II y III de la LET.

Desde luego, me parece necesaria una reforma del primero que dé una más amplia implicación de las organizaciones sindicales, y la potenciación de sus representantes, en los procesos electorales, y que adapte las funciones y competencias de la representación del personal a las nuevas realidades organizativas, productivas y tecnológicas empresariales, ampliando, como ejemplo significativo la participación en las decisiones sobre los algoritmos que afectan cada día más a todos los ámbitos de la relación de trabajo.

Sobre la negociación colectiva, y dando un papel quizás más relevante que en otros ámbitos al diálogo social con las organizaciones sindicales y empresariales, habría que consolidar un sistema bien articulado que no cierre espacios de negociación pero que al mismo tiempo potencie esta en los ámbitos sectoriales donde la presencia sindical y empresarial puede regular de forma más adecuada las relaciones laborales, o al menos ese es mi parecer.

10. Desde luego, como pueden comprobar, no le va a faltar trabajo a la comisión de personas expertas... cuando se ponga en marcha. Los cambios políticos, económicos y sociales a escala internacional, europea y español, demandan una regulación laboral que sin merma alguna del mantenimiento del ADN del Derecho del Trabajo, la protección de la persona trabajadora, se adecúe a tales cambios, y el ordenamiento jurídico laboral español, en el que hay muchas normas que pueden catalogarse de positivas en ese terreno, debe ser mantenido, modificado y/o mejorado también en muchos contenidos, algunos de los cuales he tratado de apuntar en este artículo.

No menos relevante es la tercera mesa de trabajo, dedicada, «plagiando» (en esta ocasión sin que haya en modo alguno nada que objetar, sino todo lo contrario) el título de la CIDC, es decir «inmigración, derechos y ciudadanía».

Se hace del todo punto necesario conocer el marco jurídico en el que se desarrolla la política de extranjería en España, que debe tomar en consideración tanto el Pacto europeo de migración y asilo como las novedades introducidas en 2022 en el Reglamento de extranjería, siendo una de ellas, el «arraigo por formación», la más destacada y de la que aún no podemos disponer de datos suficientes para valorar su efecto sobre la regularización de las personas migrantes que se encuentran en el mercado de trabajo en situación irregular.

Conocimiento de la realidad, que debe pasar igualmente por la regulación jurídica de las infracciones, y las correspondientes sanciones, que puedan cometerse por quienes se encuentran trabajando en situación irregular y cuáles son sus consecuencias, con el importante añadido de podernos ya encontrar con personas que disponen de autorización de residencia, por estar realizando una actividad formativa, pero no de autorización de trabajo por no haber aún formalizado esta y formalizado después un contrato de trabajo. Y como es de suponer en un acto que se celebra en Girona, el conocimiento más detallado de la realidad de toda la demarcación territorial «gironina» adquiere especial importancia, ya que no en vano Cataluña (y Girona ocupa el segundo lugar después de

Barcelona) es la primera comunidad autónoma en número de personas trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social, superando el 22 % del total.

En este debate, la presencia de juristas tan cualificadas como la profesora Ángeles Ceinos, muy buena conocedora de la normativa legal aplicable, de Piedad Torrubia, Jefa de la Oficina de Extranjería de Girona y por consiguiente perfecto conocedora no solo de la normativa sino también de su aplicación práctica, y la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Mercedes Martínez, cuyos saberes en materia de extranjería quedan fehacientemente acreditados en sus publicaciones doctrinales y en sus actuaciones inspectoras, son sin duda de mucho interés para abordar la temática actual de la inmigración y los retos antes el inmediato futuro, uno de los cuales a mi parecer es cómo abordar la situación jurídica de miles de personas trabajadoras migrantes que se encuentran en situación irregular en el mercado de trabajo, ya sea desde su acceso a España ya sea por haber perdido su empleo y no haber podido renovar la autorización de residencia.

Subrayo este asunto ya que, por poner un ejemplo significativo, la memoria del primer semestre de este año que ha presentado recientemente el Centro de Información para trabajadores extranjeros (CITE) de Comisiones Obreras de Cataluña¹⁵ constata, de las consultas a las que ha debido responder, que el 76,4 % de las personas que las han formulado se encontraban sin autorización administrativa para residir y trabajar en España, siendo «prioritaria» la irregularidad en el sector del servicio doméstico (40,2 %), seguido de otros servicios, en los que se incluye a las personas que trabajan en residencias para personas mayores (15,9 %) y la hostelería (12,7 %). La preocupación por la situación irregular de muchas personas migrantes también se pone de manifiesto en el recientemente presentado Informe sobre el estado de la inmigración en Cataluña en 2022, realizado por el Observatorio de las Migraciones y el Refugio en Cataluña, de la Fundación ACSAR¹⁶, en el que se expone que «el número de personas en situación irregular, si bien se mantiene por debajo del de la crisis de 2008, ha vuelto a incrementarse», lo que supone que

15 <https://www.ccoo.cat/noticies/ccoo-presenta-la-memoria-del-cite-del-1r-semestre-d-el-2023/> (consulta: 6 de noviembre).

16 <https://fundacioacsar.org/es/publicaciones/> (consulta: 6 de noviembre).

estas personas «se vean abocadas en muchas ocasiones a la economía sumergida, lo que agrava su situación». Otros datos relevante sobre la población extranjera en Cataluña, publicado por el Departamento de Trabajo a partir de la publicación de la EPA del tercer trimestre, destaca su relevancia en el mercado de trabajo: la tasa de empleo ha subido al 69,7 %, solo 3,5 puntos por debajo de la española, 73,2 %, y en serie interanual ha crecido en un 18,1 %, y la afiliación a la Seguridad Social ha experimentado un incremento del 7,7 %, con especial importancia en los sectores de hostelería, comercio y construcción.

En relación con parte de la temática abordada en esta mesa de trabajo me gustaría recordar el excelente estudio del profesor Ferran Camas, «Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico»¹⁷, publicado en 2021, ya que algunas de sus propuestas han sido acogidas en la nueva regulación de la relación laboral y de protección social del personal del servicio doméstico.

En efecto, el profesor Camas formulaba críticas a que el marco normativo entonces vigentes «no dispone de un tratamiento específico ya sea respecto de los derechos y deberes del personal del servicio doméstico, ya sea respecto de los procedimientos en los que pueden estar inmersos, más allá de una referencia al pago de las tasas que deben realizarse por la tramitación de las autorizaciones de residencia y de trabajo», y a que «desde hace años, tampoco en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura regulado en el art. 65 del Real Decreto 557/2011, que facilita la superación por los extranjeros que no se hallan en nuestro país del condicionante de la situación nacional de empleo y así poder acceder a España para trabajar, se recoge ninguna mención a la necesidad de personal doméstico en el mercado de trabajo», e iba más allá al formular esta muy interesante reflexión: «La actividad correspondiente al sector de cuidados y atención a personas en dependencia, mayores, menores o con discapacidades, que va mucho más allá del específico régimen laboral del personal del hogar familiar, aunque lo engloba

¹⁷ https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5495 (consulta: 3 de noviembre).

también, está llamado a ser fundamental en nuestra sociedad, no solo ante las actuales circunstancias que lo han hecho esencial, sino también ante el proceso de progresivo envejecimiento en el que estamos inmersos. Por esa razón, considero que deben abrirse las vías legales para acceder a España a trabajar en el que se tenga en cuenta este sector del mercado de trabajo, entre otras vías valorando también la reformulación del Este catálogo de oficios permite que extranjeros que quieren ocuparlas vengan a trabajar a España al amparo de una autorización de residencia y trabajo. Tal vez sería hora de abrir la posibilidad de completar y dotar mejor las actividades esenciales con personas extranjeras que quieran venir a ocupar los trabajos en España, o a aquellas que, pese a hacerlo de manera irregular, estén trabajando ya aquí en el ámbito del empleo del hogar familiar, algunas de cuyas funciones entrarían dentro de la calificación de actividades esenciales, puedan obtener la correspondiente autorización...».

Queda todavía bastante camino por recorrer para que todas las propuestas del profesor Camas se conviertan en norma jurídica de obligado cumplimiento, pero como bien decía Antonio Machado, «caminante no hay camino, se hace camino al andar».

Es cierto que durante mi vida académica he dedicado especial atención a la política de empleo, por lo que no puedo sino estar completamente de acuerdo con haber decidido la organización de esta Jornada dedicar dos mesas redondas a esta temática, únicamente diferenciadas porque la primera está dedicada a dicha política desde una perspectiva general, que incluye tanto la estatal como la autonómica catalana y la provincial de Barcelona, y la segunda a las (importantes) políticas locales de empleo, con acercamiento a ellas desde una reflexión académica muy pegada a la realidad, y con el conocimiento de todo aquello que se está llevando a cabo, y qué se hará en el inmediato futuro aprovechando el marco normativo existente, en el ámbito territorial de las ciudades de Girona y Barcelona.

Contar en la Jornada con ponentes tan cualificados y cualificadas es ciertamente un lujo, dado que todos ellos y ellas conocen de primera mano la realidad de las políticas de empleo, ya sea en el ámbito estatal, con la presencia del Director del Servicio Público de Empleo Estatal

Gerardo Gutiérrez y del profesor Jaime Cabeza, director de un amplio informe que sirvió de base para la elaboración del Anteproyecto de la Ley de Empleo, en el ámbito autonómico catalán, con la participación del director del servicio de empleo autonómico, Juan-José Torres, en el ámbito provincial de Barcelona, contando con la presencia del presidente del Consejo Económico y Social de la ciudad, Francesc Castellana, y en los ámbitos territoriales de Girona y Barcelona, con personas que en el día a día tienen conocimiento teórico y aplicación práctica de las políticas de empleo, la responsable del servicio municipal de empleo de la ciudad que acoge este acto, Eva Fortià, y de la de Barcelona, Raquel Gil. Sus aportaciones nos permiten conocer de primera mano cuál es la realidad de la política de empleo y los retos de cada al inmediato futuro.

Permítanme que me detenga en este bloque con mayor atención que en el resto, sin desmerecer por ello, en modo alguno, su importancia.

Conviene ya apuntar de entrada que las normas sobre política de empleo, y desde luego la Ley 3/20023 de 28 de febrero, de Empleo, no es una excepción, están estrechamente relacionadas con la normativa general reguladora de las modalidades contractuales y de los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral. Apunto este dato para subrayar que la situación del empleo en España ha mejorado sustancialmente en cuanto a la estabilidad contractual, y disminución de la tasa de temporalidad desde la entrada en vigor del RDL 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

En efecto, acompaño esta tesis con algunos datos bien recientes para apuntalar mi afirmación.

Si vamos a la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre, publicada el 26 de octubre, conocemos que el número de personas ocupadas se sitúa ya en 21.265.900, habiéndose incrementado el empleo en el sector privado en 691.600 personas durante los últimos doce meses, con un incremento muy inferior en el sector público de 28.600 personas. Más importante es que el empleo asalariado se ha incrementado en 716.500 personas, desglosado en un crecimiento del indefinido en 1.102.000 personas y una reducción del temporal en 385.500. La tasa de actividad de las personas ocupadas de 16 a 64 años se sitúa en el 76,43 %, mientras que

la de empleo es del 67,34 %, y la de desempleo del 11,90 %, con, todavía, diferencias importantes, aunque se van reduciendo, entre la población masculina y femenina, y sirva como ejemplo que la tasa de empleo es de del 72.25 % para los primeros y del 62,45 % para las segundas. Y otro dato de especial importancia a mi parecer para conocer cómo está cambiando el mundo del trabajo en España, es el de la composición según la población ocupada sea española (incluida la doble nacionalidad) o extranjera, ya que en serie interanual el aumento de la primera ha sido de 356.200 y el de la segunda superior, 363.900.

Si nos acercamos a datos más recientes, los disponibles sobre la afiliación a la Seguridad Social el mes de octubre, y los datos sobre empleo del mismo mes, y los de desempleo del mes de septiembre, facilitados el primero por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y los dos restantes por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, podemos conocer que la cifra media de personas afiliadas es ya de 20.817.657, con un incremento de 533.871 durante los diez primeros meses de 2023, y que «la afiliación media de las mujeres ha alcanzado la cifra más alta de la historia, con más de 9,83 millones de cotizantes», lo que supone el 47,2 % de las personas trabajadoras afiliadas. Respecto a la «calidad» de la afiliación, destaca el crecimiento en sectores de alto valor añadido (informática y telecomunicaciones, actividades profesionales, científicas y técnicas) destacándose por el MISSMI que «desde el fin de la pandemia, uno de cada cinco nuevos afiliados (300.000 en términos absolutos) se ha incorporado a estos dos sectores altamente productivos». Incremento del número de personas afiliadas y mejora de los ingresos de la Seguridad Social que han permitido elevar la ratio cotizante por pensionista hasta el 2,4, «máximo de la década».

Por lo que respecta a los datos sobre empleo, sigue la tendencia de fuerte presencia, desde poco después de la entrada en vigor de la reforma laboral (marzo de 2022) de la contratación indefinida, ya que así es para el 43,6 % de los contratos formalizados el mes de octubre. Donde ciertamente hay que seguir avanzando, a mi parecer, para fortalecer la calidad del empleo, es en el incremento del número de horas de trabajo, ya que del total de contratos indefinidos formalizados el mes de octubre, 244.395 han sido a tiempo completo, 151.988 a tiempo parcial y 212.376 como

fijos discontinuos, y en cuanto a los contratos de duración determinada, 525.539 lo han sido a tiempo completo y 262.206 a tiempo parcial.

Las políticas de empleo deben responder a las necesidades de las personas trabajadoras, tanto de quienes están ocupadas como de las desempleadas y de las que, aunque inactivas, deseen incorporarse al mundo laboral, y por supuesto también de las empresas que cada vez más demandan políticas de formación que preparen, tanto a su personal como al que puede contratar, adecuadas a los cambios operados en sus actividades, con la necesidad de disponer de personal más y mejor formado.

Políticas de empleo que, deben prestar tanto atención a la cantidad como a la calidad. Conviene ya señalar de entrada, por lo que respecta a España, que hay que prestar atención a los barómetros mensuales del Centro de Investigaciones Sociológicas para conocer la percepción de los ciudadanos encuestados sobre los problemas existentes, siendo así que en el último barómetro (octubre 2023), el paro aparece como la segunda preocupación y la calidad del empleo como la quinta (posibilidad de tres respuestas) cuando la pregunta se refiere a España, mientras que cuando la persona encuestada ha de responder de acuerdo a su situación propia, el paro baja al sexto lugar mientras que la calidad del empleo sube al cuarto.

La Ley de Empleo abre a mi parecer amplios caminos para que la mejora de la cantidad y la calidad del empleo, y la reducción del desempleo, y el desarrollo de la cartera de servicios, acompañado de un conveniente y necesario soporte económico, a la par que con una estrecha relación y cooperación de todas las Administraciones Públicas y entidades del sector privado que operan en este terreno, deberá contribuir a ello.

¿Se hubiera podido avanzar más en una normativa que garantizara de forma total y absoluta los recursos presupuestarios para llevar a cabo de la manera más eficaz y eficiente posible las políticas de empleo adecuadas para responder a las nuevas necesidades derivadas de la reestructuración de la actividad productiva, y para conseguir que todas las personas trabajadoras tengan las habilidades, aptitudes, destrezas y conocimientos que demandan los puestos de trabajo que se van creando? ¿Se ha quedado corta la nueva ley en este terreno?

Es una buena pregunta que, si se presta atención a los debates parlamentarios, tiene respuestas muy diferentes, y quienes lean con atención los debates parlamentarios confirmarán sin duda mi opinión. Por otra parte, las lógicas controversias, existentes en cualquier gobierno, entre quienes demandan más disponibilidad económica, y más flexibilidad en el uso de los recursos disponibles, y quienes tienen las responsabilidades directas de gestionar la política económica, y por consiguiente pactar la distribución de los recursos disponibles, afloran en cualquier norma, y desde luego la Ley de Empleo no es una excepción, aun cuando ello, obviamente, no quede reflejado, al menos de forma directa, en el texto aprobado.

Ello, no obstante, no obsta a que se haya conseguido una regulación que permite a las autoridades, estatales y autonómicas, responsables de las políticas de empleo de acuerdo a sus ámbitos competenciales respectivos, y en el marco de los acuerdos que se adopten en el marco de la Conferencia sectorial de empleo y asuntos laborales, disponer de un marco que permita, primero, planificar a medio plazo, y no sólo con carácter anual, los programas a desarrollar en el marco de sus respectivas carteras de servicios.

Quedan, como sabemos, pendiente de desarrollo reglamentario aspectos importantes de la Ley de Empleo.

En primer lugar, la creación de la Agencia Española de Empleo, estipulando la disposición adicional primera, entre otros contenidos, que «La transformación se producirá por cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo del Servicio Público de Empleo Estatal, O.A., sucediéndole la Agencia Española de Empleo de forma universal en sus derechos y obligaciones. 3. El personal funcionario que preste sus servicios en el Servicio Público de Empleo Estatal, O.A., pasará a depender de la Agencia Española de Empleo en la situación administrativa que estuviera a la entrada en vigor de esta norma en su cuerpo o escala de procedencia, conservando la antigüedad y grado que tuvieran consolidado y con los mismos derechos y obligaciones que tuvieran en el momento de la integración. 4. Igualmente, la Agencia Española de Empleo se subrogará en los contratos de trabajo concertados con el personal sujeto a derecho laboral, que pasará a integrarse en la

plantilla de la agencia en los mismos grupos, categorías y áreas de trabajo a que estuvieran adscritos, con los mismos derechos y obligaciones que tuvieran en el momento de la integración».

En segundo término, la elaboración y desarrollo del catálogo de instrumentos de empleabilidad regulado en el art. 37, en concreto de aquellos «cuya utilidad para el empleo o para la mejora profesional de las personas demandantes de empleo haya sido debidamente contrastada a través de datos objetivos cuantitativos y cualitativos, en función de las evaluaciones desarrolladas en todos los programas y actividades que se lleven a cabo», y desarrollándolo por el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo «... en coordinación con los sistemas nacionales de empleo de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo».

Igualmente, queda por concretar el «catálogo de servicios garantizados a personas, empresas y demás entidades empleadoras», regulado en los arts. 56 y 57, que deberá tener por objeto «facilitar su acceso a una información de calidad sobre las modalidades de contratación y las ayudas a las mismas, así como procesos eficaces de difusión de sus necesidades de personas trabajadoras y procesos de captación de personas candidatas».

Está pendiente de desarrollo reglamentario la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Empleo y carteras propias de los servicios autonómicos (y en su caso locales) a la que se refiere el art. 61, manteniéndose en vigor mientras tanto, según regula la disposición transitoria tercera, el Real Decreto 7/2015, de 16 de enero.

No podemos olvidarnos tampoco de la importancia de la normativa en materia de formación profesional, tanto de la general (Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional y Real Decreto 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional), como de la más directamente vinculada al ámbito laboral (Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, y Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, que la desarrolla).

Recordemos que entre las funciones y objetivos de dicho Sistema se encuentra «garantizar a todas las personas, en condiciones de equidad y a lo largo de la vida, una Formación Profesional de calidad, en diferentes modalidades, significativa personal y socialmente, que satisfaga tanto el desarrollo de la personalidad como las necesidades individuales de cualificación y recualificación permanentes con arreglo a itinerarios diversificados, y de respuesta a sus necesidades formativas a medida que se producen, atendiendo a sus circunstancias personales, sociales y laborales». En una muy estrecha relación con la normativa laboral encontramos la disposición transitoria quinta, sobre «transición del sistema de beca a contrato de formación en el régimen de formación profesional intensiva», en la que se dispone que «La normativa del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, relativa al sistema de beca para la formación profesional dual mantendrá su vigencia transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2028, en los ámbitos en los que se viniera aplicando en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de realizar contratos formativos para la alternancia previstos en el artículo 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre».

Termina aquí mi exposición. Solo me queda agradecer, una vez más, el esfuerzo y el cariño manifestado por quienes han organizado este acto para homenajear mi estancia, muy agradable y saben quiénes me conocen que lo he dicho y repetido en múltiples ocasiones, en la Universitat de Girona y en la ciudad de Girona.

La jubilación académica no supone que desaparezca el interés por todo aquello que afecta, tanto desde el plano teórico como el práctico, al mundo del trabajo, y en esta tarea de su seguimiento espero poder continuar, como siempre digo, mientras el cuerpo y la salud aguanten.

Solo me gustaría apuntar que recordar la historia es siempre un ejercicio necesario, pero no para hacer un ejercicio de nostalgia sino para aprender

de aquello que se hizo bien y por supuesto también de los errores que se cometieron, al mismo tiempo que nos sirve para seguir mirando hacia el futuro. Hice esta manifestación con ocasión de un artículo en el que reflexionaba sobre los cuarenta años del centro de Estudios Cristianismo y Justicia (1982-2022), cuyo primer Cuaderno, que tuve la inmensa suerte de redactar a partir de una petición de mi maestro, el jesuita Joan N. García-Nieto, se publicó en mayo de 1982 y lo dediqué a los retos del sindicalismo en la década de los ochenta, planteando, desde mis claras convicciones, y también hay que reconocerlo con una exagerada seguridad fruto de una edad que no llegaba a la treintena, de por dónde debía ir la actuación de aquellas organizaciones que representan al mundo del trabajo para la mejor defensa de los intereses de las personas trabajadoras. Unas propuestas, que se acompañaban de la importancia que debía darse, y que no ha decaído en absoluto cuarenta años después como lo demuestran las aportaciones del Papa Francisco, a las reflexiones hechas desde la doctrina social de la Iglesia.

Me permito concluir con unas palabras¹⁸ que pronuncié en 1994 en el acto de homenaje a mi maestro, celebrado poco después de su fallecimiento el mes de julio, y que creo que siguen siendo plenamente vigentes para quienes pensamos que la sociedad debe ser mucho más justa y solidaria de lo que es en la actualidad:

«El acto de hoy no es un homenaje para el recuerdo. Es un acto de consolidación y refuerzo de unos valores y de unos ideales, es un acto que no mira hacia el pasado sino hacia el futuro y que quiere que las ideas de Juan sigan vigentes. Aunque algunas fueran más o menos acertadas, y otras, por qué no decirlo, también pudieran llegar a ser erróneas. Pero por encima de todo, fueron muchísimas más las virtudes que los defectos que pudieron haber existido en estas ideas, plasmadas en sus numerosísimos escritos y publicaciones, y en todas sus intervenciones públicas.

Juan N. García-Nieto, Alfonso Carlos Comín, Ignacio Ellacuría, José M^a Llanos, han muerto como personas, pero no han muerto los ideales que defendieron a lo largo de sus vidas. Y desde el cielo, en esa conversación imaginaria de los cuatro, Juan, bebiendo un trago lago de güisqui con un

18 <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2007/10/los-jesuitas-en-recuerdo-de-joan-n.html> (consulta: 7 de noviembre).

“hielito” y después de recordarle a San Pedro, guardián del cielo, que debe adaptarse a las nuevas tecnologías y que ya no son necesarias las llaves, sino que basta con una sencilla tarjeta con banda magnética para entrar en él, nos diría ánimo, adelante, no os dejéis ganar por las dificultades, porque la historia es de quienes siguen luchando diariamente contra las injusticias».

Muchas gracias.

I. Nuevas y viejas cuestiones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El derecho del trabajo ante la futura ley de inteligencia artificial

Francisco Pérez Amorós

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Autònoma de Barcelona (jubilado). Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social «Guillermo Cabanellas»

En homenaje al Profesor Eduardo Rojo¹

Sumario

I. Introducción: un debate con pasado y futuro, 65 **II. Aspectos programáticos y declarativos de la programación de la década digital de la Unión Europea, 67**
2.1. Una empresa con un entorno digital centrado en el ser humano: trabajo digital y humanismo digital, 68 2.2. Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. Especial consideración de las «Condiciones de trabajo justas y equitativas en el entorno digital»: trabajo digital y trabajo decente, 69 **III. Propuesta de reglamento de inteligencia laboral de la Unión Europea: sus aspectos laborales, 72**
3.1. Proceso de negociación de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, 73
3.2. Consideraciones sobre el estado actual del proceso de negociación: sin prisas, pero sin pausas, 81 **IV. Para concluir, 100** **Bibliografía, 101**

¹ Eduardo, gracias por tus enseñanzas, y, especialmente, muchas gracias por tu compañía y amistad —en todo momento— durante tantos años.

I. Introducción: un debate con pasado y futuro

El Derecho del Trabajo surgió y superó sus primeras etapas, al compás marcado por la incorporación al trabajo de los avances técnicos y tecnológicos, y, todo hace pensar que, así seguirá sucediendo en un futuro, incluso, con mayor intensidad si cabe, debido a la masiva e intensa incorporación de la inteligencia artificial al trabajo. Así ha sido, así es y así será, no por casualidad sino por necesidad, tal y como está escrito: el «*cambio tecnológico...*» es y será un «...*referente permanente para el trabajo*» (CRUZ VILLALÓN, 2022, 141-142) en general; y, la actual incorporación de la inteligencia artificial al trabajo en particular, fortalecerá «*el diálogo (entre) el trabajo y las tecnologías*» (CHERRY, 2020).

Las clásicas relaciones del Derecho del Trabajo con las sucesivas revoluciones industriales acaecidas, no han desaparecido, aunque se han transformado tanto y con tanta rapidez, que, hoy día, en plena revolución industrial 4.0 (revolución digital: inteligencia artificial), ya se empiezan a plantear dudas —recurrentes— sobre si la *revolución industrial 5.0* es una cuestión del presente o es de futuro (COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN, 2021 y 2022).

Tal avance de la revolución tecnológica —bien personificada por la inteligencia artificial— la convierte en una de las distintas *revoluciones* que más revaloriza el *pedigrí revolucionario* del Derecho del Trabajo, potenciando su voltaje transformador de la realidad social y su función tuitiva de tal manera, que permite concluir afirmando que la inteligencia artificial también debería beneficiar a los trabajadores en general y a los trabajadores digitales en particular.

Estas páginas glosan la «*Propuesta de Reglamento del Parlamento 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*» (en adelante, propuesta de Reglamento o Ley de Inteligencia Artificial), patrocinada originariamente por la Comisión Europea el año 2021 en los términos que se detallarán; un proyecto que es una contribución de primer orden al debate abierto

sobre si «*La inteligencia artificial: (es) ¿una oportunidad o una amenaza para el mercado laboral?*»².

Desde buen principio interesa apuntar, que tal propuesta de Reglamento, todavía sigue negociándose en sede comunitaria cuando se terminan de redactar estas páginas a finales de noviembre de 2023, a la espera de alcanzar, próximamente, un acuerdo provisional, al que, tras nuevas negociaciones que ya están en curso, seguirá un acuerdo final, en un plazo, presumible y relativamente corto³. Y, de la misma manera, se comenta que el estado actual del debate, ya permite presentar unas primeras reflexiones debidamente fundadas sobre los aspectos laborales de la propuesta en cuestión.

El contenido de este ensayo, se constriñe a las aportaciones de la propuesta de Reglamento que tienen repercusión en materias laborales, se obvian, pues sus referencias a la protección social, administración laboral y jurisdicción social. El discurso tendrá una extensión limitada por razones obvias, se planteará con un tono principalmente discursivo, y, se documentará con un soporte bibliográfico reducido, material y cronológicamente (2020-2023). Y, bajo estas premisas, el estudio se desarrolla en dos apartados, primeramente, se resumirán los aspectos más programáticos y declarativos de la denominada Década Digital de la Unión Europea que gira en torno a la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (II), y, posteriormente se estudiará tal propuesta reglamentaria, dedicando especial atención sus aspectos laborales o a los de la IA que regula (III).

Con la idea de avanzar en la exposición, ya se introducen aquí unas primeras opiniones más de fondo, que además avisan sobre la amplitud que tiene el tema debatido. Estudiosos, han planteado que tratar de «*El mundo del trabajo ante el inminente futuro...*» se ha de hacer «...*sin olvidar el pasado y el presente*» de la cuestión, y teniendo siempre la incidencia

2 OIT. (2019). Ver: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_673621/lang-es/index.htm

3 Es previsible, que durante el próximo mes de diciembre de 2023 se alcance un primer y provisional acuerdo entre el Parlamento Europeo y el Consejo sobre el texto, que, en su caso, y siguiendo el procedimiento previsto, daría paso al texto definitivo en 2024 (III).

que hayan podido tener las nuevas tecnologías (ROJO TORRECILLA, 2023); y, organizaciones muy autorizadas, tras vincular «*tecnología... con el mercado laboral*», plantean que «*Las nuevas tecnologías digitales, como la inteligencia artificial (IA), podrían ser un elemento decisivo para reactivar el crecimiento de la productividad*» (OIT, 2023, 97), y recién afirman, que «*La adopción de tecnología seguirá siendo un impulsor clave de la transformación empresarial en los próximos cinco años*» y que «*Los mayores efectos de creación y destrucción de empleo provienen de las tendencias ambientales, tecnológicas y económicas*», y, precisan, que «*Dentro de la adopción de tecnología, los grandes datos, la computación en la nube y la IA tienen una alta probabilidad de adopción*» (WORLD ECONOMIC FORUM, 2023).

II. Aspectos programáticos y declarativos de la programación de la década digital de la Unión Europea

El marco general de la denominada Década Digital de la Unión Europea de 2030 incluye algunos textos programáticos y declarativos que merecen cita propia, y en breve, incluirá el Reglamento de Inteligencia Artificial que, como se ha adelantado, está en fase de negociación, pendiente de una pronta aprobación final; textos todos, que concretan y ordenarán la utilización de la inteligencia artificial (en adelante, IA) en cuatro esferas o ámbitos, incluido el empresarial, con criterios humanistas y a nivel internacional (VELASCO NUÑEZ, 2023)⁴.

4 Sobre antecedentes próximos y textos complementarios de tal programación digital de la Década Digital en su conjunto, ver, por todos: la nota de la Comisión Europea *La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030*, de consulta en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es; la nota de la Comisión Europea *Un enfoque europeo de la inteligencia artificial*, relaciona y documenta los hitos importantes de la Década Digital en cuestión sucedidos desde 2018 hasta la sesión del Parlamento Europeo de 14 junio de 2023, de consulta en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/european-approach-artificial-intelligence>; y, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Brújula Digital 2030. El enfoque de Europa para el Decenio Digital* [COM

El texto programático por excelencia sobre de la IA desde una óptica laboral es el Programa estratégico de la Década Digital para 2030 fechado en 2022 y en vigor desde 2023 (II.1), que prioriza la protección de las personas trabajadoras ante las nuevas tecnologías; y, el documento declarativo más relevante es la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, adoptada en 2022 y publicada en 2023 (II.2), que reclama que las condiciones laborales en las empresas con un entorno digital sean justas y equitativas.

Las aportaciones de ambos textos, conjuntamente considerados, procuran una transformación digital con visión humanista, dicho sea, sabiendo que ninguno de los dos es preceptivo, aunque el segundo compromete más, y teniendo presente que la operación que plantean no se culminará hasta que se apruebe y aplique el texto final del referido Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea.

A los efectos de este estudio, interesa subrayar que dichos textos programático y declarativo, tienen valor de presente y de futuro: actualmente, colaboran al buen fin, y explican, la negociación sobre la referida propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial; y, aprobado tal Reglamento, servirán para interpretarlo y aplicar.

2.1. Una empresa con un entorno digital centrado en el ser humano: trabajo digital y humanismo digital

El Programa estratégico de la Década Digital para 2030⁵, publicado en 2022 y plenamente en vigor desde el 8 de enero de 2023, promueve un tipo de empresa con un entorno digital laboral centrado en el ser humano (empresarios y trabajadores), es decir, con un contexto inclusivo, transparente

(2021) 118 final de 9.3.2021], de consulta en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0118>

5 Ver la Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se establece *programa estratégico de la Década Digital para 2030* (DO L 323 de 19.12.2022, pp. 4-26). Texto, de consulta en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/2030-digital-decade-policy-programme.html> Síntesis y contexto del Programa *cit.*, de consulta en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/2030-digital-decade-policy-programme.html>

y abierto, y, basado en los derechos fundamentales, incluidos los laborales (ex Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, y actualmente con valor de tratado), como por ejemplo, los derechos de formación profesional y de aprendizaje permanente de los trabajadores; y, tal Programa, también plantea un entorno digital basado condiciones laborales equitativas y no discriminatorias para los usuarios de las nuevas tecnologías en el trabajo⁶, todo ello, también, con vistas a lograr el equilibrio de género.

El Programa en cuestión, centrado en las personas, permite argumentar que los derechos humanos tienen reservado un protagonismo en el debate sobre los derechos laborales digitales, planteamiento que cada vez adquiere mayor consistencia institucional y doctrinal.

2.2. Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. Especial consideración de las «Condiciones de trabajo justas y equitativas en el entorno digital»: trabajo digital y trabajo decente

La Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2022)⁷, es un texto de carácter declarativo adoptado por las tres instituciones comunitarias, cuyo objetivo general es «... *promover un camino europeo para la transformación digital, poniendo a las personas en*

6 En particular, ver art. 3, y complementarios, del Programa estratégico de la Década Digital para 2030, *cit. supra*.

7 La Declaración, fue presentada por la Comisión en enero de 2022, y casi un año después, con fecha 15 de diciembre de 2022, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión firmaron o adoptaron la *Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales*. Se publicó en 2023 como «*Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*» (Declaración conjunta del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea, 2023/C 23/01, D.O.U.E, 23.1.2023, C 23/1), de consulta en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)&from=EN) Un resumen de la Declaración *en*: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>

Como antecedentes de tal Declaración, se recuerdan: la Declaración de Tallin sobre la administración electrónica, de 2017, la Declaración de Berlín sobre la sociedad digital y el gobierno digital basado en valores, de 2020, y, la Declaración de Lisboa —Democracia digital con Propósito—, de 2021.

el centro, construido sobre... los derechos fundamentales de la UE, reafirmando los derechos humanos universales y beneficiando a todas las personas, empresas y la sociedad en su conjunto». Se trata, pues, de un objetivo relevante, tanto por su contenido, como por el hecho que cuenta con el aval de tres instituciones de la UE (Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión).

Desde el plano de los principios, la Declaración, reivindica, que las personas en sentido amplio («*todas... las personas, empresas y la sociedad*»), en los supuestos de transformaciones digitales (*v. gr.* trabajadores en empresas con entorno digital), se «*ponen en el centro*»: es esta una estrategia que se caracteriza por su tono reactivo y por el objetivo que persigue, cual es, *priorizar* o proteger a las personas ante o frente los posibles peligros de las nuevas tecnologías en general y de la IA en concreto (*humanismo digital*).

Desde el punto de vista de los derechos, la Declaración en cuestión, tomando como base los «*derechos fundamentales de la UE*» y los «*derechos humanos universales*», se refiere monográfica y ampliamente a derechos laborales bajo la rúbrica «*Condiciones de trabajo justas y equitativas en el entorno digital*», aunque lo hace con cierta falta de orden y precisión. Entre tales «*Condiciones*», —a modo de regla general— se reitera, una vez que se deben respetar «*... los derechos fundamentales de los trabajadores en el entorno digital*», y expresa que «*Toda persona tiene derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, justas, saludables y seguras, así como a una protección adecuada en el entorno digital y en el puesto de trabajo físico, con independencia de su situación laboral y de la modalidad o la duración*

La Declaración tiene su origen en la Comunicación de la Comisión Europea *Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital* (26 de enero de 2022), de consulta en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022DC0027>. Una comparación del texto definitivo de la Declaración con los borradores del mismo [*v. gr.*: COM (2022), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0028>], permite observar que el protagonismo de la IA en el entorno digital de las empresas aumenta con el paso del tiempo, y, consiguientemente, la dimensión laboral de la misma resulta cada vez más visible.

Así mismo, ver, la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, *sobre la inteligencia artificial en la era digital* (2020/2266(INI), de consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html, texto que, será objeto de nuevas citas, por su incidencia en la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial objeto de comentario en estas páginas.

del empleo»; y, —a modo ejemplificativo— se reclama respeto, tanto de los derechos laborales individuales (desconexión digital, conciliación, privacidad, salud y seguridad, *v. gr.*) como colectivos (asociación y acción colectiva), defendiendo de forma especial el derecho de negociación colectiva, a la que, por lo demás, encarga determinar las condiciones del trabajo digital, y las del empleo de herramientas digitales en el mismo. Es más, entre tales «*Condiciones de trabajo justas y equitativas en el entorno digital ...*» también se incluyen —y reiteran— otras consideraciones sobre los derechos laborales digitales de negociación colectiva, derecho de salud y seguridad laboral y derechos de información en materia de IA, pues en ninguno otro sentido se pueden entender las referencias a que el uso de «*la inteligencia artificial*» en el lugar de trabajo ha de ser transparente, a que el entorno de trabajo ha de ser seguro y saludable, y, a que las decisiones importantes que afecten a los trabajadores —«*en particular*»— deben contar con supervisión humana. Por todo ello, la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, al plantear las citadas «*Condiciones de trabajo justas y equitativas en el entorno digital*», no solo evidencia y explicita el perfil laboral del trabajo digital, sino, que, exige que preconiza que debe ser un trabajo decente (ARESE, 2021).

En conclusión, el Programa estratégico de la Década Digital para 2030 publicado en 2022, y, muy en particular, la Declaración Europea de Derechos sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, publicada 2023, aunque no sean textos preceptivos (y a pesar de que sean mejorables en punto a su orden y exposición), son dos hitos laborales en estos tiempos digitales (IA): el primero, permite relacionar el trabajo prestado con IA con los derechos humanos, y el segundo, con el trabajo decente; y, ambos conjuntamente, servirán para interpretar y aplicar el futuro Reglamento sobre Inteligencia Artificial que se deberá acordar en la Unión Europea, y sirven —y servirán— de guía a textos homónimos que se adoptan —y adoptarán— en otras organizaciones supraestatales, o en ciertos estados europeos e iberoamericanos (AA. VV, 2023b; BARRIO ANDRÉS, 2023; BENHAMOU, 2022 y, CEPAL 2022)⁸.

8 Ver, la *Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales de 2023*, que con carácter declarativo y no vinculante, promueve la protección de los derechos o el cumplimiento de los deberes en entornos digitales en general, y en las «*empresas*» en

III. Propuesta de reglamento de inteligencia laboral de la Unión Europea: sus aspectos laborales

Este apartado se dedica al estudio de la referida propuesta, y en particular, a comentar su dimensión laboral, a cuyo fin, se glosarán tres cuestiones: el proceso de negociación que ha seguido y sigue la propuesta de Reglamento; el concepto de IA que plantea; y, las situaciones de alto riesgo que provoca tal tecnología.

Valga anticipar tres detalles. Tal propuesta es la primera y única iniciativa supraestatal con visión integral y proyección internacional que existe hasta

particular, colocando, a tales fines, a «*las personas en el centro de la transformación digital*» y procurando una «*Economía digital justa, inclusiva y segura*», y, fomentando las nuevas formas de empleo, una protección social adecuada, el acceso al trabajo, el trabajo digno, la salud, el diálogo social y la participación de los trabajadores en la economía digital, todo ello, sin discriminación de tipo alguno para las personas trabajadoras (Tal Carta fue optada en la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno, en Santo Domingo, República Dominicana, el 25 de marzo de 2023. Texto de consulta en: https://www.segib.org/wp-content/uploads/Carta_iberoamericana_derechos_digitales_ESP_web.pdf).

Tener presente, que, la «Unión Europea-América Latina y el Caribe» —primera asociación digital intercontinental puesta en funcionamiento en marzo de 2023— suscribió el 17 de julio de 2023, la *Declaración conjunta UE-América Latina y el Caribe sobre una Alianza Digital*, texto de carácter programático y declarativo, que establece la Alianza Digital UE/ALC, para facilitar la gobernanza y uso de la tecnología digital, y de la «*inteligencia artificial*», de acuerdo con los derechos humanos y en las libertades fundamentales (Comisión Europea, Bruselas, 17 de julio de 2023, texto de la Declaración conjunta, de consulta en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_23_3892, y, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/07/18/declaration-of-the-eu-celac-summit-2023-17-18-july-2023/>

Se constata, pues, cierto paralelismo entre los avances programáticos y declarativos de ambas regiones —UE/América Latina y el Caribe— en materia de derechos laborales digitales: Tal colaboración en materia de progreso económico, social y laboral, tomando en consideración los avances tecnológicos, es un reto y un compromiso de futuro según acreditan recientes y recentísimos acuerdos que tratan de «*Aunar fuerzas para una transformación digital inclusiva y centrada en el ser humano*», a cuyo fin «*La UE y ALC deben aunar fuerzas para promover su visión de la transformación digital... guiada principalmente por la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (proclamada en 2022, publicada DOUE 2023)... (y) la Agenda Digital ELAC 2024 (aprobada en 2022)...*».

la fecha en la que se termina de redactar estas páginas, dicho sin desconocer ciertas experiencias supraestatales y estatales de distinta condición sobre la misma materia. Es una propuesta de origen europeo (UE), que, de aprobarse, se proyectaría internacionalmente. No cabe duda, que el futuro texto reglamentario sobre la IA, será uno de los documentos básicos para la construcción de la Europa Digital, tal y como predicen voces comunitarias e internacionales autorizadas⁹, al relacionar tal tecnología con «...*los derechos humanos, democracia y estado de derecho...*» y en «...*el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente...*».

3.1. Proceso de negociación de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial

La propuesta de la Comisión Europea (titular de la iniciativa legislativa) presentada en abril de 2021, ha sido objeto de consideración por parte del Consejo de la Unión Europea (colegislador) en diciembre de 2022, y recientemente, el Parlamento Europeo (colegislador) ha expresado su posicionamiento sobre la misma en junio de 2023, avanzando así en una negociación que sigue abierta a fecha de hoy —finales de noviembre de 2023— que se termina de redactar estas páginas, a la espera de nuevos resultados de la negociación, y, en particular, a la espera que se adopte el acuerdo final¹⁰.

9 Consejo de Europa. (2021). Posibles elementos de un marco legal sobre inteligencia artificial, basado en las normas del Consejo de Europa sobre derechos humanos, democracia y estado de derecho, de consulta, en: <https://rm.coe.int/cahai-2021-09rev-elements/1680a6d90d>; OCDE. (2019). Recomendación sobre Inteligencia Artificial, de consulta, en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>; ONU. (2015). Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible. Objetivo DS 8: Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos, de consulta, en: <https://www.un.org/es/chronicle/article/objetivo-8-analisis-del-objetivo-8-relativo-al-trabajo-decente-para-todos>; y, UNESCO. (2021). Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, de consulta https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

10 Todo ello, según el propio sistema de producción normativa de la Unión Europea, resumido en <https://www.hablamosdeeuropa.es/es/Paginas/El-procedimiento-legislativo.aspx>

3.1.1. Propuesta de la Comisión Europea (2021): rango, contenido y objetivos

La Comisión, en ejercicio de su iniciativa legislativa, y tomando en consideración numerosos antecedentes¹¹ (LAZCOZ MORATINOS, 2020; y, GAMERO CASADO, 2021), aprobó con fecha de 21 de abril de 2021, la «*Propuesta de Reglamento del Parlamento 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*»¹².

Tal propuesta de Reglamento, es el texto —provisional— que las restantes instituciones de la Unión Europea intervinientes en la negociación de la misma toman como base para formular sus opiniones y contrapropuestas, hecho que justifica que dicho texto reciba un trato especial en estas páginas.

Desde buen principio conviene tener en cuenta las siguientes precisiones: 1.^a) se trata de una «*propuesta*» (está, pues en fase de discusión, de enmiendas y de posibles cambios), de «*Reglamento*», que, de aprobarse,

11 Ver una relación de antecedentes desde 2018 en la precitada nota de la Comisión Europea sobre *Un enfoque europeo de la inteligencia artificial*, y, entre los mismos, ver, en particular la Resolución, de 20 de octubre de 2020, del Parlamento Europeo (2020/2012(INL)) con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre inteligencia artificial, robótica y tecnologías conexas, que incluye una propuesta legislativa para la tramitación de un Reglamento sobre el uso de dichas tecnologías. Y, entre los antecedentes más próximos post 2020, ver: la aportación de la Comisión Europea (2020) titulada *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*; la Comunicación de la Comisión, de 19 de febrero de 2020, titulada *Configurar el futuro digital de Europa*; y, la Comunicación de la Comisión, de 9 de marzo de 2021, titulada *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital*, ya citada. Y, como texto complementario, ver el Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece el *Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240*.

12 Propuesta de la Comisión Europea de 21.4.2021 [COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD)], 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 {SEC(2021) 167 final} – {SWD(2021) 84 final} – {SWD(2021) 85 final}. Texto de consulta en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

vincularía directa e inmediatamente a toda la Unión Europea (no es, pues una propuesta de «Directiva», cuya aplicación dependería de su transposición en cada estado); 2.^a) Se trata de un futurible Reglamento de la Unión Europea, que se autodenomina «*Ley de Inteligencia Artificial*» (*sic*): tal nominación —«ley»— es polémica, pues no está acuñada en el glosario de las fuentes de la Unión Europea), y, es especialmente polémica políticamente, porque se trataría de una ley europea que se proyectaría internacionalmente; 3.^a) pretende «armonizar» otras fuentes de la Unión Europea en «*materia de inteligencia artificial*», operación de reconocida complejidad técnica; y, 4.^a) la propuesta en cuestión, «modifica» otros actos legislativos de la UE sobre tal materia, que están y seguirán vigentes.

En cuanto a su tono, es un texto reactivo (y, en ciertos casos, prohibitivo) ante los potenciales riesgos de la IA, especialmente ante situaciones de alto riesgo (ÁLVAREZ CUESTA, 2022 y 2023; y, UGT, 2021).

Por su contenido, es un texto novedoso y extenso. Es novedoso, pues trata de una tecnología —la IA— diferente de las anteriores en varios aspectos: la IA «*amplía significativamente el rango de tareas que pueden ser automatizadas más allá de las tareas rutinarias y no cognitivas; la IA es una tecnología de propósito general, lo que significa que casi todos los sectores y ocupaciones se verán afectados; y, la velocidad de desarrollo es sin precedentes*» (OCDE, 2023b). Es extenso tanto su parte introductoria —ilustrativa y didáctica— como su articulado, no es, pues un texto de «mínimos»; y, es un texto que contiene algunos conceptos indeterminados y epígrafes susceptibles de mejora.

E, insistiendo en su contenido, se comprobará que la propuesta de Reglamento contempla varias y variadas referencias laborales, más o menos directas, algunas de las cuales merecerán atención particular (concepto de IA y situaciones de alto riesgo) debido a que ponen de relieve la laboralidad de la IA de manera especial. La propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial no es una norma laboral, en sentido estricto, pero su proyección laboral es de largo alcance y multifacética.

El objetivo mediato de la propuesta de Reglamento es tratar de situar a las personas en el centro del debate sobre la digitalización para protegerlas de los riesgos que provoca la IA, y, a tal fin, diseña un marco jurídico uniforme e integral sobre el desarrollo, la comercialización y la utilización de la inteligencia artificial de conformidad con los valores y derechos de

la Unión, procurando así la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA. Desde una perspectiva más laboral, se constata que la propuesta de Reglamento, plantea medidas para lograr en una «*transición tecnológica socialmente justa*» (MIÑARRO YANINI, 2020), tratando así, de soslayar las referidas situaciones de riesgo en general y de alto riesgo en particular que conlleva la utilización de IA en las empresas (CRUZ VILLALÓN, 2021 y 2022; y, LÓPEZ DE LA FUENTE, 2020).

La propuesta de Reglamento, y toda su negociación posterior, es una operación político-institucional de una envergadura jurídicamente considerable y compleja, que, con acierto, se ha calificado de hito de la política de la Unión Europea (COTINO HUESO, 2021; DE MIGUEL ASENSIO, 2021; GARCÍA GARCÍA, 2022; GRANADOS, 2022; y, MASSENO, 2022). Tal propuesta —y su negociación— ha merecido opiniones institucionales globalmente favorables y valoraciones doctrinales mayormente positivas, dicho sea, todo ello, sin desconocer que presenta ciertas limitaciones, especialmente sobre derechos laborales colectivos o sindicales, que se intentan cubrir (ÁLVAREZ CUESTA, 2022 y 2023).

3.1.2. Orientación general del Consejo de la Unión Europea (2022): marco jurídico horizontal y uniforme, mercado único, y seguridad jurídica

El Consejo, de acuerdo con el procedimiento previsto¹³, presentó, con fecha de 6 de diciembre de 2022, su orientación general sobre la repetida propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de 2021¹⁴.

13 Según Reglamento interno del Consejo de la Unión Europea, de consulta en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/rules-of-procedure-of-the-council-of-the-european-union.html>

14 Consejo de la Unión Europea: Orientación general de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de fecha 6 de diciembre de 2022. Texto de consulta en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT

La versión de 25 de noviembre 2022 de la Orientación general del Consejo, y en particular, su Introducción, presenta un resumen de los cambios que postula el Consejo. Texto de consulta en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>

El Consejo avala que «*La propuesta de Reglamento presentada por la Comisión en abril de 2021 es un elemento clave de la política de la UE encaminada a fomentar el desarrollo y la adopción, en todo el mercado único, de una IA segura y legal que respete los derechos fundamentales*»¹⁵, y preconiza que tal propuesta se aplique en todos los sectores, sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, en particular en materia de «*derechos fundamentales, empleo*»¹⁶. La orientación del Consejo, muestra una preocupación con especial énfasis: la necesidad de concretar la IA ante el amplio avance tecnológico que se produce (no toda tecnología es IA), intentando compaginar «desarrollo» y «mercado» (base más *economicista*) con la seguridad jurídica y los «derechos fundamentales» (base más *social*), razones, que explican que el Consejo restrinja el concepto de IA, suscitando polémicas político-institucionales y doctrinales, todo ello en los términos que se expondrán.

3.1.3. Posicionamiento del Parlamento Europeo: enmiendas aprobadas y acuerdo provisional (2023)

El Parlamento Europeo, de acuerdo con el procedimiento previsto¹⁷ y tomando en consideración los antecedentes debidos¹⁸, y tras el debate

15 Comunicado de prensa 6 de diciembre de 2022 del Consejo de la Unión Europea sobre el *Reglamento de Inteligencia Artificial*, de consulta en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>

16 Orientación general de 6 de diciembre de 2022 *cit.*, punto, 5bis de su introducción.

17 Artículo 58 Reglamento interno del Parlamento Europa, ver en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2023-07-10-RULE-058_ES.html

18 Como trámite previo a la toma de postura por parte del Parlamento Europeo, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, y la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, actuando en comisión conjunta, tras recibir y considerar más de tres mil enmiendas, han presentado un Informe adoptado el 11 de mayo de 2023 (84 votos a favor, 7 en contra y 12 abstenciones) en el que sugieren cambiar aspectos de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Comisión Europea de 2021. Ver: Informe, A9-0188/2023 de la comisión conjunta, recopilando las enmiendas, de consulta, en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188_EN.html; y, European Parliamentary Research Service (2023): *Artificial intelligence act*. BRIEFING Legislation in Progress, PE 698.792 – January 2022, texto de consulta en: <https://www.datocms-assets.com/43475/1686644974-ai-act.pdf>

oportuno, fijó su posicionamiento en su sesión plenaria de 13 junio 2023, y lo aprobó por votación (499 votos a favor, 28 en contra y 93 abstenciones) en la sesión del 14 de junio de 2023¹⁹.

Por lo que aquí interesa, se concreta que tal posicionamiento formula, como un aspecto básico, un nuevo concepto de IA (*ex* enmienda 165), que fue aceptado con discrepancias, y que, presumiblemente, será reconsiderado en las próximas negociaciones (III.2.1.3. B). Además, tal posicionamiento parlamentario, sienta unas «...reglas (que) tienen como objetivo promover la adopción de una IA confiable y centrada en el ser humano y proteger la salud, la seguridad, los derechos fundamentales y la democracia...», a cuyo fin: se considera que los sistemas de IA deben estar supervisados por personas (autonomía de la IA restringida); se limita el ámbito instrumental de aplicación del Reglamento, acogiendo así alguna de las citadas orientaciones del Consejo de la Unión Europea (no todas las tecnologías son IA); se procura que los sistemas IA sean seguros y no discriminatorios; se incrementan las exigencias sobre los llamados modelos generativos de base; y, el Parlamento Europeo se posicionó, prohibiendo nuevas aplicaciones de la IA por el riesgo que comportan (BARRIO ANDRÉS, 2023b y GARCIA QUIÑONES, 2023). Resulta obvio, que en sede parlamentaria se realizan los equilibrios conceptuales oportunos para intentar cohesionar opiniones —intereses— dispares sobre la IA.

De la laboralidad de tales previsiones parlamentarias, dan debida cuenta los actos y las actividades del propio Parlamento, como, por ejemplo, las

19 Ver Acta literal de los debates del martes 13 de junio de 2023, en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2023-06-13-ITM-008_ES.html

Sobre tal sesión de 14 junio 2023, ver textos presentados, los debates, los votos, las explicaciones de votos y los textos adoptados, en el documento (A9-0188/2023) «*Textos adoptados. Miércoles 14 de junio de 2023 —Estrasburgo—, Ley de Inteligencia Artificial. P9_TA (2023)0236 A9-0188/2023. Modificaciones aprobadas/adoptadas 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 sobre inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM 2021, 0206–C9-0146/2021– 2021/0106(COD))*». Texto del documento para consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html Este documento contiene las 771 enmiendas, y el cuadro comparativo entre las propuestas de la Comisión de 2021 y las enmiendas aceptadas en sesión de 14 junio 2023.

siguientes. En primer lugar, se subraya, que uno de los más importantes antecedentes del posicionamiento del Parlamento Europeo —su Resolución de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital²⁰— dedica uno de sus seis apartados monográficos, precisamente, a «La IA y el mercado laboral», afirmando que «*La IA está influyendo cada vez más en el mercado laboral, el lugar de trabajo y el ámbito social, y que los efectos del cambio tecnológico en el trabajo y el empleo son multifacéticos*», conclusión sobre la laboralidad de la IA que se detalla²¹. Y, en segundo término, se recuerda, que no pocas de las enmiendas debatidas en sede parlamentaria durante la negociación, también ponen de relieve que la IA se relaciona con numerosos aspectos laborales (individuales y sindicales) de la IA diseñada en la propuesta de Reglamento²², tal y como de manera

20 Su texto, en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html

21 La Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital, dedica uno de sus seis apartados monográficos a «*La IA y el mercado laboral*», y, tras referirse a «*La IA y la salud*», «*La IA y el Pacto Verde*», y «*La IA y el futuro de la democracia*», formula la siguiente conclusión: «*La IA está influyendo cada vez más en el mercado laboral, el lugar de trabajo y el ámbito social, y que los efectos del cambio tecnológico en el trabajo y el empleo son multifacéticos*». En tal escenario, la Resolución, evidencia una preocupación, por ejemplo, por la «*posible desaparición de determinados sectores de empleo, por la posibilidad de que aumente la desigualdad de renta si la IA favorece las ocupaciones de alta cualificación y sustituye las de baja cualificación*», y por si «*la gestión mediante algoritmos podría crear desequilibrios de poder y opacidad entre la propia gestión y los empleados y opacidad sobre la toma de decisiones*», y, haciendo gala de tal inquietud, también reclama educación, aprendizaje permanente y reciclaje profesional sobre IA. Y, la Resolución, desde otro punto de vista, también estima que cuando se utiliza IA, el «*aprendizaje y la formación necesarios, podría aumentar sustancialmente el capital y la productividad laboral, la innovación, el crecimiento sostenible y la creación de empleo*», muestra confianza en que la IA sustituya algunas tareas repetitivas y peligrosas, que mejore la seguridad en el lugar de trabajo, y que se consiga «*...un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal...*», y, en definitiva, la Resolución confía en que la IA también genere nuevas y mejores oportunidades de trabajo. Posiblemente, el orden de exposición de esta Resolución de 3 de mayo de 2022 no es el mejor posible, pero es un texto que, por activa y por pasiva, coadyuva mucho a dar contenido al perfil laboral de la IA, identificando potenciales problemas y ventajas laborales que conlleva tal tecnología, y señalando los derechos laborales a fortalecer y asegurar en el escenario digital. La Resolución de referencia es una guía y una llamada de atención a todos los que participan en la negociación de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial que se desarrolla en estos momentos.

22 El literal de ciertas enmiendas (aunque algunas se refieran a los Considerandos de la Propuesta de Reglamento) es del siguiente tenor: «*El objetivo del presente Reglamento es promover... una*

especial muestran dos de las aprobadas, cuyo literal conviene transcribir, aunque sea a pie de página²³: obsérvese como tales dos enmiendas — más la número 9 que la 15— ponen de manifiesto: 1.^a) un reiterado interés por clarificar que la IA está «centrada en el ser humano», y que no debe sustituir la autonomía humana; 2.^a) la promoción que hacen de los derechos laborales, incluidos en la Carta de referencia y de los derechos humanos en general; 3.^a) el detallado muestrario ejemplificativo de

inteligencia artificial fiable y centrada en el ser humano y garantizar un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho y del medio ambiente...»; el Reglamento «... complementa y no debe menoscabar los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena», defendiendo «... en particular la información, la consulta y la participación... el derecho o la libertad de huelga... las prácticas... el derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios...»; el Reglamento, «... No debe sustituir a la autonomía humana ni asumir la pérdida de la libertad individual...»; y, «El presente Reglamento no impedirá que los Estados miembros o la Unión mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores...».

Ver enmiendas en Documento «P9_TA(2023)0236, enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023», de consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.pdf

- 23 Texto de la enmienda 9, Considerando 2 quinquies aprobada: «...el presente Reglamento complementa y no debe socavar los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena... no debe afectar al Derecho de la Unión sobre política social ni a la legislación y prácticas laborales nacionales, es decir, a cualquier disposición legal y contractual relativa a las condiciones de empleo, las condiciones de trabajo, incluidas la salud y la seguridad en el trabajo, y la relación entre empresarios y trabajadores, incluida la información, la consulta y participación. El presente Reglamento no debe afectar al ejercicio de los derechos fundamentales...incluido el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones cubiertas por los sistemas específicos de relaciones laborales de los Estados miembros... Tampoco debe afectar las prácticas de concertación, el derecho a negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos o emprender acciones colectivas de conformidad con la legislación y/o la práctica nacional. En cualquier caso, no debe impedir que la Comisión proponga una legislación específica sobre los derechos y libertades de los trabajadores afectados por los sistemas de IA».

Texto de la enmienda 15, Considerando 4 bis aprobada: «Es fundamental que la inteligencia artificial y su marco normativo se desarrollen de acuerdo con los valores de la Unión... los derechos y libertades fundamentales consagrados en los Tratados, la Carta (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y el derecho internacional de los derechos humanos. Como requisito previo, la inteligencia artificial debe ser una tecnología centrada en el ser humano. No debe sustituir la autonomía humana ni suponer la pérdida de la libertad individual...».

materias y derechos laborales («...empleo, las condiciones de trabajo, ...la salud y la seguridad en el trabajo, y ...incluida la información, la consulta y participación...la huelga...» de los trabajadores); y, 4.^a), obsérvese, que las enmiendas ya vaticinan, que la Unión Europea regulará los derechos y libertades de los trabajadores afectados por sistemas de IA desde distintos flancos concretos²⁴, a cuyo fin le interesa avanzar, paralelamente, en la negociación de la propuesta de Reglamento de referencia.

3.2. Consideraciones sobre el estado actual del proceso de negociación: sin prisas, pero sin pausas

El estado actual del debate sobre la propuesta de Reglamento de IA, resulta de las referidas negociaciones protagonizadas hasta la fecha por las tres instituciones de la Unión Europea —el trílogo: Comisión, Consejo, y Parlamento—, y, especialmente, resulta del posicionamiento del Parlamento adoptado en junio de 2023.

El panorama actual permite formular unas consideraciones generales. La utilización de la IA, preocupa al derecho en general, tanto al internacional, regional, como estatal, tanto al público como privado, y tanto a unas ramas jurídicas como a otras (multidisciplinario), incluido el ordenamiento laboral (GARCÍA MEXÍA (dir.), 2022); se constata la importancia del ordenamiento supraestatal e internacional, pues la IA no tienen fronteras, de ninguna clase, ni territoriales ni materiales; se confirma la necesidad de reordenar y reforzar los derechos laborales digitales individuales y colectivos que hasta no hace mucho se consideraban emergentes (VAQUERO GARCÍA, 2021), y, de reconocer nuevos derechos laborales digitales

24 La UE también está negociando en estos momentos una Directiva para proteger los derechos de los trabajadores de plataformas digitales: una experiencia, que sin duda participa del debate sobre el perfil laboral de la IA. El Consejo de la Unión Europea —los ministros de Empleo de la Unión Europea— consiguieron el 12 de junio de 2023 un acuerdo sobre el proyecto de directiva de plataformas, que, en su momento, y siguiendo el procedimiento, negociarán con la Eurocámara —Parlamento Europeo—, con la finalidad, de obtener una ley definitiva sobre tal materia. Todo hace pensar, que la tramitación de este proyecto de directiva —que tampoco se espera sea fácil—, se podría realizar con cierto paralelismo a la negociación de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial.

(desconexión digital, información de los representantes); se comprueba la necesidad de potenciar los derechos fundamentales²⁵ y los derechos humanos (privacidad, intimidad y dignidad, en general) en la ordenación de los derechos digitales, entre otras razones, por la proyección universal de aquellos (GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, 2022, GRIGONE, 2022, y, MEJIAS QUIRÓS, 2022), y, por último, se observa, que la propuesta de Reglamento de IA patrocinada por la Unión Europea, suscita críticas porque su aplicación internacional (extraterritorialidad, *ex art. 2* propuesta de Reglamento de referencia) podría perjudicar la competitividad, una problemática esta, claramente economicista, cuya simple —pero obligada— mención muestra su gran calado. Son todas estas unas inquietudes generales cada vez más sentidas en el mundo del trabajo (BAZ RODRÍGUEZ, J. (dir.), 2021; BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, 2023; FERNÁNDEZ RAMÍREZ, 2022; GINÉS (directora), 2023; MERCADER UGUINA, 2021; MONREAL, THIBAUT y JURADO (coords.), 2020; MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, (coords.), 2023; RIVAS VALLEJO, 2020; SÁEZ LARA, 2020; y, SELMA PENALVA, 2021), que con toda probabilidad serán más con el paso del tiempo (OECD, 2023 y WORLD ECONOMIC FORUM, 2023).

25 A tener presentes las remisiones expresas de la propuesta de Reglamento de IA a los «derechos fundamentales» en general, y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en concreto, reenvíos, que por cierto, listan los derechos laborales más vulnerables en tiempos digitales (por ejemplo: dignidad humana, artículo 1 de la Carta cit.; el respeto de la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal, artículos 7 y 8; y, la no discriminación, art. 21), y, remisiones, que también recuerdan el protagonismo actual de los derechos humanos en estos tiempos digitales.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea data de 2000, proclamada por Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea, está en vigor desde diciembre de 2009. Tiene la misma categoría jurídica que los Tratados, y se aplica en las jurisdicciones de la Unión Europea; y, su contenido laboral es importante. Texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html#new-2-54 Y>, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea postula el respeto de «los derechos de los trabajadores a unas condiciones de trabajo justas y equitativas» (artículo 31), y reclama el derecho a la dignidad humana (artículo 1), el respeto de la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal (artículos 7 y 8), y la no discriminación (artículo 21), derechos estos que son, precisamente, vulnerables en un entorno laboral digital y de la IA.

Y, descendiendo a aspectos laborales concretos, se observa lo siguiente. La propuesta de Reglamento de IA, y su negociación en general, ha reavivado ciertas críticas por parte de corrientes *neoludistas*, a la vez que facilita argumentos para renovar los debates, por ejemplo, sobre la economía y el capitalismo digital, el trabajo digital, las plataformas digitales, el paro tecnológico, la precariedad digital, la formación digital, la discriminación o brecha digital, la huelga digital y el esquirolaje tecnológico (COMISIONES OBRERAS, 2023; OLARTE ENCABO, 2020; y, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA y GARCÍA PIÑEIRO, 2021). Es más, las negociaciones de tal propuesta de Reglamento, ayudan a identificar materias laborales concretas que resultan ser potencialmente vulnerables ante la IA en el ámbito de las relaciones laborales individuales, situándolas, tanto en la fase precontractual (*v. gr.*, AI *versus* selección del personal), como durante todo el ciclo vital de la fase contractual (*v. gr.*, AI *versus*: fijación de jornadas y horarios, elección de quienes recibirán formación de la que dependen ascensos de categoría, y, la elección de los trabajadores a despedir); de la misma manera, que las identifica en el ámbito de las relaciones colectivas o sindicales (por ejemplo, sindicalismo 4.0, y sindicalismo digital: y, concretamente, participación, negociación colectiva e información en materia de AI, y, huelga digital y esquirolaje tecnológico) (MIGUÉLEZ, y ALÓS, 2022; PÉREZ AMORÓS, 2023b; SÁNCHEZ GIRÓN-MARTÍNEZ, 2021, y, UNI Global Union, 2022/2023), pues, cuando la propuesta de Reglamento, postula el uso transparente y la neutralidad tecnológica de la IA por parte de sus usuarios, no resulta difícil argumentar que está auspiciando los referidos derechos de participación, negociación colectiva e información de los trabajadores en dicha materia (FERNÁNDEZ VILLARINO, 2021 y UNI Global Unión, 2022/2023). Si la gobernanza de la empresa actual utiliza algoritmos (IA), no cabe duda, que la gobernanza de los algoritmos (IA) interesa a los derechos de participación, negociación e información de los trabajadores y de los sindicatos.

El proceso de negociación de la propuesta de Reglamento de IA de referencia, contemplado en todo su recorrido, permite concluir que avanza sin prisas, pero sin pausas, de la misma manera que permite advertir que la dimensión laboral de la IA cada vez resulta más visible: aquí y ahora conviene repetir que «*La IA está influyendo cada vez más en el mercado*

laboral, el lugar de trabajo y el ámbito social, y que los efectos del cambio tecnológico en el trabajo y el empleo son multifacéticos» (Resolución del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital, *cit.*), y conviene reivindicar una vez más las «*Condiciones de trabajo justas y equitativas en el entorno digital*» (Declaración conjunta del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea «Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital», 2023, *cit.*).

Y, el referido posicionamiento parlamentario sobre la propuesta de Reglamento adoptado en junio de 2023, visto en concreto, se puede considerar como el cierre de una etapa de las conversaciones interinstitucionales, a la vez que se considera el inicio de otra, iniciada sin prácticamente solución de continuidad: el «*Parlamento Europeo ha (re) iniciado de inmediato las conversaciones interinstitucionales debidas*»²⁶, con la finalidad de alcanzar un acuerdo final (BARRIO ANDRÉS, 2023b).

3.2.1. La negociación interinstitucional sobre la IA sigue abierta para el logro un acuerdo provisional que de paso al definitivo

Dichas nuevas negociaciones sobre la repetida propuesta de Reglamento IA, que todavía siguen su curso cuando se terminan de redactar estas páginas a finales de noviembre de 2023, persiguen un nuevo acuerdo provisional (previsto para diciembre 2023), que, en su caso, se sometería de nuevo al Parlamento Europeo y al Consejo Unión Europea (colegisladores) para que adoptaran el acuerdo final (previsto para el primer trimestre de 2024) sobre el Reglamento —Ley— de Inteligencia Artificial, cuya entrada en vigor se produciría transcurridos los veinte días de rigor, aunque, previsiblemente, su aplicación se postergaría, parcial o totalmente, un tiempo, según prevea el período transitorio —*vacatio legis*— que se establezca en el mismo, dicho sea todo ello, de acuerdo con las previsiones actuales.

26 Noticias del Parlamento Europeo, 14-6-23, consulta, en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20230609IPR96212/la-eurocamara-lista-para-negociar-la-primer-a-le-y-sobre-inteligencia-artificial>

Complejo y algo lento resulta ser el proceso de negociación de la primera norma internacional reguladora de la IA: aunque la Unión Europea haya reconocido que la aplicación de nuevas tecnologías (IA) avanza con más rapidez en otras regiones, ha seguido y sigue debatiendo, sin prisas, aunque sin pausas, sobre la regulación de la IA.

3.2.2. Concepto de la IA. Especial referencia de la subordinación tecnológica

El término «inteligencia artificial» (IA), utilizado por primera vez por el informático John McCarthy en la conferencia de Darmouth de 1956, es uno de los más manejados en la actualidad²⁷, quizás, porque, hoy día, prácticamente, está presente en casi todos los ámbitos de la vida (AA. VV., 2023a y RUÍZ GUEVARA, 2023), y no menos lo está en el laboral (BAIOCCO, FERNÁNDEZ-MACÍAS, RANI, PESOLE, 2022, y, WEIDENSLAUFER, y ROBERTS, 2023), pocas instituciones categorías jurídicolaborales escapan a la influencia de la IA (TRILLO PÁRRAGA, 2023), y, hasta las categorías jurídicolaborales más básicas, cambian en tiempos digitales (CAIRÓS BARRETO, 2021).

Si se acepta que el concepto general de IA no es fácil de consensuar (SAMOILI, y otros, 2020), y, si además se conviene que su configuración difícilmente se puede cerrar sin tener en cuenta los factores trabajo y empleo, se puede plantear, que todas las definiciones de tal tecnología que se han barajado y barajan durante la negociación de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial están impregnadas, de una u otra forma, de cuestiones laborales, razón que explica este epígrafe: trabajo y tecnologías han sido y son compañeros de viaje, tal y como se ha adelantado en la introducción de estas páginas. Se omite —por conocidos— los datos sobre la elevada interacción entre la IA y los puestos de trabajo (creados, destruidos y afectados), no obstante se recuerda que, resulta pacífico plantear que el ámbito laboral es uno de los principales campos de aplicación de la IA, dicho sea en presente y en futuro.

²⁷ Ocupa el número 9 en el ranking de 2022, *ex* FundeuRAE, ver: <https://www.fundeu.es/recomendacion/inteligencia-artificial-es-la-expresion-del-2022-para-la-fundeurae/>

Entre los referentes conceptuales de la IA contemplada desde una óptica laboral, uno merece cita particular: su incidencia en el reparto de poderes en la empresa, en general, y en la subordinación laboral, en particular.

A. Antecedentes conceptuales próximos

La Comunicación de la Comisión Europea sobre la IA «*Inteligencia artificial para Europa*» de 25 de abril de 2018, caracteriza la IA en los siguientes términos:

«El término ‘inteligencia artificial’ (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos»²⁸.

Y, un grupo de expertos designado por la Comisión Europea, ilustró la anterior definición con los siguientes pormenores:

«Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y en su caso también de hardware) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno a través de la adquisición de datos, interpretan los datos estructurados o no estructurados recogidos, razonan sobre el conocimiento, o procesan la información derivada de estos datos y deciden la(s) mejor(es) acción(es) que se debe(n) llevar a cabo para alcanzar el objetivo dado. Los sistemas de IA pueden utilizar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando cómo el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores»²⁹.

Estos antecedentes sirven de *excusa* para introducir aquí unas observaciones y unas preguntas dialécticas que, desde el principio del debate, den visibilidad al factor trabajo en el debate sobre la IA.

28 Comunicación de la Comisión Europea: *inteligencia artificial para Europa* [COM (2018) 237 final], Bruselas, 25.4.2018, de consulta en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>

29 Ver página 6, punto 4 de «High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines. European Commission (Document made public on 18 December 2018)», de consulta en: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf

Ante las afirmaciones, que «*el comportamiento inteligente*» (ex Comisión Europea) de los sistemas IA «*diseñados por seres humanos*» se debe a que «*razonan*» y «*deciden*» (ex grupo de expertos) para alcanzar un «*objetivo*», pero no un objetivo cualquiera, sino un «*objetivo dado*», surgen muchas preguntas retóricas: ¿quién y cómo (pre) fija el objetivo?, ¿el propio sistema?, o bien ¿«*los seres humanos*» que diseñan el sistema?, y, ¿de qué y quién se predica «*el cierto grado de autonomía*»? ¿de la fijación del objetivo? o ¿del comportamiento inteligente del sistema? En todo caso, lo que aquí realmente interesa es situar tales interrogantes en el ámbito laboral para identificar las personas que auspician y protagonizan dichos hechos o realizan tales operaciones: es ¿el empresariado? y/o ¿las personas que trabajan?, y en qué grado lo hacen: ¿quién decide lo sustancial? y ¿quién en lo accidental? El propio grupo de expertos – a mayor abundamiento – apunta: «*Tenga en cuenta que el término “decisión” debe considerarse ampliamente, como cualquier acto de selección de la acción a tomar, y no significa necesariamente que los sistemas de IA sean completamente autónomos. Una decisión también puede ser la selección de una recomendación proporcionada a un ser humano, quien tomará la decisión*»³⁰.

Salta a la vista, que dichas consideraciones y tales preguntas recurrentes —tratando del reparto de poder entre empresario y trabajadores en el seno de las empresas— pretenden advertir que tales antecedentes del tema debatido, ya ponen de relieve la relación que existe entre la IA, y, la ajenidad laboral y la subordinación laboral, *laboralizando* así a dicha tecnología (III. 2.5).

B. Concepto de IA presentado por la Comisión Europea: una primera acepción amplia

La Comisión, ejerciendo su capacidad de iniciativa, brinda una definición de IA el 21 de abril de 2021, del siguiente tenor:

«...por “Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA)” se entenderá... *el software que se desarrolla empleando una o varias de las ...que se desarrolla*

30 Apartado 1 —«AI system»—, punto 2, 2.º párrafo, pág. 3 ab initio, del documento «High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: A definition of AI: Main capabilities and scientific discipline. European Commission...» cit.

empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúa»³¹.

Tal remisión al Anexo I³², amplía el concepto de AI desde un punto de vista instrumental, pues incluye más tecnologías en el sistema de IA. Ya se anticipa, que tal Anexo se suprimirá durante la negociación de la propuesta de Reglamento, restringiendo así el concepto de IA, en los términos que se expondrán.

El hecho que la configuración de la IA transcrita, sea la que los negociadores de la propuesta de Reglamento toman como referencia para exponer sus propuestas o presentar sus enmiendas, aconseja valorarla así: 1.^a) la IA es una categoría general, operativa en cualquier entorno digital (también empresarial o laboral), que se define con aspiraciones de universalidad y perdurabilidad, aunque sea recociendo su volatilidad ante los avances tecnológicos que se producen; 2.^a) la IA, por definición, encierra un riesgo potencial: podría utilizarse de forma sesgada contrariando la neutralidad tecnológica; 3.^a) es «*artificial*» en el sentido, que opera al dictado de la tecnología, aunque lo hace de manera condicionada, por ejemplo, por objetivos prefijados —«*definidos*»— en parte, por la voluntad humana —«*por seres humanos*»—; 4.^a) la IA es una técnica compleja («*sistema*»: «*técnicas y estrategias*»), que puede instrumentalizarse de distintas formas (dispositivos de hardware y programas informáticos); y, 5.^a) la IA, también se define —y este es un referente básico³³— porque entre sus

31 Según art. 3 (y concordantes) de la repetida propuesta de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial de 21.4.2021, *cit.* Recordar que dicho texto se puede consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

32 Enumera una serie de técnicas y estrategias, bajo la rúbrica «*Técnicas y estrategias de Inteligencia Artificial*», ver texto Anexo I, en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

33 La propia Unión Europea, ya había resaltado que uno de los referentes de la «*definición de inteligencia artificial*» es la habilidad de razonar y decidir que se predica de la misma, en: Noticias del Parlamento Europeo: «*Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa*»: «*La inteligencia artificial es la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear... La máquina recibe datos...los procesa y responde a ellos... Los sistemas de IA*

habilidades se incluye la de predecir, recomendar y decidir en un entorno determinado (como podría ser el entorno digital de las empresas).

Y, si tal concepto se observa con la mirada fijada en el mundo del trabajo y de la empresa (entorno digital), se puede plantear que la utilización de IA no afecta la ajenidad laboral, en cambio, sí que lo hace en la dependencia laboral (dependencia laboral *versus* dependencia tecnológica), cuestión que aquí solo se puntea (III.2.5).

C. Concepto de IA presentado por el Consejo de la Unión Europea: restringido en favor de la seguridad jurídica y flexible para incorporar los avances tecnológicos

El Consejo, en su referido posicionamiento común (orientación general o propuesta transaccional) de diciembre de 2022, define la IA, así:

«Artículo 3.— Definiciones.— A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: “sistema de inteligencia artificial” o “sistema de IA”: un sistema concebido para funcionar con elementos de autonomía que, a partir de datos e información generados por máquinas o por seres humanos, infiere la manera de alcanzar una serie de objetivos, utilizando para ello estrategias de aprendizaje automático o estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, y produce información de salida generada por el sistema, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativa), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en los entornos con los que interactúa el sistema de IA;...» (art. 3.1)³⁴.

son capaces de adaptar su comportamiento... analizar los efectos de acciones previas y de trabajar de manera autónoma». Texto consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa> (Última actualización: 26-03-2021).

34 Consejo de la Unión Europea: Orientación general (6 de diciembre de 2022) de la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión», pág. 71. Texto de consulta en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT

En la «I. Introducción» de tal orientación general del Consejo, ya se apunta que: «Para garantizar que la definición de los sistemas de IA proporcione criterios suficientemente claros para distinguirlos de otros sistemas de software más clásicos, el texto transaccional restringe la definición del artículo 3, apartado 1, a los sistemas desarrollados a través de estrategias de aprendizaje automático y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento».

El concepto del Consejo de 2022, suprime la remisión al Anexo I (que constaba en la citada propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea 2021), pasando parte —solo parte— del mismo al cuerpo de texto, de lo que resulta que, el concepto de IA: es más restringido en el sentido que solo incluye los sistemas desarrollados a través de estrategias de aprendizaje automático y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento (así pues, no toda tecnología es IA), pretendiendo así garantizar la seguridad jurídica; a la vez que es un concepto más flexible con la finalidad de poder incorporar algunos de los avances tecnológicos que surjan³⁵.

En cambio, el Consejo de la Unión Europea (2022), al referirse a la funcionalidad de la IA, lo hace en términos similares a los de la Comisión Europea (2021), manteniendo así que se trata de una técnica que opera

35 Según punto 6 de la parte introductoria de la Orientación general (diciembre de 2022) citada: «Resulta necesario definir con claridad la noción de sistema de IA para ofrecer seguridad jurídica, al mismo tiempo que se proporciona la flexibilidad necesaria para adaptarse a los futuros avances tecnológicos. Dicha definición debe basarse en las principales características funcionales de la inteligencia artificial, como su capacidad de aprendizaje, de razonamiento o de modelización, diferenciándola de otros sistemas de software y planteamientos de programación más sencillos. En particular, a los efectos del presente Reglamento, los sistemas de IA deben tener la capacidad de inferir, a partir de datos e información generados por máquinas o por seres humanos, la manera de alcanzar una serie de objetivos definidos por seres humanos, utilizando para ello estrategias de aprendizaje automático o estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, y de generar información de salida, como contenidos para sistemas de inteligencia artificial generativa (por ejemplo, texto, vídeo o imágenes), predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en el entorno con el que interactúa el sistema, ya sea en una dimensión física o digital. Los sistemas que utilizan reglas definidas únicamente por personas físicas para ejecutar operaciones de manera automática no deben considerarse sistemas de IA. Los sistemas de IA pueden diseñarse para operar con distintos niveles de autonomía y utilizarse de manera independiente o como componentes de un producto, con independencia de si el sistema forma parte físicamente de él (integrado) o tiene una funcionalidad en el producto sin formar parte de él (no integrado). El concepto de la autonomía de un sistema de IA se refiere a la medida en la que dicho sistema puede funcionar sin intervención humana».

A mayor detalle, se apunta que en la citada versión de la Orientación general del Consejo de 25 noviembre de 2022, y concretamente en su «I. Introducción, IV.1.1» se apunta que *«Para garantizar que la definición de los sistemas de IA proporcione criterios suficientemente claros para distinguirlos de otros sistemas de software más clásicos, el texto transaccional restringe la definición del artículo 3, apartado 1, a los sistemas desarrollados a través de estrategias de aprendizaje automático y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento».*

con una cierta autonomía (puede funcionar en parte sin intervención humana), y que es una tecnología que repercute —limitadamente— en el entorno con el que interactúa³⁶, es decir, que si opera en el entorno empresarial, incide, limitadamente, en las decisiones del empresario (poder empresarial: organización, administración o gestión, y control) y en las actividades del personal (dependencia laboral *versus* dependencia tecnológica), pudiendo —potencialmente— provocar, según se utilice, discriminaciones laborales que contraríen la neutralidad tecnológica³⁷.

A todo ello, se puede añadir que el concepto del Consejo sobre la IA es distinto del presentado por la Comisión en 2021 (III.1.1), y se puede anticipar que también es distinto del que adoptará el Parlamento Europeo en una primera ocasión (junio 2023) (III.1.3). A mayor abundamiento y, a efectos discursivos, se comenta que la opción conceptual del Consejo sobre la IA, quizás, guarda más parecido con la definición de IA propuesta por la OCDE que apunta que es «*sistema basado en la máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo entornos reales o virtuales, sobre ciertos objetivos definidos por los humanos*» (OCDE, 2019 y 2021) que con la del Parlamento Europeo (III.1.3).

Ni que decir tiene, que señalar las discrepancias conceptuales sobre IA entre instituciones y/u organizaciones, y, en particular, entre el Consejo de la Unión Europea (colegislador: ministros de los gobiernos de cada país y se encarga de representar a los Gobiernos de los Estados miembros) y el Parlamento Europeo (colegislador: representa directamente a los ciudadanos de la Unión Europea, que eligen a los europarlamentarios por sufragio universal directo) pretende poner de relieve la dificultad de cohesión la innovación y el desarrollo (con

36 Punto 6 de la Orientación general (6 de diciembre de 2022) de la «*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo...*», *cit.*, de consulta en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT

37 Ver, FRA (Agencia Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2021): *Construir correctamente el futuro. La inteligencia artificial y los Derechos Fundamentales*. Resumen. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2021, de consulta en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2022-bias-in-algorithms_en.pdf; y, FRA (2022): *Bias in Algorithms. Artificial Intelligence and Discrimination (Report)*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022, de consulta en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2022/bias-algorithm>

intereses más economicistas) con los derechos de los ciudadanos (con intereses más sociales); discrepancias, coincidencias y equilibrio de intereses, que animan el debate sobre la ordenación de la IA al mostrar el sentido del mismo con toda su amplitud, y, que generan expectativas de futuro sobre cuál será el planteamiento conceptual del texto final del Reglamento de Inteligencia Artificial que adoptarán por el Parlamento Europeo y el Consejo: ¿será el más economicista, o será el más social?, unos interrogantes, que, en el fondo, siempre han sobrevolado y sobrevuelan la Unión Europea, pues, como es sabido, tiempo ha, ya se debatió sobre ¿Europa de los mercaderes o Europa social?

D. Concepto y posición negociadora del Parlamento Europeo.

Sesiones plenarias del 13-14 de junio de 2023

Notas previas al plenario de 13-14 junio de 2023.

Se comentan dos temas contextuales sobre la cuestión conceptual para clarificar la actualidad sobre la laboralidad de la IA.

En primer lugar, se trae a colación la ya mencionada Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital, que caracteriza dicha tecnología en los siguientes términos:

«(La)... AI se basa en programas informáticos que utilizan modelos probabilísticos y algoritmos predictivos para un conjunto de objetivos específicos; ...el término IA es un término genérico que abarca una amplia gama de tecnologías, técnicas y enfoques antiguos y nuevos que se entiende mejor bajo la denominación de “sistemas de inteligencia artificial”, que se refiere a cualesquiera sistemas automatizados que a menudo apenas tienen nada más en común que estar guiados por un conjunto dado de objetivos definidos por el ser humano, con distintos grados de autonomía en sus acciones, e intervenir en predicciones, recomendaciones o tomas de decisiones basadas en los datos disponibles;...» (Resolución *cit.*, epígrafe 2.12)³⁸.

³⁸ Resolución [2020/2266(INI), aprobada en el Parlamento, por amplia mayoría: 495 a favor, 34 en contra, 102 abstenciones; que ofrece un completo listado de los antecedentes de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Texto de la Resolución, de consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html

Y, en segundo término, y en el mismo sentido de configurar y *laboralizar* la IA, se apunta que la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (ambas comisiones del Parlamento Europeo) presentan e informan conjuntamente la siguiente definición de la IA en mayo de 2023:

«... Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA): 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»³⁹.

Ambos antecedentes, fechados en distintos momentos de la negociación la propuesta de Reglamento de referencia, coinciden en destacar ciertos aspectos de la IA: la presentan con amplitud instrumental incluyendo en la misma un haz de técnicas muy completo; se caracteriza por tener habilidad para codecidir, de acuerdo con unos objetivos que están prefijados por una voluntad humana (autonomía limitada); y, su proyección laboral es fácil de advertir, tal y como se ha documentado⁴⁰. Y, los dos antecedentes, como era de esperar, tuvieron buena acogida en el Parlamento Europeo durante sus debates sobre la propuesta de Reglamento IA.

39 Enmienda 165 a la Propuesta de Reglamento, artículo 3 —párrafo 1— punto 1, en Informe A9-0188/2023 de 22 mayo 2023. Texto Informe, de consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188_ES.html

40 Ver también: el «Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital» de la Comisión Especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital, aprobado el 22 de marzo 2022 (ver epígrafe 2.12), y cuyo texto [2020/2266(INI)], es de consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0088_ES.html ,y, https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/246872/A9-0088_2022_EN.pdf; ; y, recordar que la propuesta 35.3 de la Conferencia de sobre el Futuro de Europa (mayo 2022), trata de «...garantizar el control humano sobre Proceso de toma de decisiones, ... asegurar la transparencia de algoritmos utilizados... (e)... informar y consultar a los trabajadores antes de la introducción de las tecnologías digitales que afectan trabajo...» (Consejo de la Unión Europea, Secretaría General del Consejo, Conference on the Future of Europe: report on the final outcome: May 2022, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2023, <https://data.europa.eu/doi/10.2861/607246>).

Plenario de 13-14 junio de 2023. Nueva definición de IA

En tal sesión, al hilo de los antecedentes en general, y del parecer de las comisiones parlamentarias referidas en particular, se acogió por votación una enmienda (la número 165) que define la IA en los siguientes términos:

«... «sistema de inteligencia artificial» (sistema AI) significa un sistema basado en una máquina que está diseñado para operar con diferentes niveles de autonomía y que puede, para objetivos explícitos o implícitos, generar resultados tales como predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyan en entornos físicos o virtuales; ...»⁴¹.

De este concepto de IA del Parlamento Europeo (*ex* enmienda 165), destacan tres aspectos: 1.º) instrumentalmente, aún continúa siendo generoso, pero ya no tanto, pues no incluye tantas técnicas como en algunas definiciones anteriores, aceptando así algunas restricciones propuestas por el Consejo de la Unión Europea (III.1.22); 2.º) operativamente, la definición, trata de mostrar una IA tecnológicamente neutra capaz de soslayar tratos distintos indebidos; y, 3.º) funcionalmente, se atribuye a la IA una capacidad limitada para efectuar «predicciones... recomendaciones», y, para adoptar «decisiones» compartidas («... que influyan») en un entorno determinado «físico o virtual».

Tales consideraciones conceptuales tienen un trasfondo laboral, especialmente la tercera, pues, permite avanzar en la exposición deduciendo que la IA incide en el poder empresarial (afecta a algunas de

⁴¹ Como se ha anticipado, sobre los textos presentados para discusión, los debates, los votos, las explicaciones de votos y los textos adoptados en tal sesión de 14 junio 2023, ver el documento (A9-0188/2023) «Textos adoptados. Miércoles 14 de junio de 2023—Estrasburgo-, Ley de Inteligencia Artificial. P9_TA (2023)0236 A9-0188/2023. Modificaciones aprobadas/adoptadas 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 sobre inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021) 0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)». Texto del documento de consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html

Este documento contiene las 771 enmiendas, y el cuadro comparativo entre las propuestas de la Comisión de 2021 y las enmiendas aceptadas en sesión de 14 junio 2023. Y, concretamente, es la enmienda 165, afectando, al art. 3.1 de la propuesta, la que recoge las dos definiciones, la originaria de la Comisión de 2021, y la propuesta en la enmienda de referencia.

las decisiones empresariales de organización, administración o gestión, y control), e influye en los *quehaceres* del personal laboral (subordinación digital), y, consiguientemente, se puede avanzar que tal IA, influye en varias instituciones, categorías y derechos laborales concretos.

Sobre tal concepto del Parlamento, interesa insistir en algunas cuestiones. Es muy significativo e ilustrativo, que se trate de concepto distinto, en parte, del presentado por la Comisión Europea (2021, transcrito *supra* III, 1.1), como que lo sea del avalado por el Consejo de la Unión Europea (2022, transcrito *supra* III, 1.2), pues tales diferencias muestran la contradicción de intereses, económicos y sociales, que conlleva el tema debatido. Y, es un concepto adoptado en sede parlamentaria, no por unanimidad, sino con discrepancias, que se intentan superar en las negociaciones en curso.

E. Concepto de IA y subordinación tecnológica

Al comentar las negociaciones interinstitucionales (Unión Europea) sobre la propuesta de Reglamento de referencia y sobre el concepto de IA en particular, se ha verificado que la misma tiene un perfil laboral marcado, y además, se ha puntuado que una de sus notas conceptuales, es su interacción con la subordinación laboral (AA. VV., 2022, ÁLVAREZ CUESTA, 2022, y, RIVAS VALLEJO (dir.), 2022); aquí y ahora, se detallará tal correspondencia, no sin antes acentuar que no se trata de una concomitancia cualquiera, sino que es altamente significativa para tratar de los aspectos laborales de la IA.

La IA no afecta, esencialmente, a la ajenidad laboral, pues la IA (como los restantes medios de producción) es propiedad —usufructo o similar— del empresario, quien se beneficia de todas las prerrogativas derivadas de tal titularidad (poder de administración, organización, control y disciplinario del empresario). En cambio, y comprobado que la IA «razona y decide» con cierta autonomía en el entorno empresarial, debe concluirse que tal tecnología (re)convierte la clásica subordinación laboral del trabajador en una subordinación digital, un cambio que, si bien es cierto que flexibiliza tal dependencia, también lo es que la mantiene (sigue siendo una dependencia: personal, profesional y económica), si no es que la aumenta en ocasiones, modificando así las relaciones asimétricas —de poder—

entre empresario y trabajadores (AZEVEDO, 2020) de tal manera que resulta necesario replantearse los derechos laborales digitales para reequilibrar la situación desequilibrada por la IA, especialmente en los casos de alto riesgo comentados, *desiderátum* que no satisface plenamente la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, pues, parece dejar demasiadas cuestiones en manos de los estados y/o del diálogo social y/o negociación colectiva sindicales (CRUZ VILLALÓN, 2022).

Este panorama sobre la subordinación digital se puede ejemplificar con un caso actualísimo. El fracaso que ha sufrido el intento de (des)laboralizar ciertos trabajos (*v. gr., riders*) aduciendo que las plataformas digitales (IA) desdibujan la dependencia laboral, lleva implícito el castigo: judicialmente se ha reconocido —generalmente— la laboralidad de tales trabajadores, argumentado que siendo cierto que la subordinación de dichos trabajadores se ha flexibilizado con el uso de plataformas digitales I(IA), lo es más, que no ha desaparecido, sino que solo se ha transformado (dependencia digital) (BAYLOS, 2021), planteamiento que ya se ha recogido en varias legislaciones estatales. Con el actual debate que suscita el proyecto de Reglamento de Inteligencia artificial, se reconoce la razón —y larga vida— de aquellas conocidas opiniones que han mantenido que la ajenidad es el criterio definitorio del mercado de trabajo (trabajo por cuenta ajena), entre otras razones, porque mientras las relaciones de producción se basen en la ajenidad (trabajo por cuenta ajena), la subordinación y dependencia laboral (trabajo subordinado) seguirá presente, que sea de una u otra forma, es accidental.

Aceptado que el origen de la laboralidad de la IA responde a una razón de tan alto nivel, como lo es la dependencia laboral o digital, se puede avanzar en el discurso añadiendo que tal tecnología influye en varias instituciones y categorías laborales, tanto individuales como sindicales, tal y como se ha ejemplificado *supra* con citas de la propia propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial: es así, que la laboralidad de la IA responde a una razón originaria de tan alto nivel, que, consiguientemente, su proyección en el empleo y en el trabajo es, manifiestamente, es amplia y dialéctica. El perfil laboral de la IA, así explicado, suscita opiniones dialécticas, tales como: «*La inteligencia artificial no te robará tu trabajo, sino tu salario*» (TODOLÍ SIGNES, 2022); y, tal perfil laboral de la IA, explica que la defensa letrada de un acusado, en un acto de juicio sobre «la

responsabilidad en inteligencia artificial», clamó en estrados: «*Su señoría, mi cliente robot se declara inocente*» (LAÍN MOYANO, 2021).

3.2.3. Sistemas de IA de alto riesgo: alta laboralidad de la IA

Las referencias de la propuesta de Reglamento a las situaciones de alto riesgo que puede provocar la IA, confirman el marcado perfil laboral de tal tecnología, en los siguientes términos⁴².

*«Los sistemas de IA de alto riesgo con arreglo al artículo 6, apartado 2, son los sistemas de IA mencionados en cualquiera de los ámbitos siguientes: "...4) Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo: a) sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas; b) IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones"».*⁴³

Se trata de una dimensión laboral de la IA muy considerable, tal y como resulta de combinar dos referentes: el material (materias laborales implicadas), y el protector (derechos y garantías laborales previstas).

A. Dimensión laboral material de tales situaciones de alto riesgo

Tales situaciones se producen cuando la utilización de IA en el trabajo afecta a cuestiones laborales, tales como, el «*Empleo*», la «*gestión de los trabajadores*» y el «*acceso al autoempleo*», expresiones amplias, que se ejemplifican —listado abierto—, con la cita de materias laborales concretas, tales como: la «*contratación*» y a la «*selección*» de personas

42 Ver art. 6.2, de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial presentada por la Comisión Europea en 2021, *cit*, en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

Dicho art. 6.2, *cit*, recibió una enmienda (enmienda 234); y, para comparar versión enmendada y la enmienda, ver: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html

43 Según Anexo III («*Sistemas de IA de alto riesgo a que se refiera el artículo 6 apartado 2*») de la repetida propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial.

para cubrir vacantes, previas operaciones dirigidas a «...clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas»; la «promoción», la «asignación de tareas», y la «evaluación del rendimiento»; la vigilancia de la «conducta de las personas en el marco de dichas relaciones» laborales; y, por último, la «resolución de relaciones contractuales de índole laboral».

A al amparo de tal listado de materias, se conviene que la laboralidad de la IA en situaciones de alto riesgo es especialmente relevante, dicho sea, con las siguientes precisiones. El listado de aspectos laborales afectados abarca aspectos precontractuales (empleo), y aspectos contractuales en casi todos de cada una de las tres fases —entrada, paso y salida— del ciclo vital de la relación laboral individual; mientras que, contrariamente, no constan referencias a materias laborales colectivas o sindicales⁴⁴. Para confeccionar el referido listado de materias o aspectos laborales afectadas, también ha tomado en consideración sentencias y críticas o denuncias de supuestos reales de uso indebido de IA en el mundo del trabajo, fuentes y hechos que aportan datos para el debate desde distintas ópticas.

Sea cual sea la suerte de dichos sistemas de IA de alto riesgo al final de la negociación de la propuesta de Reglamento de referencia, y la de las enmiendas que han recibido⁴⁵, ya se advierte que las personas que

44 El Considerando 36 de la propuesta de Reglamento (versión 2021), apunta_ que «También deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en el empleo...sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral...», dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales...»; observaciones, que el Considerando particulariza en el caso de las personas que prestan servicios a través de plataformas de trabajadores, y que damos por reproducidas aquí.

Tal Considerando 36, ha sido enmendado, puntualmente, por la enmienda 66, pero por lo que interesa aquí, valen las observaciones formuladas sobre la versión original transcrita. A recordar que, las enmiendas, son de consulta en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html

45 Estas previsiones, están afectadas por ciertas enmiendas, que presentan la situación, en los términos siguientes: «Los sistemas de IA de alto riesgo... son los sistemas de IA mencionados en cualquiera de los ámbitos siguientes ... a) los sistemas de inteligencia artificial destinados a ser utilizados para la contratación o selección de personas físicas, en particular para colocar anuncios de empleo específicos, filtrar o filtrar solicitudes, evaluar

trabajan en tales situaciones pueden ser especialmente vulnerables, en el momento de su contratación, de su prestación del trabajo, y, en el de la extinción de su contrato.

B. Dimensión laboral protectora de tales situaciones de alto riesgo

Si el Derecho del Trabajo, en situaciones ordinarias, ya se sitúa «ante» la IA en estado de prevención, cuando trata de atender a personas especialmente vulnerables por dichas razones laborales, actúa con preocupación y atención renovada (ÁLVAREZ GARCÍA y TAHIRÍ MORENO, 2023).

Es así, que, en la propuesta de Reglamento, se contemplan medidas preventivas y correctoras ante tales situaciones. Por ejemplo, se propone que para usar sistemas de IA: a) se utilicen datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplan criterios de calidad (art. 10, «*Datos y gobernanza de datos*», de la Propuesta de Reglamento); b) se acompañe de una documentación técnica (art. 11, «*Documentación técnica*», *idem*); c) se permita registrar automáticamente eventos mientras estén en funcionamiento (art. 12, «*Registros*», *idem*); d) que se trate de una puesta en práctica que garantice un nivel de transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y usen correctamente su información de salida (art. 13, «*Transparencia y comunicación de información a los usuarios*», *idem*); e) que se pueda vigilar de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, a los efectos de prevenir o reducir al mínimo

candidatos en el curso de entrevistas o pruebas» [Enmienda 719]; y, «(b) Los sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten el inicio, la promoción y la terminación de relaciones contractuales relacionadas con el trabajo o para influir materialmente en ellas, la asignación de tareas en función del comportamiento individual o los rasgos o características personales, o para monitorear y evaluar el desempeño y el comportamiento de personas en tales relaciones» [Enmienda 720].

Enmiendas 719 y 720, de consulta en «Documento (A9-0188/2023): Textos adoptados. Miércoles 14 de junio de 2023–Estrasburgo-, Ley de Inteligencia Artificial. P9_TA (2023)0236 A9-0188/2023. Modificaciones aprobadas/adoptadas 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 sobre inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021) 0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD)», *cit.*, de consulta, en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html

los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos (art. 14, «*Vigilancia humana*», *idem*); y, f) se exige que los sistemas de IA se desarrollen de modo que alcancen un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad y funcionen de manera consistente en esos sentidos durante todo su ciclo de vida (art. 15, «*Precisión, solidez y ciberseguridad*», *idem*).

Estos requisitos o estas exigencias («*datos de calidad*», «*documentación técnica*» adjunta, «*transparencia*» y «*vigilancia humana*», *v. gr.*), confirman y coadyuvan a concretar el perfil laboral de la IA desde un punto de vista propio, dan respuesta, por ejemplo, al interrogante sobre quién ordena y vigila a los algoritmos y a la AI en un contexto de alto riesgo, y, fácilmente se pueden relacionar con los derechos laborales digitales colectivos, como los de participación, negociación colectiva e información; y, así mismo, (PÉREZ AMORÓS, 2023a, y, RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, 2023).

Y, por lo demás, todo ello recuerda, que, actualmente se tramitan en la Unión Europea ciertos proyectos legislativos —*v. gr.*, propuesta de directiva para la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales—, que, si prosperan, animarán y complementarían el debate sobre la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. No resulta baladí, el hecho que la propuesta de Reglamento glosada aquí, y otros proyectos sobre temas digitales, transcurran en el tiempo de forma cuasi paralela en sede comunitaria.

Si anteriormente se ha apuntado que las referencias de la propuesta de Reglamento a los sistemas de IA de alto riesgo, muestran con nitidez el perfil laboral de tal tecnología, ahora después de comprobarlo, se puede afirmar que lo hacen con especial énfasis: que la prevención laboral se sitúe al mismo nivel que lo están los altos riesgo laboral contemplados, otorga un plus de laboralidad a la IA.

IV. Para concluir

Ciertamente, la proyección de la AI en las relaciones de trabajo —su laboralidad— es incuestionable, y es multifacética. El imperio —¿*dictadura*?— de la tecnología (IA) en el mundo del trabajo no

solo hace que se haya escrito que el «lenguaje corporal digital» es un concepto cada vez más importante en el ecosistema laboral moderno, sino que engrosa el glosario laboral digital, y lo hace, día a día. Aun siendo verdad, que «*El Trabajo ya no es el que fue*», cabe «...pensarlo de nuevo en un mundo que cambió (y que nos tiene desconcertados)» (SUPIOT, 2023), sigue plenamente vigente que se trata de «*Trabajar para un futuro más prometedor*», de repetir que «*el trabajo no es una mercancía*», y, de añadir en estos tiempos digitales, que «...*tampoco el trabajador es un robot*» (Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, OIT, 2019). «*Los antagonismos y las contradicciones inseparables del empleo capitalista de la maquinaria no brotan de la maquinaria misma, sino de su empleo capitalista*» (Karl Marx).

Bibliografía

- AA. VV. (2022). *Digitalización, recuperación y reformas laborales*. Comunicaciones del XXXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Madrid.
- AA. VV. (coodirectors: Jack Clark and Ray Perrault) (2023a). *Artificial Intelligence Index Report 2023*. Institute for Human-Centered HAI. Stanford University. Stanford, April 2023, de consulta en: https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2023/04/HAI_AI-Index-Report_2023.pdf
- AA. VV. (2023b). *Derechos digitales en Iberoamérica: situación y perspectivas*. Fundación Carolina.
- ÁLVAREZ CUESTA, H. (2022). *Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de directiva laboral*, en «Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Madrid, 2022, pp. 1217-1232. [ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado. La propuesta de una Ley sobre IA*, en RIVAS VALLEJO, P., Dir.): Discriminación algorítmica

en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención», Thomson Reuters/Aranzadi, 2022].

ÁLVAREZ CUESTA, H. (2023). *El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos de futuro*. Revista Justicia & Trabajo, núm. 2/2923, pp. 39-59.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. y TAHIRÍ MORENO, J. (mayo, 2023). *La regulación de la inteligencia artificial en Europa a través de la técnica armonizadora del nuevo enfoque*. Revista General de Derecho Administrativo, núm. 63.

AZEVEDO, FL. (2020). *Revolución más de forma que de contenido: la huida del Derecho del trabajo por medio de la economía digital. Temas laborales*. Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, núm. 151/2020, pp. 49-64.

ARESE, C. (2021). *La inteligencia artificial protectora del trabajo decente*. Revista Iberoamericana De Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 4, Vol. 2, segundo semestre de 2020, pp. 66-73. De consulta en: <http://revistaiberoamericana.net/index.php/main/article/view/78/71>

BAIOCCO, S., FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., RANI, U. y PESOLE, A. (2022). *The Algorithmic Management of work and its implications in different contexts (La Gestión Algorítmica del trabajo y sus implicaciones en diferentes contextos)*. ILO, 2022, de consulta en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_emp/documents/publication/wcms_849220.pdf

BARRIO ANDRÉS, M. (2023a). *Los derechos digitales y su regulación en España, la Unión Europea e Iberoamérica*. Cuadernos de la Cátedra de Relaciones Privadas Internacionales Universidad Miguel Hernández de Elche (UMH)-Ilustre Colegio de Abogados de Orihuela (ICAO). Cuaderno, núm. 1, Colex.

BARRIO ANDRÉS, M. (2023b). *Novedades en la tramitación del próximo Reglamento europeo de inteligencia artificial*. Real Instituto Elcano, 2023, de consulta en: <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/novedades-en-la-tramitacion-del-proximo-reglamento-europeo-de-inteligencia-artificial/>

- BAYLOS GRAU, A. (2021). *Falsos autónomos y retorno al Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Social, 94/2021.
- BAZ RODRÍGUEZ, J. (dir.) (2021). *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España: vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*. Ed. Wolters Kluwer, 2021.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I. (2023). *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo consciente de la persona*. Aranzadi.
- BENHAMOU, S. (2022). *La transformación del trabajo y el empleo en la era de la inteligencia artificial: análisis, ejemplos e interrogantes*. Documentos de Proyectos (LC/TS.2022/85), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- CAIRÓS BARRETO, DM. (2021). *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*. Bomarzo.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). (2022). *Un camino digital para el desarrollo sostenible de América Latina y el Caribe* (LC/CMSI.8/3), Santiago, 2022. [Este documento fue coordinado por Álvaro Calderón, quien contó con la colaboración de Filipe Da Silva, Valeria Jordán, Valeria Lobos, Georgina Núñez, Alejandro Patiño, Laura Poveda, Fernando Rojas y Sebastián Rovira).
- COMISIONES OBRERAS (CC. OO.). (2023): *La digitalización, la innovación, la Inteligencia Artificial y sus efectos en el empleo*. IESEI.
- COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN —Breque, M., De Nul, L., Petridis, A., Industria 5.0— (2021). *Hacia una industria europea sostenible, centrada en el ser humano y resiliente*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2021, de consulta en: <https://data.europa.eu/doi/10.2777/308407>
- COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN Comisión Europea, Dirección General de Investigación e Innovación, Renda, A., Schwaag Serger, S., Tataj, D., et al., *Industria 5.0, una visión transformadora para Europa: gobernar las transformaciones sistémicas hacia una*

industria sostenible, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022, de consulta en: <https://data.europa.eu/doi/10.2777/17322>

COTINO HUESO, L. (2021). *Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act)*. Diario La Ley, 26/06/2021, de consulta en: en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/07/02/un-analisis-critico-constructivo-de-la-propuesta-de-reglamento-de-la-union-europea-por-el-que-se-establecen-normas-armonizadas-sobre-la-inteligencia-artificial-artificial-intelligence-act>

CRUZ VILLALÓN, J. (2021). *Transformación digital y relaciones laborales*, en «AA. VV.: Digitalización y protección social. 30 desafíos para 2030». Edita GERENCIA DE INFORMÁTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 2021. pp. 104-115.

CRUZ VILLALÓN, J. (2022). *El Derecho del Trabajo ante la transformación digital*. Revista Derecho Social, 100/2022, pp. 140-170.

CHERRY, MA. (2020). *Regreso al futuro. Continuidad del diálogo sobre el trabajo y la tecnología en la OIT*. Revista Internacional del Trabajo, vol. 139, núm. 1, pp. 1-25.

DE MIGUEL ASENSIO, PA. (2021). *Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial*. La Ley-Unión Europea, de consulta en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/65870/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%2092%2005.21.pdf>

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (2022). *Nuevos paradigmas para los derechos fundamentales del trabajo en la era tecnológica*. Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), núm. 5, pp. 181-204.

FERNÁNDEZ VILLARINO, R. (2021). *El derecho ante la inteligencia artificial. A propósito de lo dispuesto en el art. 80.5 del Convenio Colectivo Nacional de la Banca. Trabajo*. Persona, Derecho, Mercado, (4), pp. 141-163, de consulta en: <https://doi.org/10.12795/TPDM.2021.i4.08>.

- GAMERO CASADO, E. (2021). *El enfoque europeo de Inteligencia Artificial*. Revista de Derecho Administrativo, núm. 20, pp. 268-289.
- GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E. (2022). *Los derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la agenda 2030*. Aranzadi.
- GARCÍA GARCÍA, S. (2022). *Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea*. Revista de Estudios Europeos, 79/2022, pp. 304-323, de consulta en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/53218/revistas_uva_es__ree_article_view_5728_4204.pdf
- GARCIA QUIÑONES, JC. (2023). *Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de la neutralidad aparente*. Temas Laborales, núm.167/2023, pp. 75-126
- GARCÍA MEXÍA, P. (dir.). (2022). *Claves de Inteligencia Artificial y Derecho*. La Lex.
- GINÉS I FABRELLAS, A. (directora). (2023). *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*. Aranzadi.
- GRANADOS, J. (2022). *Análisis de la inteligencia artificial en las relaciones laborales.*, Revista CES Derecho. Vol. 13, núm. 1, enero a abril de 2022, pp. 111-132. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.6395p>
- GRIGORE, AE. (2022). *Derechos humanos e inteligencia artificial*. Revista electrónica de Derecho y Ciencia, vol. 8, núm. 1, pp. 164-175, de consulta, en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/19991>
- LAÍN MOYANO, G. (2021). *Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente*. Ars Iuris Salmanticensis, vol. 9, pp. 197-232, de consulta en: <https://doi.org/10.14201/AIS202191197232>
- LAZCOZ MORATINOS, G. (2020). *Análisis de la propuesta de reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas*. Ius et Scientia, vol. 6, núm. 2, pp. 26-41, de consulta en: <https://>

institucional.us.es/revistas/Ius_Et_Scientia/VOL6-2/Ius_et_Scientia_vol_6_n2_03_lazcoz_moratinos.pdf

- LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (2020). *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.
- MASSENSO, MD. (2022). *Consideraciones breves sobre los fundamentos de la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial de La Comisión Europea*. Journal of Law and Sustainable Development, 10(1), de consulta en: <https://ojs.journalsdg.org/jlss/article/view/238/167>
- MEJIAS QUIRÓS, JJ. (2022). *Derechos Humanos e Inteligencia Artificial*. Revista Dikaiosyne, núm. 37, de consulta en: <https://go.gale.com/ps/i.do?p=IFME&u=anon-b9e4279e&id=GALE|A695133871&v=2.1&it=r&sid=googleScholar&asid=94d587f3>
- MERCADER UGUINA, J. (2021). *Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del Big Data*. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 2, 2. DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6213>
- MIGUÉLEZ, F. y ALÓS, F. (2022). *Sindicalismo en la era digital*. Cuadernos de Relaciones Laborales, 38(2), pp. 237-243.
- MONREAL, L., THIBAUT, X. y JURADO, A. (coords.). (2020). *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías*. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25.º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo). Tirant lo Blanch.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, AM. (coords.). (2023). *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*. Tirant lo Blanch.
- MAÑARRO YANINI, M. (2020). La «transición tecnológica socialmente justa»: por una gobernanza colectiva de la digitalización. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 452.
- OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD. (2021). *Navegando los indicadores sobre el empleo tecnológico en España y en la Unión Europea*. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital [Ha sido elaborado por el siguiente equipo

de trabajo del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI): Lucía Velasco, Luis Muñoz Y Jesús Escudero].

OCDE. (2019). *La inteligencia artificial en la sociedad* [Resumen en español].

OCDE. (2021). *Estado de ejecución de los Principios de la OCDE sobre IA desde la perspectiva de las políticas nacionales en materia de IA*, OECD Publishing, de consulta en: <https://doi.org/10.1787/1cd40c44-en>

OECD. Employment Outlook. (2023a). Artificial Intelligence and the Labour Market (Perspectivas de empleo de la OCDE 2023: La inteligencia artificial y el mercado laboral), OECD Publishing, Paris, de consulta en: <https://doi.org/10.1787/0e477061-es>

OCDE. (2023b). «(Resumen ejecutivo)», en *Perspectivas de empleo de la OCDE 2023: La inteligencia artificial y el mercado laboral* OECD Employment Outlook 2023: Artificial Intelligence and the Labor Market, OECD Publishing, París, de consulta en: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/0e477061-es/index.html?itemId=/content/component/0e477061-es>

OIT. (2023). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo – Tendencias 2023*.

OLARTE ENCABO, S. (2020). *La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación*. Documentación laboral (119), 79-98.

PÉREZ AMORÓS, F. (2023a). *Derecho de información algorítmica de los representantes de los trabajadores*. Ponencia Oficial presentada al «XV Encuentro Internacional de Abogados Laboralistas y del Movimiento Sindical». Sociedad Cubana de Derecho Trabajo y Seguridad Social de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas. Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social «Guillermo Cabanellas». Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo. La Habana (Cuba), 21 al 23 de marzo de 2023. (en prensa, Revista Cubana de Derecho, 2024).

PÉREZ AMORÓS, F. (2023b). *Huelga en tiempos digitales. Especial consideración del esquirolaje tecnológico*. Revista Iberoamericana de

- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. Vol. 5 Núm. 8 (2024): Vol. 5 Núm. 8 (2024). Asociación Iberoamericana Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social «Guillermo Cabanellas» (en prensa). Consulta, en: <https://revistaiberoamericana.net/index.php/main>
- RIVAS VALLEJO, MP. (2020). *Aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*. Aranzadi.
- RIVAS VALLEJO, MP. (directora). (2022). *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*. Editores Thomson Reuters Aranzadi.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R. (2023). *Deber de transparencia y límites de la inteligencia artificial en las relaciones laborales*. Revista Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 102.
- ROJO TORRECILLA, E. (2023). *El mundo del trabajo ante el inmediato futuro y sin olvidar el pasado y el presente. Retos jurídicos, económicos, y sociales*, en ROMERO CASILLA, AJ, FLORES ZERPA, AM., y PAUCARCHUCO GONZALES, FJ. (dirs.): Libro homenaje jurídico a la defensa de los derechos laborales y la lucha por la jornada de los ocho horas de trabajo. Panorama Integral de los derechos laborales y meditaciones en torno a la reactivación laboral. Edit AMACHAQ Escuela JURÍDICA S.A.C., primera edición digital, mayo 2023, disponible en: <http://isbn.bnp.gob.pe/catalogo.php?mode=detalle&cnt=137655>
- RUIZ GUEVARA, P. (2023). *El imperio del algoritmo*. Alfa, Revista de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica. Consejo de Seguridad Nuclear, núm. 54, pp. 41-45, de consulta en: <https://www.csn.es/documents/10182/13557/Alfa+54/80c1fdfa-f433-e6b9-31df-5e9133b8b9d7?version=1.0>
- SÁEZ LARA, C. (2020). *El Algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación*. Temas Laborales, núm. 55, pp. 41-60.
- SAMOILI, S.; LÓPEZ COBO, M.; GOMEZ GUTIÉRREZ, E.; DE PRATO, G.; MARTINEZ-PLUMADO, P. y DELIPETREV, B. (2020). *AI WATCH: Definición de inteligencia artificial*. Oficina

- de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2020, de consulta, en: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC118163>
- SÁNCHEZ GIRÓN-MARTÍNEZ, B. (2021). *El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico*. AIS: Ars Iuris Salmanticensis, 9(1), pp. 31-37, de consulta en: <https://doi.org/10.14201/AIS2021913137>
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, MY. y GARCÍA PIÑEIRO, NP. (2021). *Robótica y empleo*, en «AA.VV. (2021). Digitalización y Protección Social». Gerencia de Informática de la Seguridad Social, pp. 159-174.
- SELMA PENALVA, A. (2021). *Inteligencia artificial y Derecho del Trabajo*. Ius et Scientia, núm. 7(2), p. 29, 40, de consulta, en: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.03>
- SUPIOT, A. (2023). *El Trabajo ya no es el que fue. Cómo pensarlo de nuevo en un mundo que cambió (y que nos tiene desconcertados)*. Siglo XXI Editores.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2022). *La inteligencia artificial no te robará tu trabajo, sino tu salario. Retos del Derecho del Trabajo frente a la dirección algorítmica del trabajo*. El Cronista del Estado Social y Democrático, de Derecho, núm. 100/2022 (RI §425527), de consulta, en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=100&id=16
- TRILLO PÁRRAGA, FJ. (2023). *Derecho del trabajo digital, Trabajo a distancia y teletrabajo*. Bomarzo.
- UGT (Unión General de Trabajadores). (2020). *Análisis de la Ley europea de Inteligencia Artificial. La Comisión nos da la razón en todos nuestros planteamientos*. Servicio de Estudios UGT, 2021, texto de consulta, en: [www.ugt.es/sites/default/files/no_25_ - 210504_analisis_de_la_ley_europea_de_inteligencia_artificial.pdf](http://www.ugt.es/sites/default/files/no_25_-_210504_analisis_de_la_ley_europea_de_inteligencia_artificial.pdf)
- UNI Global Union (2022/2023). *Algorithmic Management: Opportunities for Collective Action. A Guide for Workers and Trade Unions*. UNI Global Union, 2022-2023, de consulta, en: <https://uniglobalunion.org/wp-content/uploads/Algorithmic-Management-Opportunities-for-Collective>

- VALVERDE ASENSIO, AJ. (2020). *Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo*. Bomarzo.
- VAQUERO GARCÍA, A. (2021). *¿es compatible el desarrollo de la economía digital con el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores?* Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 157, pp. 27-40.
- WEIDENSLAUFER, C. y ROBERTS, R. (2023). *Regulación de la IA en la experiencia comparada Unión Europea, Estados Unidos y China*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria. Julio, 2023, de consulta en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34367/2/BCN_regulacion_global_IA_2023_CW_RRrr_2.pdf
- VELASCO NUÑEZ, E. (2023). *Marco normativo de la UE para la transformación digital*. La Ley.
- WORLD ECONOMIC FORUM. (2023). *Informe sobre el futuro del empleo 2023*. Texto de consulta en: <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2023/digest>

El tiempo de trabajo: entre las viejas aspiraciones y los nuevos retos

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Universidad de Sevilla

«El mundo del trabajo es extraordinariamente dinámico y mucho más desde que la introducción de la tecnología... ha posibilitado cambios extraordinarios en las relaciones entre el tiempo, el lugar y la prestación de trabajo».¹

Sumario

I. Las expectativas de reducción de la jornada de trabajo, 112 II. La efectividad de los límites al tiempo de trabajo: el registro de la jornada de trabajo, 123 III. Libertad de pluriempleo y jornada de trabajo, 131 IV. Los requerimientos contrapuestos de flexibilidad en la gestión del tiempo: la corresponsabilidad familiar, 135 V. La incidencia de los cambios en la organización del trabajo sobre la gestión del tiempo de trabajo, 137 VI. La incidencia de los cambios tecnológicos sobre la gestión del tiempo de trabajo, 139 VII. Vías indirectas de juego del trabajo a llamada, 142

¹ Eduardo Rojo Torrecilla. (2018). Empleo decente: un reto presente y de futuro, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 5, p. 33.

I. Las expectativas de reducción de la jornada de trabajo

El tiempo de trabajo se presenta como una de las vertientes más clásicas en el surgimiento de la legislación laboral, con la técnica de intervención más tradicional de establecimiento desde la norma estatal de reglas de derecho necesario, orientadas al establecimiento de límites en la intensidad de los deberes de los trabajadores.

Precisamente en ello se encuentra el hecho de que la primera norma laboral en términos históricos en nuestro país, que se remonta al siglo XIX, sea de limitación de la jornada de trabajo a los más débiles, en concreto a los niños y jóvenes². Algo similar puede decirse en relación con Inglaterra respecto de una Ley de 1802³ o una paralela Ley francesa de 1841⁴. De igual forma, el primer Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, que se remonta al año 1919, fue el Convenio sobre horas de trabajo en la industria, que estableció la jornada máxima en las 8 horas diarias y las 48 semanales⁵, siendo el que daría lugar a la aprobación en nuestro país en 1931 de la bien importante Ley de jornada máxima legal⁶. De igual forma, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo se considera como uno de los hitos clave que marcan el paso de una legislación que actúa sobre elementos puntuales del trabajo asalariado hacia una voluntad de intervenir sobre el conjunto de las condiciones de funcionamiento del mercado de trabajo⁷.

En todas estas normas se aprecia cómo las preocupaciones clásicas se sitúan en el terreno de la reducción de la jornada de trabajo como

2 Ley de 24 de julio de 1873, sobre condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas, conocida como Ley Benot.

3 Health and morals of apprentices Act de 1802.

4 Ley Guizot de 1841 de regulación del trabajo infantil.

5 Convenio núm. 1 OIT, de 29 de octubre de 1919.

6 Ley de 9 de septiembre de 1931.

7 Directiva 93/104, 23 de noviembre de 1993 (DOCE de 13 de diciembre), posteriormente sustituida por la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre (DOUE de 18 de noviembre). Artículos 10 a 12 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.

instrumento de tutela del trabajador. Los fundamentos determinantes de esta política legislativa encuentran su origen en evitar la extenuación del trabajador, tanto física como psíquica. Por ello, tradicionalmente, se ha conectado de manera estrecha con la intervención orientada a la tutela de la seguridad y salud en el trabajo, perspectiva que incluso constituye la clave competencial de la actuación de las instituciones comunitarias a través de la Directiva mencionada.

Eso sí, con el paso del tiempo, las causas justificativas de la actuación del legislador se han ampliado y diversificado, lo que, por efecto derivado, lo ha complicado. Dicho telegráficamente, en ello inciden otros factores, entre los que destacan los siguientes: como obligación de actividad típica de la prestación de servicios derivada del contrato de trabajo, el tiempo es el modo más efectivo de determinar el cumplimiento por el trabajador de su obligación de trabajar; en la medida en la que en la mayoría de las ocasiones el trabajo del empleado se cuantifica en razón del tiempo empleado, también el tiempo se utiliza como baremo de cálculo del salario; las reclamaciones de establecimientos de límites a la jornada se conectan sindicalmente con las políticas más o menos eficaces de reparto y/o distribución del empleo, en la perspectiva optimista del tradicional lema de «trabajar menos para trabajar todos»; conectado con lo anterior, para algunos, los notables incrementos de la productividad, unido a la destrucción de empleo provocada por los cambios tecnológicos, presionan igualmente a favor de la reducción de la jornada de trabajo; las transformaciones sociales y de composición del mercado de trabajo se conectan cada vez más con la toma en consideración de las responsabilidades laborales de los trabajadores, cada vez más con una orientación dirigida a la corresponsabilidad familiar; para las generaciones más jóvenes su primera incorporación al mercado de trabajo ha de compatibilizarse con el desarrollo de actividades formativas, lo sean de carácter general o ya especializada, aparte de ser la edad más sensible a los peligros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en razón de su inexperiencia laboral en esos momentos iniciales.

Es precisamente en ese contexto en el que se produce el compromiso contenido en el programa de Gobierno de coalición entre el Partido Socialista y Sumar, a finales de 2023, con la voluntad de introducir legalmente una reducción de la jornada máxima legal, para situarla en el

año 2025 en las 37,5 horas semanales, a partir de las actuales, también previstas como máximas, 40 horas semanales. A partir de esta última fecha el compromiso se extiende a constituir una mesa con los interlocutores sociales que evalúe los resultados de la reducción y se continúe en la disminución de la jornada legal teniendo en cuenta las características de los distintos sectores de actividad, la evolución de la productividad y las circunstancias económicas⁸.

En lo fundamental considero que se trata de una medida adecuada tanto en su contenido como en la forma de introducirla. Sus detractores alegan sobre todo que la economía española tiene un grave problema de baja productividad comparada con los países de nuestro entorno y que, por ello, la reducción de la jornada empeoraría el funcionamiento de nuestro sistema productivo, reduciendo notablemente sus márgenes de competitividad. Sin embargo, a mi juicio, la reducción de jornada puede ser una oportunidad, pues actuaría como revulsivo incentivador para que las empresas incrementen su productividad por hora de trabajo, por la vía de la introducción de cambios estructurales en la organización del trabajo, que lo hagan más eficiente, aceleren los procesos de digitalización de su actividad que, sin duda, profundizan en la mayor productividad del trabajo, del mismo modo que puede ser la ocasión para cambiar la cultura del mero presencialismo en el puesto de trabajo como referente básico del cumplimiento del contrato, sustituido este presencialismo por formas de encomienda de tareas por objetivos que igualmente pueden acentuar la productividad. En estos términos, tenemos un régimen en su conjunto del tiempo de trabajo que nos ofrece en estos momentos cierto margen de maniobra.

No está de más recordar que la reducción legal de la jornada máxima legal precedente en el año 1983 lo fue de dimensiones similares a la que ahora se pretende: en concreto, en aquel año lo fue desde las 43 horas para la jornada partida y las 42 horas para la jornada continuada a situarse en las

8 https://static.eldiario.es/eldiario/public/content/file/original/2023/1024/11/acuerdo-gobierno-coalicion-2023-def-pdf.pdf?_gl=1*_dewwv1*_ga*MTgxNDA1MzU1Mj4xNzAwNDczMDE3*_ga_4RZPWREGF3*_MTcwNjUzNDExOS4zLjAuMTcwNjUzNDEyOS41MC4wLjA, pg.11.

40 horas semanales; superiores si se tiene en cuenta que simultáneamente las vacaciones anuales paraban de 23 días hasta los 30 días⁹. Y ello, sin tener en cuenta, como veremos a continuación, que en estos momentos un número significativo de convenios colectivos ya contemplan jornadas inferiores a la prevista legalmente. Fue una reducción que se impuso con efectos inmediatos, exactamente al mes de su publicación en el BOE, a diferencia de la que ahora se proyecta, que lo va a ser escalonada en dos fases anuales: 38,5 horas semanales para 2024 y 37,5 horas semanales para 2025.

En aquel momento se produjo un significativo debate acerca de si el cambio legal debía respetar la jornada pactada en esos momentos por los convenios colectivos, de modo que algunos defendieron que el equilibrio interno de lo pactado en el convenio colectivo únicamente permitía que su entrada en vigor se pospusiera al momento de terminación de la vigencia ordinaria de cada convenio colectivo. Este debate fue zanjado por el Tribunal Constitucional, a través de un importante pronunciamiento por la doctrina que establecía en relación con la capacidad de la normativa estatal de imponer su política legislativa de manera inmediata y automática respecto de lo pactado en convenio colectivo; en otros términos, se precisó que la fuerza vinculante de los convenios colectivos, reconocida constitucionalmente (art. 37.1 CE), no puede interpretarse como intangibilidad o inalterabilidad de lo pactado en convenio colectivo respecto de decisiones legislativas sucesivas que provocan contradicción entre la nueva regulación y lo ya pactado en convenio colectivo, por cuanto que la nueva norma estatal goza de capacidad de eficacia aplicativa inmediata, sin que se pueda entender que ello supone una aplicación retroactiva de las normas en el sentido de lo prohibido constitucionalmente; en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico, y no al contrario¹⁰.

9 Ley 4/1983, de 29 de junio (BOE 30 de junio), de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en 30 días.

10 STC 210/1990, de 20 de diciembre. Criterio reiterado por otros pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional: SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre; 210/1990, de 20 de diciembre; 92/1994, de 21 de marzo; 62/2001, de 1 de marzo; 34/2005, de 31 de enero; 104/2015, de 28 de mayo; 127/2019, de 31 de octubre.

Así, si nos retrotraemos en el tiempo, a pesar de los malos augurios que se difundieron entonces sobre su posible impacto negativo en el empleo, aquella reducción se digirió con bastante facilidad, no produjo efectos traumáticos y, por añadidura, fue un incentivo para la modernización de nuestras empresas. Más allá de lo anterior, y a pesar del gran debate mediático que se produjo en esos momentos, la reducción se asimiló con bastante naturalidad en el conjunto de las empresas, sin que ello produjera graves perjuicios a su productividad, sino que, por el contrario, fue un acicate para forzar la modernización de nuestra actividad productiva y laboral hacia un modelo de mayor eficiencia laboral.

Para conocer impacto real de la reducción de jornada que ahora se propone, conviene advertir que este cambio legal no va a afectar a la totalidad de los asalariados, por cuanto que, por razones varias, determinados grupos de trabajadores quedarán al margen de la reducción que se establezca: 1) empleados públicos, que ya tienen establecida la jornada ordinaria en las 37,5 horas semanales, que vienen a representar 3,5 millones trabajadores; 2) trabajadores a tiempo parcial, salvo con las salvedades que indicaremos a continuación, que mantendrán su jornada pactada en contrato sin cambios, que vienen a representar del orden de 2,7 millones de trabajadores; 3) empleados a tiempo completo del sector privado que a través de su convenio colectivo de aplicación ya tienen pactadas jornadas parejas o inferiores a la futura jornada máxima legal, cifra difícil de calcular, pero que con seguridad no será inferior al millón de trabajadores. En definitiva, puede calcularse que la reducción legal de la jornada afectará a menos de 10 millones de trabajadores respecto de un total de 18 millones de asalariados. Incluso, dentro de esa cifra de los 10 millones, un número importante de ellos tiene una jornada en la horquilla entre las 40 horas semanales y las 37,5 horas semanales, a tenor de lo que ya tienen pactado en convenio colectivo, lo que quiere decir que su impacto será parcial, incluso nulo en el primer año cuando se fije la jornada máxima en las 38,5 horas semanales.

A tal efecto se han difundido diversos cálculos de la jornada media en el conjunto del mercado de trabajo, pero las dos principales referencias que se utilizan presentan claras insuficiencias a efectos de valorar el alcance de la reducción legal que se proyecta. De un lado, las estadísticas de Eurostat a las que se acude a menudo incluyen tanto a los empleados públicos

como a los trabajadores a tiempo parcial, que no interesan aquí tomar en consideración por las razones ya indicadas. De otro lado, la cifra media de la jornada pactada en los convenios colectivos, es fiable respecto de los convenios de empresa, pero no tanto respecto de los sectoriales, ya que la hoja estadística se cumplimenta por quien no tiene plena certeza de los datos que aporta y puede producirse una concurrencia convencional que distorsione los datos. Y, sobre todo, las estadísticas de convenios colectivos no toma en consideración el porcentaje de trabajadores fuera de la cobertura de los convenios vigentes que están todos ellos a 40 horas semanales. Aparte de ello, en tercer lugar, conforme a los datos de la Encuesta de Coyuntura Laboral, el número de horas anuales sería de 1705 al año de los trabajadores a tiempo completo, pero se trata de una encuesta que excluye datos que desde el punto de vista jurídico no afectaría a la cifra de la semana máxima legal, por cuanto que computa las horas efectivamente realizadas según los empresarios, descontando los permisos retribuidos y las bajas por incapacidad u otras causas. Posiblemente, el dato que más se aproxima es el de las horas cotizadas por los trabajadores a tiempo completo ofrecido por la Seguridad Social, que es de 1.743 horas al año, que supondría en torno a 38,4 horas semanales, aunque de nuevo también tiene el inconveniente de que incluye los datos de los empleados públicos que se encuentra dentro del régimen general de la Seguridad Social a todos los efectos.

Eso sí, debe advertirse que la cifra medida distorsiona la realidad, pues la situación resulta muy desigual por territorios, sectores productivos y tipología de trabajadores. En términos generales, el cambio legal será especialmente más intenso en ciertas Comunidades Autónomas (Extremadura, Andalucía y Murcia) y en ciertos sectores productivos (agricultura, hostelería, comercio) en los que los convenios están próximos al vigente máximo legal, o bien en actividades donde no existe convenio colectivo de referencia (servicio doméstico). Esta disparidad es la que, a mi juicio, avala que la reducción de jornada se vaya a realizar a través de una intervención legal, pues es la forma de actuar sobre los territorios, sectores y actividades con jornadas más prolongadas y, con ello, favorecer una cierta convergencia general en materia de tiempo de trabajo.

En relación con la situación de los trabajadores a tiempo parcial, en una primera aproximación, manifestamos que esta reforma legal no les afectará,

dado que lo que se pretende hacer es fijar la jornada máxima semanal para los trabajadores a tiempo completo. De este modo, para quienes, en la condición de trabajadores a tiempo parcial, tengan pactado en sus contratos que su jornada semanal es inferior a las 37,5 horas verán inalterado lo que tienen negociado en sus contratos; dado que lo generalizado es que en los contratos se viene a fijar el número de horas de trabajo objeto del contrato, y no un porcentaje de reducción respecto de los trabajadores a tiempo parcial comparables, su jornada seguirá siendo la misma y mantendrán la condición de trabajadores a tiempo parcial a todos los efectos. Eso sí, conviene efectuar dos matizaciones a lo anteriormente referido.

Primera aclaración, y posiblemente la más importante, ha de tenerse en cuenta que la norma que introduzca en su caso la reducción de la jornada máxima legal, se pretende efectuar con mantenimiento en términos absolutos del salario que se viene percibiendo. En estos términos, visto desde la otra perspectiva complementaria, para aquellos trabajadores a tiempo completo a los que les afecte la reducción de la jornada a resultas del cambio legal, verán por vía indirecta incrementado su salario hora promedio. Y ese salario hora promedio deberá ser aplicado también a los trabajadores a tiempo parcial que mantengan inalterada su jornada de trabajo. El principio de proporcionalidad aplicable a los trabajadores a tiempo parcial así lo exige: «Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado» (art. 12.4 d ET). Ello, en términos prácticos, debe producir un incremento del salario cuantificado en términos absolutos del trabajador a tiempo parcial, en la medida en la que se mantenga la misma jornada de trabajo, al objeto de respetar este principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad no puede conducir a una reducción proporcional de la jornada semanal que viniera realizando el trabajador a tiempo parcial, respecto de la reducción de la jornada máxima, pues ello no solo no se corresponde con la voluntad de lo pactado entre las partes, sino que se ha de presuponer que el empresario pactó esa jornada porque eran las horas que precisaba y, sobre todo, porque la voluntad del legislador cuando reduce la jornada máxima es incidir sobre la

jornada máxima, que no afecta a los trabajadores a tiempo parcial. Si el convenio colectivo no puede considerarse intangible o inalterable frente al cambio legislativo, mucho menos lo es lo pactado en contrato de trabajo. Diferente sería que el empleador, a la vista del cambio producido en el salario hora pretendiera efectuar una reducción de la jornada establecida hasta ese instante para el trabajador a tiempo parcial, lo que podría llevarse a cabo a través del procedimiento de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); eso sí, en todo caso, respetando el nuevo equilibrio y la proporcionalidad referida, que le exigiría respetar el nuevo salario hora para todos a resultas de la reforma legislativa.

Segunda aclaración, la pretendida reducción de la jornada de trabajo sí que afectará a todos aquellos trabajadores que, siendo a tiempo parcial, tengan pactada una jornada semanal de 37,5 horas o superior. En todos estos casos, ha de interpretarse que todos estos trabajadores, por imperativo legal, automáticamente se convertirían de trabajadores a tiempo parcial en trabajadores a tiempo completo, pasando todos ellos a la jornada que corresponde a estos de las 37,5 horas semanales. En los mismos términos, cabe aplicar aquí el criterio legal de la capacidad aplicativa inmediata de la nueva norma estatal respecto del pacto en contrato de trabajo. Y esa transformación automática en trabajadores a tiempo completo tendrá igualmente de inmediato los efectos correspondientes sobre el régimen jurídico de esos contratos; así, a título de ejemplo, la supresión inmediata del compromiso de realización de horas complementarias y, en paralelo, la posibilidad a partir de ese instante de realización de horas extraordinarias. Más complejo sería deducir que ello podría comportar la sustitución del pacto de horas complementarias por el compromiso contractual equivalente de la realización de igual número de horas extraordinarias hasta el límite legal de las 80 horas, pues se trata de instituciones diferentes que no cabe homologar a estos efectos.

Aparte de lo anterior, habría que preguntarse hasta qué punto la pretendida reducción de la jornada máxima legal debería provocar una revisión de las jornadas especiales de trabajo, en particular por lo que afecta a las ampliaciones de jornada contempladas en el Real Decreto correspondiente¹¹.

11 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre (BOE 26 de septiembre).

La duda se suscita sobre todo a la vista de que la reducción de jornada introducida en el año 1983 contenía un mandato al Gobierno de llevar a cabo una revisión de las jornadas especiales, con vistas a ajustarlas a la reducción de jornada que se efectuaba en ese instante¹².

La vigente regulación de las ampliaciones de jornadas, con carácter general, no lo son fijando una cuantía concreta del aumento posible, sino que se realiza en términos referenciales a la jornada máxima prevista en el art. 34.1 del Estatuto de los Trabajadores, que sería el que ahora sería objeto de modificación. Por tanto, con esa técnica referencial de remisión, la reducción de jornada hasta las 37,5 horas semanales máximas, provocará, en paralelo, una reducción de igual intensidad de las ampliaciones de jornadas previstas en el Reglamento sobre jornadas especiales de trabajo. En esos términos, con carácter general, no sería precisa una modificación del referido Reglamento. No obstante, en algún caso emblemático, el texto reglamentario no utiliza esta técnica de la ampliación por referencia a la máxima estatutaria, sino que se fija una cuantía límite en base en la habilitación permitida por el Derecho de la Unión Europea. Me refiero en concreto a la jornada máxima semanal admitida para los trabajos móviles y la seguridad vial de transportes por carretera, donde se autoriza a realizar hasta un total de 60 horas semanales, siempre que el promedio cuatrimestral no supere las 48 horas semanales¹³. Con independencia de que el tope máximo establecido para este sector se sitúe dentro de los límites máximos permitidos por la Directiva de la Unión Europea, entendemos que una posible reducción en la jornada de trabajo para el conjunto de los trabajadores debería dar lugar a una reducción proporcional de la jornada máxima en estos trabajos móviles, cuando menos por lo que se refiere a la, a nuestro juicio, desmesurada jornada semanal de las 60 horas.

12 Disposición adicional Ley 4/1983, de 29 de junio (BOE 30 de junio).

13 Art. 10 bis Reglamento de jornadas especiales de trabajo, con conforme a la redacción establecida por el Real Decreto 902/2007, de 6 de julio (BOE 18 de julio), en correspondencia con lo permitido por la Directiva 2002/15, de 11 de marzo (DOUE 23 de marzo).

Situándonos en otra perspectiva de análisis, es importante destacar que tan importante como la reducción de la jornada de trabajo que se proyecta en lo cuantitativo, es su ordenación, en el sentido de cómo se va a acometer, desde el punto de vista de la gestión del horario de trabajo, la concreción de los tiempos de trabajo y descanso. No se trata de realizar una mera operación mecánica de efectuar una reducción lineal de la jornada respecto de la distribución del tiempo de trabajo ya establecida, sin matices diferenciales por sector productivo, actividad profesional o perfil personal identificativo de cada trabajador, sino de aprovechar la ocasión para diseñar un modelo de distribución de los tiempos de trabajo más acorde con las necesidades de flexibilidad empresarial, de corresponsabilidad familiar, de efectiva desconexión digital de los trabajadores, etc. Téngase en cuenta que la fijación de la jornada máxima legal en el Estatuto de los Trabajadores lo es en los momentos actuales de 40 horas semanales en promedio anual, presumiéndose que la futura reforma que introduzca la reducción de la jornada hasta las 37,5 horas semanales lo será igualmente «de promedio en cómputo anual» (art. 34.1 p. 2 ET). Ello se concreta en que, mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrán establecer fórmulas de distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 34.2 ET); ello sin perjuicio de que la concreta norma que, en su caso, proceda a establecer la reducción de jornada debería indicar expresamente algo para esta concreta intervención convencional.

Los objetivos con los que se puede concretar esa reducción de jornada pueden ser muy variados y, en función de ello, también puede resultar muy dispar el concreto régimen jurídico con el que se puede materializar la reducción de la jornada. Así, únicamente a mero título de ejemplo, podría pensarse en fórmulas variadas, como serían las siguientes: establecimiento de una bolsa de horas o de días de ausencia al trabajo justificadas por la necesidad de atender a responsabilidades familiares, fijación de una bolsa para uso empresarial respecto de días o de horas de menor actividad productiva que la empresa concretaría a lo largo del año, incremento del día de vacaciones anuales, utilización a efectos de disfrute de posibles puentes a lo largo del año, concentración de la reducción de jornada en el último día de la semana. Incluso no hay que pensar que cada una de las

posibles medidas son incompatibles entre sí, pues, por el contrario, cabría establecer acumuladamente varias de ellas.

En esta perspectiva, desde el punto de vista procedimental, la intervención de la negociación colectiva puede ser central, teniendo en cuenta que se trataría de establecer un régimen no solo de implementación inmediata de la reforma, sino, adicionalmente, de establecer un nuevo régimen de gestión de la distribución del tiempo de trabajo que requeriría de una reforma de la regulación en los correspondientes convenios colectivos del tiempo de trabajo. El propio Estatuto de los Trabajadores ya apunta en esta dirección, si bien, insistimos, convendría que la propia reforma legal contenga una remisión expresa para que los convenios colectivos adapten su regulación del tiempo de trabajo. Bien es cierto que esa operación de intervención puede ser más fácil en aquellas empresas que tengan convenio propio, pero no tan conveniente en el caso de que se rijan por un convenio colectivo de sector, donde es difícil establecer un régimen de adaptación de la reforma a cada una de las empresas de ese sector. Por ello, en su caso, también sería oportuno habilitar a que vía acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores en la empresa se aborden estas cuestiones. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta también que la reducción de jornada y su entrada en vigor se podría producir ya avanzado el año, de modo que también se tendría que contemplar cómo se va a efectuar la aplicación concreta en un ámbito en el que rija un sistema de jornada irregular de distribución diferenciada a lo largo del año.

Ha de tenerse en cuenta también que no es descartable que el procedimiento, bien de negociación colectiva o bien de acuerdo de empresa, desemboque en una situación de bloqueo por desacuerdo entre las partes. Para no provocar el correlativo bloqueo en la aplicación concreta de la reforma legal, sería preciso que la propia norma contemplara cuál sería la solución a ello. A tal efecto, hay que ser conscientes de que la norma no podría ofrecer una fórmula uniforme para todos los sectores, empresas y trabajos para los que no se alcance acuerdo entre las partes. A tal efecto, la norma lo único que podría hacer es establecer un procedimiento de actuación ante la falta de acuerdo. En ese contexto, conviene recordar que la Ley de reducción de la jornada de trabajo que se llevó a cabo en el año 1983 contemplaba como vía la utilización del procedimiento de

modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo¹⁴. Posiblemente, esta sería la más razonable, salvo que se valore otra de carácter similar, por cuanto que, por su carácter colectivo, implicaría en todo caso el sometimiento a un procedimiento ordenado, que exigiría un período de consulta con los representantes de los trabajadores y siendo conscientes de que el silencio legal desembocaría en la aplicación de la reforma a mero criterio unilateral del empleador.

Finalmente, donde la implementación necesariamente debe ser más sencilla es respecto de un ámbito que habitualmente olvidamos, como es aquel en el que ni existe convenio colectivo de referencia, debido a un vacío de cobertura, ni existen por las dimensiones de la empresa o centros de trabajo representantes de los trabajadores. Posiblemente en esos ámbitos, lo más extendido sea la reducción lineal por día o si acaso por semana, pero sin fórmulas más completas como las mencionadas a título de ejemplo anteriormente. Si acaso, cabría establecer algún sistema de mayor protagonismo del pacto en contrato de trabajo en aquellos ámbitos donde no exista ni convenio colectivo de aplicación ni representación de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo.

II. La efectividad de los límites al tiempo de trabajo: el registro de la jornada de trabajo

Estrechamente vinculado con lo anterior se encuentra, desde el punto de vista de la verificación del cumplimiento de las limitaciones de la jornada de trabajo, sean establecidas legal o convencionalmente, la exigencia jurídica de que se efectúe un control donde quede reflejada la jornada efectivamente realizada, que, por efecto derivado, igualmente, permite controlar el respeto a las reglas sobre distribución de los horarios y tiempos de descanso. La conexión probablemente se concrete en que la misma reforma legal que proceda a reducir la jornada máxima legal de trabajo también establezca un régimen más efectivo de registro de la jornada de trabajo.

¹⁴ Disp. trans. párrafo 3 Ley 4/1983, de 29 de junio.

Para identificar dónde nos encontramos, conviene describir, aunque sea muy brevemente, los antecedentes legales y jurisprudenciales, así como el contexto aplicativo que provoca esta valoración de la insuficiencia del régimen actual y de la necesidad de su reforma.

El punto de partida, en torno a diez años atrás, se encontraba en una regulación en el Estatuto de los Trabajadores que, de manera expresa, solo obligaba al registro de la jornada de trabajo ordinaria respecto de los trabajadores a tiempo parcial (art. 12.5 h ET)¹⁵, así como al registro de la realización de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores a tiempo completo (art. 35.5 ET). A resultas de ello, el Tribunal Supremo efectuó una lectura gramatical a sensu contrario de ambos preceptos, de la que dedujo que legalmente no se exigía el registro de la jornada ordinaria de trabajo de los trabajadores a tiempo completo, si bien se trató de un criterio controvertido, manifestado en que las resoluciones se adoptaron por mayoría de la sala de lo social con importantes votos discrepantes, al tiempo que la interpretación fue discutida doctrinalmente por no realizar una lectura más sistemática y finalista de la regulación estatutaria¹⁶.

Estos pronunciamientos provocaron una doble reacción, primero de carácter legal, y, segundo, de naturaleza judicial.

La reacción legal consistió en un cambio normativo, a tenor del cual se introdujo en el Estatuto de los Trabajadores la obligatoriedad del registro de la jornada de trabajo ordinaria para todos los trabajadores sin distinción, lo fuesen a tiempo parcial o a tiempo completo:

«La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario, previa consulta con los representantes legales de

15 Conforme a la redacción establecida por el Real Decreto ley 16/2013, de 20 de diciembre (BOE 21 de diciembre). Actualmente, se encuentra recogido en el art. 12.4 c p. 4 ET.

16 SSTs 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275; 20 de abril de 2017, rec. 116/2016, ECLI:ES:TS:2017:1748.

los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (art. 34.9 ET)¹⁷.

Conviene matizar que, aunque a partir de esa modificación se exige el registro de jornada para todos los trabajadores, podrían quedar excluidas las relaciones laborales especiales a tenor de lo establecido en su normativa propia. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo permite establecer excepciones a lo dispuesto en ciertas reglas sobre jornada y horario, de la que podría derivar la exclusión también de la necesidad de efectuar el correspondiente registro de jornada de trabajo. En concreto, se permiten tales exclusiones cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores, y en particular, cuando se trate de ejecutivos directivos u otras personas con poder de decisión autónomo, así como de trabajadores en régimen familiar¹⁸. En aplicación de dicha autorización de exclusión, en nuestra legislación nacional se encuentra excluido de la obligación del registro el personal de alta dirección, en la medida en que su normativa propia no lo impone y para ellos no se aplica como supletorio el Estatuto de los Trabajadores, pues se remite supletoriamente a la legislación mercantil y civil¹⁹. Al mismo tiempo, ha de tenerse en cuenta que para la relación laboral especial del personal que interviene en operaciones mercantiles, se establece que la misma no implica sujeción a jornada u horario de trabajo concreto y, por efecto derivado, aunque no se diga expresamente, no cabe exigir registro de horario²⁰. De otro lado, aunque la situación es bastante

17 Apartado redactado conforme al art. 10 del Real Decreto ley 8/2019, de 8 de marzo (BOE 12 de marzo). El incumplimiento de este deber se tipifica como infracción administrativa grave (art. 7.5 Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

18 Art. 17 Directiva 2003/88, de 4 de noviembre (DOUE 18 de noviembre).

19 Art. 3.3 Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 de agosto).

20 Art. 4.1 Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto (BOE 15 de agosto).

confusa en estos momentos respecto de los empleados del servicio del hogar familiar a tiempo parcial, habría que analizar si en estos momentos se mantiene la exclusión prevista en su regulación propia²¹. A tal efecto, ha de indicarse que se ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo por parte de un Tribunal Superior de Justicia, entendiéndose vigente esa exclusión, si bien preguntando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta qué punto dicha exclusión puede suponer una discriminación indirecta por razón de sexo en la medida en que la inmensa mayoría de tales empleados domésticos son mujeres²². Habrá que estar a la espera de ver cómo se resuelve esta cuestión por parte del Tribunal de Luxemburgo, si entiende que existe o no un fundamento objetivo y razonable para poder establecerse esta presunta exclusión. Para los penados en instituciones penitenciarias, la aplicación del Estatuto de los Trabajadores solamente se contempla cuando se produzca una remisión expresa, que no se produce en materia de tiempo de trabajo²³.

La reacción judicial se produjo por parte de la sala de lo social de la Audiencia Nacional, que consideraba que la precedente interpretación del Tribunal Supremo podía ser contraria a la Directiva de la Unión Europea sobre ordenación del tiempo de trabajo, por lo que planteó una

21 «Respecto a los trabajadores contratados a tiempo parcial, no serán de aplicación las obligaciones de registro de la jornada establecidas en el artículo 12.5.h) del Estatuto de los Trabajadores» (art. 9.3 bis Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por la que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, conforme a la redacción dada por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, BOE 21 de diciembre, si bien teniendo en cuenta que desde el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015 la remisión al art. 12.5 h debería entenderse referida al art. 12.4 C p. 4 ET. En todo caso, la duda deriva del hecho de que el Real Decreto ley 8/2019 antes mencionado introduce la obligación de registro para todos los trabajadores, incluidos tanto los a tiempo parcial como los a tiempo completo, lo que podría haber determinado la derogación implícita del 9.3 bis RD 1620/2011, o bien de mantenerse vigente supondría el mantenimiento de la exclusión en el ámbito del servicio doméstico solo para el trabajo a tiempo parcial, pero no para el trabajo a tiempo completo.

22 Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en 5 de julio de 2023, asunto C-531/23, Loredas, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=278573&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1119857>.

23 Artículos 1.4 y 17 Real Decreto 782/2001, de 6 de junio (BOE 7 de julio).

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo²⁴. Dicha cuestión prejudicial fue resuelta por la Gran Sala del Tribunal de Justicia, fallando que conforme a la Directiva mencionada se impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral realizada por cada trabajador²⁵. En particular, en los considerandos de la sentencia se precisa que es esencial que se pueda determinar «objetivamente y de manera fiable» el número de horas de trabajo diario y semanal para poder comprobar el cumplimiento de las reglas relativas a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, así como los períodos mínimos de descanso diario y semanal. Al mismo tiempo, exige que el contenido del registro resulte «accesible». En definitiva, la cuestión prejudicial se plantea con carácter previo a la reforma legal antes referida, al tiempo que la sentencia dictada pocos meses después vino a confirmar y reforzar dicha reforma, que se atenía al criterio claro expresado por el Tribunal de Luxemburgo.

El cambio legal, en estos términos reforzado por la jurisprudencia comunitaria, provocó una importante generalización de los sistemas de registro horario en las empresas, con efectos importantes de progresivo mayor cumplimiento de los límites legales en la jornada de trabajo y correlativos tiempos de descanso. Ello se constató especialmente en los datos estadísticos proporcionados por la EPA, relativos a la realización de horas extraordinarias, especialmente de las no retribuidas, que se redujeron de manera significativa.

No obstante, con el tiempo, el sistema legal empieza a manifestar sus insuficiencias, existiendo indicios de que no se ha universalizado el cumplimiento de la obligación de registro horario, del mismo modo que, en muchas ocasiones, se efectúa en términos más aparentes que reales, con distorsiones entre lo que se refleja en los documentos de registro oficial y las jornadas efectivamente realizadas. Probablemente, el talón de Aquiles del modelo legal se encuentre en el hecho de que legalmente no se establece ninguna modalidad precisa de registro, admitiéndose cualquiera, de modo

24 Art. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88, de 4 de noviembre (DOUE 18 de noviembre), relativa a la determinación de determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

25 STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402.

que es posible su registro en papel, fácilmente manipulable, y no se garantiza que el documento se encuentre redactado diariamente en el momento de ejecución de la prestación de servicios, ni que refleje efectivamente el trabajo realizado.

Por añadidura, en ese escenario, la jurisprudencia dictada respecto del modo posible de formalizar el registro horario, más allá de que pueda resultar correcta desde el punto de vista interpretativo, coadyuva a facilitar que, en ciertas empresas y sectores, el registro tenga un carácter más formal que real, en los términos antes referidos. Así, por solo citar un concreto pronunciamiento, se admite como lícito que el registro se pueda realizar por el propio trabajador, incorporando datos en una aplicación informática proporcionada por la empresa, aceptando expresamente la sentencia los riesgos de manipulación que tal sistema permite: «ese potencial e hipotético riesgo, que deberá ser atajado mediante la utilización de los instrumentos que con esa finalidad contempla nuestro ordenamiento jurídico, no puede erigirse como absolutamente determinante de la validez o ilegalidad del sistema de registro que ha sido pactado entre las empresas y los representantes legales de los trabajadores»²⁶. Más aún, dicha sentencia entiende que dicho sistema de registro cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de tratarse de un procedimiento objetivo, fiable y accesible.

La prueba más elocuente de los resultados distorsionadores del registro conforme a la regulación anterior se detecta en el alto número de horas extraordinarias realizadas, que hace presumir que, en muchas empresas y concretos sectores, se superan el máximo de las 80 horas extraordinaria anuales permitidas, así como la pervivencia de un alto número de horas extraordinarias realizadas sin ser retribuidas. Según la última EPA del cuarto trimestre de 2024, se vienen a realizar en total del orden de 6,34 millones de horas extraordinarias a la semana, unos 280 millones de horas extraordinarias al año. Si se tiene en cuenta que son del orden de 900.000 los trabajadores que realizan horas extraordinarias, la media por trabajador supera con creces la cifra admitida de realización de horas extras anuales. Por añadidura, también según la EPA, el 39 % de estas horas extras no

26 STS 18 de enero de 2023, rec. 78/2021, ECLI:ES:TS:2023:85.

son retribuidas. Complementariamente a lo anterior, aunque sin datos estadísticos precisos, existen indicios razonables para presumir que, entre los trabajadores a tiempo parcial, se realizan jornadas ordinarias y complementarias superiores a las reflejadas formalmente en el contrato y en los registros de jornada.

Por contraste, a nuestro juicio, lo que parece bastante indiscutible es que la actual regulación legal, al dejar plena libertad en cuanto al modo de ordenar y documentar el registro de jornada, no da cumplimiento a la exigencia clara por parte del Tribunal de Luxemburgo en el sentido de que la forma de realizar el registro debe ser objetiva, fiable y accesible. Estos requisitos de la jurisprudencia de la Unión Europea no se contemplan con la regulación vigente y, por tanto, la misma no se lo está exigiendo a la negociación colectiva, al acuerdo de empresa o a la decisión unilateral del empleador cuando decida el concreto sistema de registro que va a funcionar. Más aún, a nuestro juicio, no sería suficiente con que el texto legal se siga remitiendo a la negociación colectiva, al acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores o a la decisión del empresario, limitándose a introducir en el texto legal estos tres requisitos del procedimiento, incorporando los términos «objetivo», «fiable» y «accesible». Dicho de otro modo, sin perjuicio de que fuese una regulación flexible que permitiese una adecuada adaptación a las peculiaridades de empresas, actividades y trabajadores, en todo caso la regulación legal debería establecer unos criterios lo suficientemente precisos como para que se proporcione seguridad jurídica en cuanto a que efectivamente el método elegido sea «objetivo», «fiable» y «accesible». Más aún, comoquiera que ese registro debe servir instrumentalmente no únicamente para una posible reclamación judicial, sino también para que la actuación de control por parte de la Inspección de Trabajo pueda ser efectiva, debe especificar el modo de acceso directo e inmediato al registro por parte del poder público de control, sea judicial o administrativo, en términos tales que permita una comprobación auténtica de la correspondencia entre el registro y la realidad de la actividad laboral en la empresa.

En esa posible nueva regulación del sistema de registro de la jornada deberían tomar en consideración los actuales desafíos que plantean ciertas tecnologías que podrían poner en riesgo el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales. Así, a título de ejemplo, destaca la

importancia del criterio reciente, bastante estricto, expresado por la Agencia Española de Protección de Datos, respecto de la utilización como forma de control del horario de trabajo por medio de sistemas de verificación a través de datos biométricos: huella dactilar, reconocimiento facial o del iris, la voz, etc. Conforme al criterio de dicha Agencia, emitido a través de un Informe sobre el particular, el uso de los datos biométricos a estos efectos se encuentra condicionado entre otros límites a lo siguiente: 1) la utilización de tecnologías biométricas de identificación y autenticación en el control de presencia supone un tratamiento de alto riesgo que incluye categorías especiales de datos; 2) en la implementación del tratamiento de control de presencia hay que cumplir los principios de minimización y de protección de datos desde el diseño y por defecto, utilizando las medidas alternativas equivalentes, menos intrusivas, y que traten los menos datos adicionales; 3) es necesario que exista una circunstancia para levantar la prohibición general de tratar las categorías especiales de datos y, además, una condición que legitime el tratamiento; 4) en el caso de registro de jornada y control de acceso con fines laborales, el levantamiento de la prohibición basado en la necesidad de llevarlo a cabo es necesaria una norma con rango de ley que concrete la posibilidad de utilizar datos biométricos para dicha finalidad, que no se encuentra en la actual normativa legal española; 5) en el caso de registro de jornada o control de acceso en el ámbito laboral, el consentimiento no puede levantar la prohibición del tratamiento, ni ser una base para determinar su licitud; 6) cualquier utilización de los datos biométricos con finalidades adicionales a la de control de presencia deberá tener sus propias circunstancias de levantamiento de la prohibición y de condiciones que lo legitimen; 7) en el tratamiento de control de presencia, no se pueden tomar decisiones automatizadas sin intervención humana que tengan efectos jurídicos sobre el interesado, si no se cumple la circunstancia de un interés público esencial basado en una norma con rango de ley, proporcional al objetivo perseguido; 8) en el caso de que el sistema biométrico se implemente con técnicas de inteligencia artificial, para poder incluirlos en un tratamiento se deberán tener en cuenta las prohibiciones, limitaciones y exigencias establecidas en la normativa de inteligencia artificial; 9) en cualquier caso, será obligatoria la superación favorable, previamente al inicio del tratamiento, de una Evaluación de Impacto para la Protección de Datos.

En definitiva, es necesario que la nueva normativa, precise qué tipo de usos no serían admisibles, cuáles entre los admisibles, serían especialmente sensibles y deberían quedar estrictamente condicionados, incluso, con carácter general, qué garantías frente a la protección de datos deben tener todos los registros que deben conservarse por la empresa durante el tiempo establecido al efecto.

III. Libertad de pluriempleo y jornada de trabajo

Recientemente ha provocado un cierto debate, incluso importantes críticas desde algunos ámbitos, la reforma legislativa en Grecia que, descrita con simplicidad, permite la realización de una jornada de 13 horas diarias durante 6 días a la semana, pudiendo llegarse de este modo hasta las 78 horas semanales de trabajo. Ahora bien, conviene aclarar inmediatamente que lo que se contempla es un tope de jornada aplicado a dos contratos de trabajo con distinto empleador por un mismo trabajador: un contrato a tiempo completo de 8 horas diarias, más un segundo contrato a tiempo parcial de 5 horas diarias. Sin resultar oportuno entrar a valorar esta reforma en Grecia, merece la pena tomarla como referencia para preguntarnos hasta qué punto un régimen de jornada diaria y semanal tan extenso como el griego sería posible que se produjera en España en estos momentos desde el punto de vista legislativo. Y la respuesta, por sorprendente que pueda parecer, debe ser rotundamente afirmativa, pues nada impide que un trabajador realice este tipo de jornadas cuando se encuentra pluriempleado, pues los límites legales a la jornada máxima son siempre respecto del trabajo para un empleador, pero no impiden sobrepasarla cuando se trabaja para varios.

El número de pluriempleados en España, conforme a los datos de la Encuesta de Población Activa, representa un porcentaje del 2,8 % del total de ocupados, por debajo de la media europea, que se sitúa en el 3,9 %, pero que en términos absolutos no es pequeño, casi 600.000 trabajadores, con leve tendencia al alza en los últimos tiempos. Aunque existe un número significativo de pluriempleados que acumulan dos trabajos a tiempo parcial, sin llegar a superar conjuntamente la jornada máxima legal ordinaria, es casi seguro que más de la mitad de los pluriempleados

superan esta jornada, incluso el máximo de la Unión Europea de las 48 horas semanales.

No cabe la menor duda de que las jornadas de trabajo prolongadas, cuando conjuntamente la situación de pluriempleo provoca que se supere la jornada máxima legal establecida para un solo contrato, producen un efecto negativo indeseable de agotamiento físico y psíquico del trabajador, perjudican notablemente su derecho al descanso, dificultan el ejercicio de una correcta asunción de un modelo de corresponsabilidad familiar e, incluso, impiden atender las necesidades de flexibilidad empresarial en la gestión de los tiempos de trabajo. Sin embargo, también debe señalarse que la solución a estas consecuencias indeseables no puede venir por la vía de la introducción de prohibiciones legales al pluriempleo que, aparte de jurídicamente imposibles, tendrían efectos contraproducentes.

Desde el punto de vista jurídico, la imposibilidad de reglas prohibitivas deriva, ante todo, del derecho al trabajo y a la libertad de profesión u oficio, constitucionalmente reconocidos (art. 35.1 CE), que no permiten prohibir a una persona tener más de un empleo o jornadas acumuladas límites. Esta lectura del texto constitucional ha sido reforzada por una sentencia del propio Tribunal Constitucional en la que consideró, en un caso del despido de un trabajador que se encontraba trabajando para otra empresa durante sus vacaciones anuales, que el empresario invadía la intimidad del trabajador controlando lo que este hacía durante su tiempo de vacaciones. Más aún, dicha sentencia consideró que forma parte del libre desarrollo de la personalidad de cada uno la libre decisión de lo que hace durante su tiempo de no trabajo y que atenta contra su dignidad la concepción de las vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación posterior del trabajo, convirtiendo al trabajador en un mero factor de producción²⁷.

Ni siquiera desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea podrían impedirse estos excesos de jornada de trabajo. En concreto, la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, cuando establece la jornada máxima semanal de 48 horas en promedio cuatrimestral, lo

27 STC 192/2003, de 27 de octubre (BOE 26 de noviembre).

hace en relación con cada contrato de trabajo, computado de manera independiente²⁸. Es cierto que una Comunicación de la Comisión Europea ha interpretado que los límites del tiempo de jornada medio semanal y los descansos diarios y semanales deberían aplicarse por cada trabajador y no por cada contrato «en la medida de lo posible», pero no se atreve a interpretar que ello sea algo que lo imponga la Directiva²⁹. Por el contrario, en dicha Comunicación se reconoce que la Directiva no especifica claramente si los máximos de jornada y los descansos mínimos se aplican con referencia a cada contrato o en su conjunto para todos los contratos que tenga un mismo trabajador. Desde luego, cuando uno de los trabajos lo es como autónomo, para este nunca rigen los límites de la Directiva sobre jornada máxima de trabajo. Y, por último, el Tribunal de Luxemburgo ha declarado que los máximos se calculan acumulando las jornadas de dos contratos solo cuando estos se celebran con un mismo empleador; esa referencia exclusiva al caso de que se trata del mismo empleador la ha recalado de manera precisa y expresa la sentencia clave en esta materia, con la voluntad de que quede claro que tal criterio no puede extenderse a los supuestos en los que se trabaja para varios empresarios³⁰.

Como complemento a lo anterior, el propio Derecho de la Unión Europea, a través de la Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, establece que un empleador no puede impedir a un trabajador aceptar empleos con otros empleadores fuera de su jornada de trabajo, ni puede someterlo a un trato desfavorable por este motivo³¹. Esta Directiva únicamente permite que los Estados miembros puedan establecer restricciones al pluriempleo por motivos objetivos, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses³². El ordenamiento nacional español a estas alturas no ha transpuesto esta

28 Directiva 2003/88, de 4 de noviembre (DOUE 18 de noviembre).

29 Comunicación de la Comisión Europea interpretativa sobre la Directiva 2003/88, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE 24 de marzo de 2023).

30 STJUE de 17 de marzo de 2021, C-585/19, ECLI:EU:C:2021:210.

31 Art. 9.1 Directiva 2019/1152, de 20 de junio (DOUE 11 de julio).

32 Art. 9.2 de la Directiva mencionada en la nota precedente.

Directiva, incumpliendo en estos momentos lo previsto en la misma, dado que en la regulación vigente estas causas justificativas de excepción no se encuentran incorporadas a nuestro ordenamiento para los pactos de exclusividad (art. 21.3 ET).

Por último, por ser más precisos, en el Derecho de la Unión Europea sí que se puede traer a colación una actividad muy singular para la que el límite de jornada se establece con referencia conjunta a todas las empresas para las que pueda prestar servicios el trabajador. Se trata del caso muy particular ya referido de los trabajos móviles en el transporte por carretera³³. Eso sí, ello se contempla precisamente porque de manera excepcional en esa actividad se permite la realización hasta un máximo de 60 horas semanales y, al propio tiempo, la expresa previsión supone, a sensu contrario, que la regla general es que los límites de jornada se aplican respecto de cada contrato de trabajo de manera independiente. La propia legislación española que transpone dicha Directiva igualmente refiere la jornada máxima en esta actividad a varios empresarios, pero en los mismos términos debe ser leída en clave de excepción a la regla general que refiere la jornada a cada contrato por separado: «En el tiempo de trabajo de los trabajadores móviles se incluirán todas las horas trabajadas para uno o más empresarios en el período considerado. A tal efecto, el empresario solicitará por escrito al trabajador el cómputo de tiempo de trabajo efectuado para otros empresarios. El trabajador facilitará estos datos por escrito»³⁴.

En definitiva, más allá de este supuesto singular para los trabajos móviles en el transporte por carretera, solo cabría aplicar una acumulación de jornadas de varios contratos de trabajo para aquellos supuestos, igualmente particulares, en los que esos dos contratos son a tiempo parcial con un mismo empleador.

33 Art. 4 b Directiva 2002/15, de 11 de marzo, DOUE 23 de marzo, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera).

34 Art. 10 bis apartado 3 Reglamento de jornadas especiales de trabajo, con conforme a la redacción establecida por el Real Decreto 902/2007, de 6 de julio (BOE 18 de julio).

Incluso si se aceptase que sería viable de futuro establecer límites prohibitivos de jornada máxima acumulada para casos de pluriempleo, cosa difícil de aceptar con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada, en la práctica ello no sería otra cosa que pretender ponerle puertas al campo. De un lado, la prohibición quedaría fuera siempre cuando uno de los trabajos lo es como autónomo, con el riesgo de que para evitar la prohibición se produzcan presiones de huida del trabajo asalariado hacia discutibles formas de autonomía profesional. De otro lado, si se trata de dos contratos de trabajo, cada empleador por separado actuaría correctamente y en ningún caso podría investigar lo que hace el trabajador durante sus tiempos de no trabajo. Incluso si se encomendase el control a la Seguridad Social, por intermediación de la Inspección de Trabajo, el riesgo no sería otro que «invitar» a estas personas a realizar estos segundos trabajos en el ámbito del empleo irregular.

Al final, la clave se encuentra en el diagnóstico correcto de cuáles son las causas determinantes de que se acuda al pluriempleo en nuestro mercado de trabajo, qué pluriempleo es libremente deseado por el trabajador que no procedería corregir y cuáles son las causas de un pluriempleo indeseado pero forzado por las circunstancias económicas personales o familiares. En concreto, habría que ver hasta qué punto se trata de un problema de bajos salarios para cierto tipo de empleos poco cualificados, hasta qué punto se mantienen miembros de la unidad familiar como inactivos sin un razonable reparto de trabajo y de responsabilidades familiares dentro de la misma, incluso hasta qué punto para ciertas unidades familiares resultan demasiado restrictivos los actuales requisitos de reconocimiento del Ingreso Mínimo Vital.

IV. Los requerimientos contrapuestos de flexibilidad en la gestión del tiempo: la corresponsabilidad familiar

Complementariamente a los precedentes aspectos, que podríamos calificar como más clásicos, el tiempo de trabajo constituye una institución que se enfrenta a retos novedosos, que obligan a la revisión de su regulación

a la luz de los cambios culturales, sociales y organizativos empresariales. Se trata, pues, de una legislación que se enfrenta a desafíos inexplorados.

Muchas serían las vertientes para analizar desde esta perspectiva, si bien cabe destacar en esencia tres vertientes: 1) los cambios derivados del impacto de las responsabilidades familiares sobre la gestión del tiempo de trabajo; 2) las modificaciones organizativas o de gestión del empleo por parte de las empresas; 3) las transformaciones tecnológicas.

Desde la primera de las perspectivas, destacaría cómo mientras que en el pasado solamente importaba la cantidad (duración de la jornada), ahora también importa la distribución del tiempo de trabajo (horario de trabajo). Para los trabajadores ya no se trata solo de que se les permita reducir su jornada total de trabajo, sino que, también, cuando no, sobre todo, se establezca un régimen de horario de trabajo compatible con las responsabilidades familiares, especialmente las que, por desgracia, siguen soportando con mayor intensidad las mujeres. No es meramente anecdótico la presencia masiva de las mujeres en el empleo público, no tan potente en el empleo privado, que, en gran medida, constituye un espacio de mayor adaptación para compatibilizar responsabilidades familiares y laborales; o bien, si se quiere, que haya más mujeres juezas que abogadas. Esperemos que vayan cambiando las cosas también desde este punto de vista cualitativo, en favor más de la corresponsabilidad familiar y no tanto sobre los tiempos de ausencia del trabajo de las mujeres para atender a las responsabilidades familiares comunes.

En todo caso, la regulación del tiempo de trabajo se vuelve cada vez más compleja, desde el instante en el que no se trata solo de regular la cantidad, sino también, cuando incluso diría, sobre todo, de gestionar los tiempos de trabajo, para que, al mismo tiempo, respondan a los requerimientos de flexibilidad empresarial y a las aspiraciones de adaptación horaria a favor de las necesidades de atención familiar por parte de todos. El fenómeno requiere un amplio debate, por un doble motivo, más allá de las aplicaciones técnicamente complejas de la regulación vigente.

Primer motivo, por cuanto que la dosis de flexibilidad reclamada por las empresas en ciertas actividades resulta cada vez más intensa por lo que se refiere al uso de la jornada irregular, por cuanto que aspiran a trasladar a los trabajadores el riesgo derivado de la volatilidad de los mercados de

trabajo, más intensa en ciertos momentos, menos en otros momentos. Especialmente significativo es el tema, cuando las tradicionales medidas más traumáticas de flexibilidad externa se quieren sustituir por las fórmulas más defendidas en estos momentos de flexibilidad interna, pero que no puede desconocerse que se distribuyen de manera desigual entre unos y otros tipos de trabajadores; por solo mencionar el caso prototípico, mayor flexibilidad requerida a los trabajadores a tiempo parcial, comparativamente con los trabajadores a tiempo completo, resultando más que significativa la presencia de mayor empleo femenino entre los trabajos a tiempo parcial.

Segundo motivo, por cuanto que lo anterior atribuye una trascendencia especial al papel de la negociación colectiva en esta materia. En efecto, debe tenerse muy presente, como ya destacábamos en el primero de los apartados, que tanto la ley vigente de las 40 horas semanales, como la futura a resultas de la comprometida reducción hasta las 37,5 horas semanales, se establece en cómputo promedio anualizado. Ello significa que el modo de materializar en cada sector y en cada empresa esta posible reducción legal de jornada puede ser muy diferente desde la perspectiva cualitativa de la distribución horaria. Y ello no lo va a condicionar la norma estatal, sino que depende muy mucho de cómo se negocie su incorporación a los convenios colectivos. Más aún, insistiendo en lo ya dicho, si se me permite situarme en el terreno propositivo, sería conveniente que la norma no se limite a reducir la jornada, sino que, coetáneamente, establezca un período temporal corto de adaptación de los convenios colectivos para que estos determinen el cómo se debe implementar la reducción de la jornada de trabajo en términos de distribución de la misma.

V. La incidencia de los cambios en la organización del trabajo sobre la gestión del tiempo de trabajo

Segunda perspectiva novedosa, las nuevas formas de organización del trabajo en ciertas actividades profesionales, cada vez más innovadoras, refuerzan los procedimientos de identificación de las fórmulas de tareas por objetivos, con menor relevancia para la empresa de las fórmulas

de actividad del trabajador contabilizada por horas de trabajo. Para las empresas, respecto de este tipo de actividades, resulta irrelevante contabilizar el tiempo que el trabajador dedica a los cometidos que se le asignan, pasando a primar el control de los resultados al margen de cuál sea la jornada empeñada por cada uno. Sin llegar a pasar a un modelo de trabajador autónomo, que se autogestiona sus tiempos de trabajo, se aproxima mucho a esta flexibilidad intensa de los tiempos de trabajo del empleado, con tal de que se logren los objetivos programados. De este modo, mientras que, en el pasado, en cuestiones de tiempo, lo decisivo para las empresas era el tiempo dedicado a la actividad laboral, que era el mecanismo por excelencia de la dedicación del trabajador a la empresa, ahora eso pasa a segundo o a un muy segundo plano para las empresas. Sin embargo, para los trabajadores el factor tiempo sigue siendo clave para marcar sus deberes laborales. En definitiva, las reglas sobre tiempo de trabajo empiezan a ser mucho menos importantes para las empresas, al extremo que desearían que desapareciesen. Sin embargo, con toda justificación, la legislación laboral, en su lógica más tradicional, mantiene el criterio del cómputo del tiempo y del registro horario como elemento decisivo de tutela del trabajador, incluso en este tipo de trabajos cada vez más extendidos en los que las obligaciones de los trabajadores se predeterminan por objetivos con independencia del tiempo que ello implique. En todo caso, más allá de que el legislador mantenga inalterable el elemento temporal como referente para la determinación de las obligaciones del trabajador, ello tiene una repercusión cada vez menos importante en el régimen de determinación de la retribución de este tipo de trabajadores; dicho con simplicidad, la centralidad que tenía en el pasado la cantidad de tiempo de trabajo como elemento de determinación del salario, en estos trabajos viene a menos, cuando el salario se determina, en gran medida, en atención al cumplimiento de los objetivos marcados y, por tanto, prima la parte variable del salario frente a la parte fija del mismo.

VI. La incidencia de los cambios tecnológicos sobre la gestión del tiempo de trabajo

Tercera perspectiva, los cambios organizativos unidos a los cambios tecnológicos, están provocando multitud de situaciones intermedias frente a un modelo de dualidad prevalente en el pasado. Por decirlo con simplicidad, en el pasado solo había dos opciones: o el trabajador estaba trabajando a pie de obra (tiempo de trabajo, como dirían los romanos tiempo de negocio) o el trabajador estaba ausente de la actividad profesional (tiempo de trabajo, como dirían los romanos tiempo de ocio): qué sabios eran los romanos cuando al trabajo le llamaban tiempo de «nec ocio», es decir de no ociosidad. Ahora surgen multitud de situaciones difusas, donde no resulta irrelevante la respuesta jurídica que se dé en términos de si se debe o no computar como tiempo a efectos de determinar la jornada de trabajo de cada empleado.

Baste a tal efecto con traer a colación la extensión de fenómenos que marcan zonas grises en la delimitación conceptual desde el punto de vista jurídico de lo que deba considerarse como tiempo de trabajo. Se trata de zonas grises derivadas de la mayor complejidad en la gestión del tiempo en ciertas actividades, que en el pasado podrían tener un carácter marginal, pero que cada vez se encuentran más extendidas: sanitarios, bomberos, personal de seguridad, etc. Se trata, sobre todo, de trabajadores que se encuentran durante ciertos períodos de tiempo a disposición del empleador, pero sin efectuar, en términos materiales, actividad de trabajo, pero, también, en situación de no descanso, pues están a lo que sean las necesidades y requerimientos del empleador. A estos efectos, cabría diferenciar distintas situaciones en la que se puede encontrar un trabajador: 1) tiempo de trabajo real, es decir, cuando el trabajador se encuentra materialmente efectuando su actividad profesional; 2) tiempo de presencia, cuando el trabajador se encuentra en el centro de trabajo o en el lugar de trabajo, sin trabajar efectivamente, pero disponible en cualquier instante a un requerimiento de trabajo inmediato por parte de la empresa; 3) tiempo de disponibilidad fuera del centro de trabajo con condicionantes de libertad de administrar la vida privada; 4) tiempo de localización, cuando el trabajador puede estar dedicándose a la actividad privada que desee, pero con la obligación de estar próximo geográficamente

a su lugar de trabajo y en condiciones de poder acudir de forma inmediata a trabajar si así es requerido por la empresa; 5) tiempo de descanso pleno, cuando el trabajador puede dedicarse plenamente a su vida privada sin ninguna obligación de disponibilidad respecto de cualquier tipo de requerimiento empresarial. Las dudas que se suscitan al respecto son cuáles de estos tiempos se han de tomar en consideración a efectos de computar el tiempo de trabajo obligado por el empleado. Por pura lógica, resulta obvio que siempre la primera situación en todo caso forma parte de la jornada laboral y la quinta de ellas en ningún caso forma parte de esa jornada de trabajo, cifrándose las dudas en las tres situaciones intermedias: tiempo de presencia, tiempo de disponibilidad y tiempo de localización.

Así, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el tiempo de presencia sí que ha de computarse en todo caso como tiempo de trabajo, no así el tiempo de localización que, en ningún caso, se computará como tiempo de trabajo: los elementos característicos del tiempo de trabajo concurren desde luego cuando el personal está presente en el centro de trabajo y no por el mero hecho de estar localizable, pues en este caso solamente debe entenderse como tiempo de trabajo el correspondiente a la efectiva prestación de servicios³⁵. También lo ha estimado así el Tribunal Supremo, considerando como tiempo de trabajo a todos los efectos la presencia física del trabajador en el centro o lugar de trabajo sin realización de trabajo efectivo, pero a disposición del empleador³⁶, pero no como tiempo de trabajo el que es de exclusiva localización³⁷. Los casos más complicados se sitúan en la franja intermedia entre la mera localización y la presencia en el centro sin estar prestando servicios efectivamente, que es lo que hemos denominado tiempo de disponibilidad. Para estos tiempos de disponibilidad se interpreta que debe computarse como tiempo de trabajo

35 STJUE 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528.

36 SSTS 26 de septiembre de 2022, rec. 111/2020, ECLI:ES:TS:2022:3452; 22 de noviembre de 2022, rec. 3318/2021, ECLI:ES:TS:2022:4512; 7 de junio de 2023, rec. 221/2021, ECLI:ES:TS:2023:2597. Por ejemplo, el tiempo que el trabajador acompañó al vehículo transportado durante los trayectos en ferry o transbordador debe ser considerado tiempo de presencia, y no tiempo de descanso (STS 11 de enero de 2024, rec. 3148/2021, ECLI:ES:TS:2024:82).

37 STS 18 de abril de 2023, rec. 185/2021, ECLI:ES:TS:2023:1607.

en el caso de que el trabajador deba acudir en breve tiempo al llamamiento de la empresa a la realización del trabajo y cuando, en particular, de una apreciación global de todas las circunstancias, se aprecie una elevada frecuencia media de llamamientos para acudir al trabajo en el transcurso de ese período, así como cuando se desprenda que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y pueda dedicarlo a sus propios intereses; el hecho de que el entorno inmediato del lugar en cuestión sea poco propicio para el ocio carece de pertinencia a efectos de dicha apreciación³⁸.

Estas incertidumbres en la delimitación de las situaciones a computar a efectos del cumplimiento de la jornada de trabajo tienen una capacidad expansiva con el uso de las tecnologías digitales en una amplia gama de nuevos trabajos: teletrabajo, distribuidores de mercancías, transporte de personas, etc. En este tipo de trabajos «digitalizados» técnicamente resulta viable trasladar el riesgo empresarial a los trabajadores, lo que, una vez más, no únicamente tiene repercusión sobre el régimen del tiempo de trabajo sino, sobre todo, sobre la retribución del trabajo.

Baste con mencionar el asunto relativo a la aplicación de las reglas sobre jornada y retribución por unidad de tiempo a los *riders*. Nos hemos centrado tanto en el debate acerca de la disyuntiva entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, que no hemos tenido en cuenta otros aspectos de igual relevancia. Particular interrogante se puede plantear respecto de los tiempos muertos de los *riders* entre encargo y encargo, pero con la aplicación conectada y a la espera de un siguiente encargo.

38 SSTJUE 21 de enero de 2018, asunto C-518/15, Matzak, ECLI:ES:C:2018:82; 9 de marzo de 2021, C-580/19, Stadt Offenbach am Main, ECLI:EU:C:2021:183; 9 de marzo de 2021, C-344/19, Radiotelevizija Slovenija, ECLI:EU:C:2021:182; 9 de septiembre de 2021, asunto XR y Dopravni, C-107/19, ECLI:EU:C:2021:722; 11 de noviembre de 2021, asunto MG y Dublin City Council, C-214/20, ECLI:UE:C:2021:909, donde no se considera tiempo de trabajo un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial cubierto por un bombero del retén, durante el cual dicho trabajador ejerce, con la autorización de su empresario, una actividad profesional por cuenta propia, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos.

Con independencia del régimen retributivo que se pueda establecer, a nuestro juicio se trata de tiempo computable como parte de la jornada de trabajo, en la medida en la que encajan dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el tiempo de disponibilidad que forma parte del concepto de jornada de trabajo. Eso sí, ello puede resultar de escasa relevancia desde el punto de vista del empleador, porque al final solo le va a retribuir en base en los resultados, sobre la base del número de productos entregados. Eso sí, en todo caso, estos trabajadores deben gozar de la garantía retributiva derivada de la aplicación del salario mínimo interprofesional. Diferente es que desde la perspectiva de lo razonable el salario no debería fijarse exclusivamente a base de los productos entregados, pues con ello se traslada al trabajador el riesgo de cambios de conductas de los usuarios y consumidores en cuanto a realizar más o menos encargos y, sobre todo, no se retribuye el tiempo de disponibilidad.

VII. Vías indirectas de juego del trabajo a llamada

La combinación de cambios tecnológicos y organizativos, junto con cambios legales recientes, abre paso a que nuevas formas de trabajo por tareas o por objetivos deriven en una falta de previsibilidad de la jornada a realizar por el trabajador, o bien del momento en el que esta ha de realizarse. Ello apela a la hipótesis del trabajo a llamada, también denominado a tarea o a demanda, donde concurre un elemento de imprevisibilidad en las condiciones de trabajo, en la medida en la que no se conoce con certeza el tiempo de trabajo derivado del contrato, tanto en la cantidad de horas de trabajo (jornada) como de su distribución (horario). Si se me permite el símil, en el trabajo a llamada se produce la parábola evangélica de las vírgenes prudentes, que debían estar permanentemente en vigilia, preparadas con aceite para sus lámparas, pues no sabían el día ni la hora en la que podían ser llamadas. Por lo que aquí nos afecta, esta posibilidad lleva a preguntarse hasta qué punto están surgiendo formas subrepticias de trabajos a llamada, que se insertan en nuestra realidad

más allá de que algunos pretendan afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico ni se prevé ni se permite el trabajo a demanda o a tarea³⁹.

Esta última afirmación resulta cuando menos discutible en dos manifestaciones concretas de la vigente regulación del trabajo fijo discontinuo, que no responde a la necesidad de atender a actividades estacionales o de temporada que sí permiten la previsibilidad del cuándo y cuánto del trabajo a realizar.

De un lado, para el caso de los trabajadores, puestos a disposición a través de empresas de trabajo temporal, contratados como fijos discontinuos para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos⁴⁰. En esta hipótesis no se conoce la jornada de trabajo a realizar por el trabajador en un año, porque depende del número futuro de contratos de puesta a disposición que se celebren. Al indicar la norma que los convenios colectivos pueden fijar una garantía de empleo para estos trabajadores, significa, interpretado en sentido contrario, que, si la negociación colectiva no la contempla, no tienen ningún tipo de garantía de ocupación y, por tanto, no tienen una jornada mínima de trabajo anual. En definitiva, aunque se trate de un supuesto muy singular e, incluso, en la práctica pueda estar jugando como un mecanismo de menor rotación laboral y mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores puestos a disposición, formalmente llega a diseñarse como una manifestación de trabajo a llamada, incluso en su variante más extrema del contrato cero horas.

De otro lado, aparece el contrato fijo discontinuo a través de contratas, fórmula también introducida por la reforma laboral de 2021: «El

39 Por todos, Proyecto de Ley por la que se modifican 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, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 16 de febrero de 2024, serie A, núm. 8-1.

40 Art. 10.3 p. 2 Ley 14/1994, de 1 de junio, apartado introducido por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa» (art. 16.1 p. 2 ET). La norma está contemplando un supuesto de celebración de contrata sucesivas, que posibilita la celebración de un contrato fijo discontinuo para prestar servicios sucesivos con distintas empresas principales a través de la ejecución de diversas contrata. Al trabajador se le contrata para ejecutar contrata sucesivas, que entran dentro de lo previsible y del carácter ordinario de la empresa contratista. Ello, en la práctica, proporciona mayores expectativas de ocupación por parte del trabajador, pero, al propio tiempo, desde el punto de vista del régimen del tiempo de trabajo, existe formalmente imprevisibilidad en cuanto a la duración de la jornada del trabajador a lo largo de un año y de su distribución, en función de los llamamientos que se efectúe al trabajador para destinarlo a la ejecución de una nueva contrata celebrada por la empresa contratista. En estos casos, los convenios colectivos sectoriales pueden determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, es de tres meses (art. 16.4 p 2 ET). Por esta vía, de manera indirecta se fija un cierto tiempo de ocupación garantizada al trabajador, pero no por ello deja de desaparecer la imprevisibilidad por lo que refiere a la jornada total de cada año, así como su distribución. Prueba de ello es que en el contrato de trabajo debe figurar la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento (art. 16.2 ET). Precisamente por ello, aunque sea un supuesto muy singular, también se trata de una variante del trabajo a llamada, en la medida en la que el trabajador desconoce cuándo la empresa va a celebrar una nueva contrata y sus características; por ello, la jornada y su distribución solo la va a conocer en el momento de cada llamamiento. Aunque pueda considerarse que se trata de una pura casualidad que a cada nuevo encargo para la ejecución de una nueva contrata se le denomina llamamiento y no sea intencionado por el legislador, lo cierto es que de hecho apela al trabajo a llamada. También en este caso, a semejanza de lo que se prevé para las empresas de trabajo temporal, se contempla para todos los fijos discontinuos,

incluidos, por tanto, los que se celebran en el marco de las contrataciones de obras y servicios, la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer un período mínimo de llamamiento anual (art. 16.5 p. 3 ET); por tanto, si la negociación colectiva no prevé tal período mínimo, el fijo discontinuo no tienen ningún tipo de garantía de ocupación y, por tanto, no tienen una jornada mínima de trabajo anual.

El tercer lugar, el contrato de trabajo a tiempo parcial también deja huecos que permitirían la existencia, más o menos ocultas, de trabajo a llamada. Siempre se ha entendido que el trabajo a tiempo parcial no permite el trabajo a llamada, por cuanto que se exige que el contrato deberá figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo (art. 12.4 a ET). Ciertamente, de existir clara concreción de la jornada horaria y de su concreción, no podría existir trabajo a llamada. Sin embargo, existirían dos huecos que lo permitirían. De un lado, si ello depende del «modo» como lo contemple el convenio colectivo, este podría hacerlo de modo abierto, que permitiera una determinación de cierta imprecisión que, aunque no fuera plenamente, abriera paso a ciertas formas de trabajo a llamada, a pesar de que para el Tribunal Supremo los convenios colectivos no pueden introducir regímenes de contrato a tiempo parcial a llamada⁴¹. De otro lado, en el caso de incumplimiento de este requisito sus consecuencias desde el punto de vista contractual estricto son poco significativas desde la perspectiva que estamos analizando; en efecto, la norma no contempla un sistema de predeterminación del tiempo, en su cuantía y en su distribución, pues solo contempla una presunción ‘iuris tantum’ de que el contrato lo es a tiempo completo (art. 12.4 a p. 2 ET); eso sí ello no tiene ninguna consecuencia caso de que efectivamente el trabajo lo sea a tiempo parcial, demostrable fácilmente por el empresario, con pacto de indeterminación de la jornada y de su distribución que se mantiene y, por tanto, que se materializa por esta vía una forma de facto de trabajo a llamada. Aparte de ello, también cabría la imposición de sanción administrativa por infracción tipificada como grave, al tratarse de una transgresión de las normas sobre tiempo de

41 STS 29 de octubre de 2019, rec. 92/2018, ECLI:ES:TS:2019:3564.

trabajo contemplada en la regulación del trabajo a tiempo parcial (art. 7.5 Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social). Ejemplo prototípico de esta forma de trabajo a llamada canalizado a través del trabajo a tiempo parcial se puede encontrar en el caso de los distribuidores de mercancías tipo *riders*, donde la actividad laboral depende de la demanda de encargos que se produzca, por cuanto que la carga de trabajo y, por tanto, de tiempo de trabajo es muy variable e imprevisible según los días, en términos tales que no es fácil predeterminedar la jornada de trabajo y su distribución en este tipo de trabajos. A veces, incluso a la inversa, es el propio trabajador quien decide libremente cuando conecta o desconecta la aplicación y es el mismo quien determina su jornada y horario de trabajo, sin que ello en estos momentos se encuentre contemplado legalmente.

Por último, cabría mencionar algún supuesto concreto de formalización de un contrato como autónomo a llamada, considerado judicialmente como falso autónomo, por tanto, considerado como laboral, pero sin alterar el régimen de trabajo a llamada. Se trata en concreto de una empresa que prestaba servicios de traducción al Ministerio de Justicia, pero sin garantías de ocupación temporal al traductor, circunstancias en la que pretendía basarse la empresa para calificar su relación como trabajo autónomo, pero que rechazó el Tribunal Supremo⁴². Se trata de supuestos de trabajo irregular, donde ni siquiera hay un compromiso mínimo de ocupación por parte de la empresa que le da trabajo, en términos tales que, en la práctica, se asimila al contrato de cero horas, pues no se pacta ninguna garantía mínima de trabajo.

A la vista de los diversos supuestos precedentes, cabe concluir que, con diversa intensidad y alcance, el trabajo a llamada se encuentra presente en nuestra realidad laboral y tiene cierta acogida dentro de la normativa vigente. Algunas de las nuevas formas de trabajo derivadas de cambios productivos y tecnológicos provocan este resultado de asentamiento en nuestro mercado de trabajo, que, incluso, acaban ubicándose por vías diversas en nuestra legislación. Declarar que nuestro ordenamiento jurídico ni lo prevé ni lo permite podría ser cierto en el pasado, pero, hoy en día, no responde a la realidad. Ponerse una venda en los ojos

42 STS 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015, ECLI:ES:TS:2017:4552.

en estos momentos solamente puede producir dos efectos. Uno, que el trabajo a llamada se canalice a través del trabajo autónomo, que se desarrollaría con elevadas dosis de vulnerabilidad, por cuanto que el riesgo y la incertidumbre de condiciones profesionales vendría asumida en su práctica totalidad por parte del trabajador. El otro, que, canalizándose por vía del trabajo asalariado, la anomia regulativa igualmente desembocase en falta de adaptación legal o en un nuevo escenario de falta de contrapesos en los intereses de las partes.

En definitiva, todo lo anterior aboca a la necesidad de regular el trabajo a llamada, identificando sus límites y garantías mínimas a favor de los trabajadores. En esa perspectiva, la Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles puede presentarse como un útil instrumento de identificación de las garantías mínimas y contrapesos que se pueden establecer al efecto⁴³. Por ejemplo, reconocer el derecho del trabajador a que, en estos casos en los que se produzca un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, solo se le pueda obligar a prestar servicios si existe una predeterminación del tiempo de trabajo y que se establezca un preaviso razonable cada vez que se realice un llamamiento (art. 10.1), de modo que, si no se cumple alguno de estos requisitos, el trabajador libremente pueda rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables (art. 10.2); el derecho del trabajador a percibir una indemnización si el empresario cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada previamente con el trabajador (art. 10.3). De otra parte, establecer un régimen que posibilite, ante la imprevisibilidad de ingresos estables en el trabajo a llamada, la realización de un trabajo paralelo en forma de pluriempleo, de forma que el trabajo a llamada no dificulte asumir ese segundo empleo (art. 9).

43 Directiva 2019/1152, de 20 de junio (DOUE 11 de julio), relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

La primacía de la normativa de la Unión Europea y la Seguridad Social española: desencuentros y perspectivas

María Amparo Ballester Pastor

Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Sumario

I. Punto de partida y contexto de la STJE de 14 de septiembre de 2023, 149
II. La problemática proyección de futuro: los escenarios que se abren, 157 2.1. Las secuelas del desaparecido complemento de maternidad, 157 2.2. El complemento de brecha de género: la continuación del complemento de maternidad, 161 2.3. Los beneficios exclusivos para mujeres en materia de cobertura de lagunas de cotización: más de lo mismo, 165 2.4. El coeficiente de parcialidad: una cuestión todavía pendiente, 167 2.5. La prestación de desempleo: otro espacio incierto, 168

La historia de las relaciones entre la seguridad española y la normativa de la Unión Europea está por construir. Hoy por hoy es una relación compleja, cuyos entresijos hemos visto en las varias sentencias del TJUE que en los últimos años han declarado discriminatorios por razón de sexo, algunos preceptos de la normativa de seguridad social española (*Elbal Moreno, Villar Laiz, Espadas Recio, WA ...*)¹. Estas sentencias del Tribunal Europeo significan que la lucha contra la discriminación, incluyendo la discriminación indirecta, debe llegar a todos los espacios del ordenamiento jurídico, y también a la seguridad social. Sin embargo, estas sentencias han supuesto una verdadera revolución en el ámbito de las funciones y competencias de las instituciones de la seguridad social española que se han encontrado con el principio de primacía de la normativa EU y de la jurisprudencia del TJUE sin esperarlo y probablemente sin estar preparadas para ello. De este nuevo escenario, de lo que ha sucedido y de lo que podría suceder, tratan las páginas que siguen.

I. Punto de partida y contexto de la STJE de 14 de septiembre de 2023

El punto de referencia en torno al que gravita el presente trabajo es la STJUE de 14 de septiembre de 2023, asunto *DX*, C-113/22². La sentencia resolvía una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el TSJ de Galicia por el tema del complemento de maternidad por aportación demográfica (en adelante me referiré a él como complemento de maternidad). Este complemento ya había sido objeto de una cuestión prejudicial anterior que concluyó con una sentencia del TJUE que declaró la ilegalidad comunitaria del mismo por ser discriminatorio al contravenir lo establecido en la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

1 Sobre la evolución ascendente del número de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, LOUSADA AROCHENA, *La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia vista desde un órgano judicial español*, Ed. Laborum, 2021, pp. 23 ss.

2 Sentencia a la que Eduardo Rojo dedicó una interesante reseña en su blog. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/complemento-por-aportacion-demografica.html>

(STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto *WA*, C-450/18)³. La STJUE dictada en el asunto *DA* (2023) es, pues, una secuela de la STJUE dictada en el asunto *WA* (2019), que se pronuncia acerca de la resistencia de las instituciones de seguridad social españolas a cumplir *motu proprio* lo establecido por el TJUE.

La historia es bien conocida. El INSS se negó a reconocer automáticamente a los hombres el complemento de maternidad, tal y como establecía el TJUE, obligándoles a entablar la correspondiente reclamación judicial. Esta resistencia se formalizó expresamente en el criterio de gestión 1/2020 del INSS que fue un curioso documento que reflejaba fehacientemente la determinación de la administración de seguridad social de actuar en contra de lo establecido por el TJUE, al menos en tanto en cuanto no se produjera el acatamiento por el legislador de lo establecido por aquel⁴. El TJUE en el asunto *DX* (2023) reconoció el derecho a la indemnización por daños en beneficio de la víctima de discriminación, obligada a reclamar judicialmente su derecho.

Puede llamar la atención que la víctima de discriminación por razón de sexo fuera un hombre. Y más aún que el TJUE reconociera a su favor una indemnización adicional por daños que en muchas ocasiones es difícil de obtener cuando la víctima de la discriminación por razón de sexo es una mujer. Ciertamente, es curioso que algunas de las sentencias más relevantes del TJUE en materia de discriminación por razón de sexo hayan tenido

3 Un interesante comentario acerca de la legalidad/ilegalidad comunitaria del complemento de maternidad español antes de la STJUE *DX* (2019), con profusa referencia doctrinal y jurisprudencial, en el blog de Eduardo Rojo. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/01/es-conforme-la-normativa-europea-el.html>

4 El criterio de gestión 1/2020 del INSS fue sustituido más de un año después por el criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, que reconoció la concesión automática al solicitante hombre, pero estableciendo requisitos adicionales, como la reducción del complemento de maternidad del hombre en la cuantía del complemento de brecha de género que se hubiera reconocido a la mujer.

como víctima a un hombre⁵. No obstante, la cuestión de las sentencias *WA* y *DX* debe abordarse desde la perspectiva de la acción afirmativa y desde la lucha contra los estereotipos, que es como lo trata el TJUE. El tema enlaza con la cuestión, consolidada en la doctrina del TJUE, de que no todas las medidas de acción afirmativa son acomodadas al derecho de la UE dejando de ser lícitas para convertirse en discriminatorias cuando reproducen estereotipos de género vinculados a la perpetuación de roles de cuidado⁶. Se ve claro con los permisos parentales, que deben ser neutros para no perpetuar roles de cuidado. Puede ser más difícil de ver en otros beneficios compensatorios del cuidado, como estos complementos de pensión, que son de cuidado porque se aplican a las personas con dos o más hijos, pero la lógica del TJUE es la misma.

Más allá de la valoración que cada uno/a haga, lo cierto es que el TJUE ha reiterado hasta la saciedad que no caben medidas que establezcan beneficios o derechos exclusivos o preferentes para las mujeres dirigidos a compensar su esfuerzo en el cuidado de menores o dependientes. Esta doctrina del TJUE tenía que haber sido tenida en cuenta por el legislador de 2016 y, por no haber sido así, nos encontramos actualmente con dos sentencias en contra del TJUE y con unos costes inútiles que agravan la situación de la seguridad social. Nos guste o no, lo cierto es que la postura del TJUE acerca de la acción afirmativa válida en atención a los estereotipos de género estaba bien consolidada y era bien conocida (o debía serlo) desde hace tiempo.

Sin embargo, procede volver a la STJUE dictada en el asunto *DX* (2023). Su principal rasgo es que refuerza el principio de primacía y efectividad de la normativa de la Unión Europea. En efecto, la indemnización que la STJUE reconoce en esta sentencia a favor de quien ha sido víctima de una discriminación por parte de la Administración de la seguridad social española no hace más que reconocer hasta sus últimas consecuencias que

5 Por ejemplo, la emblemática STJUE de 17 de mayo de 1990, asunto *Barber*, C-262/88 (utilizaré el término «TJUE» para todas las sentencias del Tribunal de Justicia europeo, independientemente de su fecha y del nombre que en cada momento tuviera el Tribunal). También de gran trascendencia fueron las sentencias dictadas en materia de cuotas a la contratación. Por todas, STJUE de 17 de octubre de 1995, Asunto *Kalanke*, C-450/93.

6 Por todas, STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto *Roca Alvarez*, C-104/09.

el derecho de la Unión Europea es prevalente. Lo hace consolidando la subordinación de todas las administraciones al derecho de la UE (y no solo las judiciales y legislativas) y validando la indemnización como mecanismo disuasorio de primer orden. El principio de primacía se eleva a su máxima expresión (y a sus máximas consecuencias) con esta STJUE porque obliga a revertir lo establecido por el Tribunal Supremo español⁷ que, previamente, había establecido que cuando se reclama el complemento de maternidad no procede aplicar también indemnización por daños⁸. Justo lo contrario que establece la STJUE *DX* (2023).

Procede destacar que la sentencia dictada en el asunto *DX* (2023) se produjo apenas un año después de la emblemática STJUE de 28 de junio de 2022, *Comision c. España*, C-278/20, en la que el TJUE falló contra España por no permitir a los particulares acceder a indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del Estado en caso de incumplimiento de este de la normativa UE, sin pasar por requisitos tales como una sentencia desestimatoria previa de la jurisdicción española. La sentencia de *Comision c. España* (2022) y la sentencia dictada en el asunto *DX* (2023) son parecidas porque en ambas el TJUE recuerda a España que el derecho UE y la jurisprudencia del TJUE son obligatorias para todas las Administraciones internas automáticamente, sin que quepa obligar a los administrados a cumplir trámites internos o a agotar la vía judicial interna. En todo caso, ambas sentencias indican que en España ha existido hasta ahora cierta resistencia a aplicar el derecho UE y la jurisprudencia del TJUE automáticamente. E indican también que esta resistencia está encontrando una respuesta rotunda y clara por parte del TJUE.

La STJUE *DX* (2023) es una sentencia novedosa pero esperable. Es novedosa porque nunca hasta ahora la seguridad social española se había

7 Como apunta CASAS BAAMONDE, «Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de seguridad social (del complemento de maternidad solicitado por un varón)», *Revista de jurisprudencia laboral*, 8, 2023, p. 12 (pdf). Un análisis comparativo entre la doctrina del TS y la del TJUE sobre esta cuestión, por LOPEZ BERMEJO, «Indemnización por reincidencia en discriminación por razón de sexo en actuación de entidad gestora tras pronunciamiento del TJUE», *Revista de jurisprudencia laboral*, 8, 2023, p. 9 (pdf).

8 STS de 17 de mayo de 2023, rec.2222/2022.

sentido verdaderamente amenazada en su funcionamiento ordinario por la normativa de la Unión Europea, que, con carácter general, parecía carecer de competencias en esta materia, al menos hasta que empezaron a surgir las sentencias del TJUE en aplicación de la Directiva 79/7 surgidas en su mayoría a partir de cuestiones prejudiciales procedentes de la jurisdicción social española.

No obstante, la sentencia del TJUE era esperable porque la cuestión de la prioridad del derecho de la UE es un principio esencial de la UE que los Estados miembros han asumido con plena conciencia en sus propias Constituciones (en España, en el art. 93 CE). La jurisprudencia del TJUE lleva tiempo aplicando el principio de preeminencia de la normativa de la Unión Europea frente a la normativa interna de los Estados miembros, obligando a los Poderes Públicos internos a someterse corrigiendo y reparando, no solo para compensar a quien ha resultado ser víctima de la falta de aplicación de la normativa europea, sino también y sobre todo para operar una contundente disuasión en las Administraciones internas que se resisten al principio de primacía y al cumplimiento de las sentencias del TJUE⁹.

La Administración de la seguridad social española se había considerado hasta ahora casi inmune a las resoluciones del TJUE o, al menos, se había comportado con cierta complacencia, ignorando (o haciendo como si ignoraba) los pronunciamientos contra España del Tribunal comunitario. Buen ejemplo de ello es la rocambolesca historia del sistema español de cálculo de carencia del trabajo a tiempo parcial, que fue declarado discriminatorio por el TJUE por primera vez en 2012 en el asunto *Elbal Moreno*¹⁰. España tardó apenas nueve meses en derogar expresamente esta normativa¹¹, aunque es difícil saber si esta corrección se produjo por

9 Por todas, en la STJUE de 10 de marzo de 2022, *Grassmania*, C-177/20, el TJUE establece que todos los Poderes Públicos (y no solo el Poder Judicial) están obligados a cumplir y aplicar las sentencias del TJUE.

10 STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11.

11 Por medio del RDL 11/2013, de 2 de agosto.

la acción del TJUE o por la actuación del TC, que también lo declaró inconstitucional¹².

No obstante, la cosa no terminó aquí, porque el sistema no se derogó, sino que se substituyó por el coeficiente de parcialidad que, como era esperable, también fue considerado contrario a la normativa de la UE por el TJUE en el asunto *Villar Laiz* (2019)¹³. El tándem *Elbal Moreno* (2012) y *Villar Laiz* (2019) obligaba a España a dejarse de coeficientes y de diferencias en el sistema de carencia aplicable a trabajos a tiempo completo y a tiempo parcial. Cada día en alta debía significar, ni más ni menos, que un día de cotización para todo tipo de trabajos. Así lo estableció también el TC¹⁴. Sin embargo, pese a la rotundidad del TJUE, la derogación expresa del coeficiente de parcialidad español no llegó hasta 2023¹⁵, lo que evidencia la resistencia de la Administración española a acatar lo establecido por el TJUE. Debe decirse, no obstante, que el INSS tomó ciertas precauciones y dictó instrucciones para que, aunque siguiera vigente el art. 247 LGSS, el coeficiente de parcialidad no se aplicara.

La cuerda se ha tensado hasta romperse en el caso del complemento de maternidad. El complemento de maternidad fue declarado por el TJUE contrario a la Directiva 79/7 en 2019 (*WA*) y en poco más de un año fue derogado y sustituido en España por el complemento de brecha de género¹⁶, pero el INSS se negó a reconocerlo automáticamente a los solicitantes. La razón de esta actitud era probablemente que el discriminatorio complemento de maternidad había sido sustituido en España en 2021 por el complemento de brecha de género, y no parecía apropiado reconocer el antiguo complemento de maternidad automáticamente a todos los hombres que tuvieran derecho a él en el espacio temporal en el que estuvo vigente, dado que el complemento

12 STC 61/2013, de 14 de marzo.

13 STJUE de 8 de mayo de 2019, *Villar Laiz*, C-161/18.

14 STC 91/2019, de 3 de julio de 2019; y STC 155/2021, de 13 de septiembre de 2021.

15 Hasta que se modificó el art. 247 LGSS por medio del RDL 2/2023, de 16 de marzo, demorando la entrada en vigor de la derogación del coeficiente de parcialidad hasta el 1 de octubre de 2023.

16 Por RDL 3/2021, de 2 de febrero

de brecha de género posterior quedaba condicionado al cumplimiento de determinados requisitos para los hombres. En estas circunstancias y ante estas resistencias, resultaba inevitable que la STJUE dictada en el asunto *DX* (2023) reconociera la indemnización por daños para obligar a la Administración española a aplicar automáticamente lo establecido en la STJUE dictada en *WA* (2019). La fuerza disuasoria de la indemnización adquiere en el tándem *WA* (2019) y *DX* (2023) una importancia trascendental porque resuelve una situación de resistencia a la primacía del derecho de la UE.

Pero hubo más: la STJUE dictada en *DX* (2023) no solo garantizó el sacrosanto principio de prevalencia del derecho de la UE reconociendo el derecho a la correspondiente indemnización por daños, sino que además incluyó expresamente en dicha indemnización el derecho a percibir las costas procesales como un derecho consustancial al concepto de indemnización por daños. Esta expresa referencia al derecho a percibir las costas procesales tiene una especial relevancia porque, como se sabe, el INSS tiene en España derecho al beneficio de justicia gratuita. De este modo, el TJUE no solo expulsó el complemento de maternidad del ordenamiento español (*WA*, 2019) —primer cambio normativo— sino que también estableció que las víctimas de una conducta discriminatoria tienen derecho a percibir una indemnización compensatoria y disuasoria del ofensor que debe siempre incluir las costas procesales (*DX*, 2023), aunque el sujeto ofensor sea, como el INSS, una entidad con derecho al beneficio de justicia gratuita —segundo cambio normativo—. Es fácil advertir que esta parte del fallo de la sentencia del TJUE tiene una especial trascendencia, porque podría significar que debe desaparecer el derecho a la justicia gratuita de todas las Administraciones cuando actúen de modo discriminatorio.

En definitiva, el desafortunado complemento de maternidad ha terminado teniendo consecuencias económicas desmesuradas: de un lado, el complemento ha duplicado su coste (al ser aplicado a padre y madre) y ha perdido toda su virtualidad diferencial, porque ha terminado siendo reconocido a ambos¹⁷. Adviértase igualmente que el complemento de

¹⁷ La STS de 17 de mayo de 2023, rec. 3821/2022 estableció el derecho a que el complemento de maternidad se disfrutara de modo acumulado por ambos progenitores, y no solo por uno.

maternidad seguirá cobrándose en cada pago de la pensión de jubilación a quienes se les hubiera reconocido (por acceder a ella entre 2016 a 2021) durante toda su vida, por lo que los efectos de la ilegalidad comunitaria cometida por el Estado español se prolongarán durante décadas. De otro lado, la resistencia del INSS desencadena también el derecho a una indemnización en beneficio de quien hubiera tenido que demandarlo para acceder a su derecho, indemnización que comprende las costas procesales y que, por supuesto, puede ir más allá de estas.

Y hay un último elemento de gran trascendencia, que eleva aún más el coste del lamentable episodio del complemento de maternidad: el derecho a percibirlo por parte de los hombres tiene carácter retroactivo, porque debe considerarse originado desde el mismo momento en el que nació la propia pensión de jubilación a la que se adhiere. El derecho de los hombres al complemento de maternidad no surge desde *WA* (2019) porque esta sentencia no crea derechos, sino que simplemente declara la existencia de una discriminación que surgió en el momento en el que entró en vigor el complemento de maternidad (el 1 de enero de 2016) y que desde entonces debe corregirse. Así lo estableció con rotundidad para el complemento de maternidad el TS en 2022¹⁸, siguiendo la doctrina del TJUE consolidada desde antiguo sobre el carácter declarativo de las sentencias del TJUE¹⁹. Y debe recordarse, asimismo, que este carácter retroactivo de los pronunciamientos del TJUE no puede esquivarse por

18 STS de 30 de mayo de 2022, rec. 240/2021. Hubo dos sentencias de pleno del Tribunal Supremo en las que el plazo de retroacción fue el de tres meses, pero en la STS de 30 de mayo de 2022 se refiere que también en estas dos sentencias se estableció que la fecha de efectos del complemento de maternidad debía fijarse en el momento del «acaecimiento del hecho causante —efectos *ex tunc*—», aunque en ambas terminó aplicándose el plazo de tres meses por una cuestión estrictamente procedimental, dado que solo el INSS recurrió en suplicación (SSTS de 17 de febrero de 2022, rec. 2872/2021, rec. 3379/2021). Por tanto, no hay contradicción en las tres sentencias del pleno del Tribunal Supremo en las que se reconoce la retroacción total del reconocimiento del complemento de maternidad

19 Por todas, recopilando la doctrina anterior, STJUE de 26 de octubre de 2021, *Holdings Sarl*, C-109/20. De modo expreso y rotundo se estableció con relación a las sentencias del TJUE, en la STJUE de 19 de octubre de 1995, asunto Richardson, C-137/94) que *los efectos de una sentencia de interpretación se remontan a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada*.

la acción de los Estados miembros²⁰. En efecto, en numerosas ocasiones el TJUE ha establecido que solo la propia sentencia del TJUE puede excluir o limitar el efecto retroactivo del derecho que reconoce²¹.

El punto de partida, pues, es que el TJUE está reaccionando con energía ante los contenidos discriminatorios de algunas importantes normas de seguridad social española, sin que la corrección normativa y administrativa interna que procedería se esté produciendo con la debida agilidad. Las graves consecuencias de esta situación se han visto en el ámbito del complemento de maternidad, pero no es este el único espacio en el que se podrían producir problemas. De hecho, hay temas pasados que todavía presentan flecos (como, por ejemplo, el coeficiente de parcialidad) y temas futuros que podrían desplegar consecuencias tan indeseadas como las que se están produciendo con el complemento de maternidad (por ejemplo, el complemento de brecha de género). De todo ello se trata a continuación.

II. La problemática proyección de futuro: los escenarios que se abren

2.1. Las secuelas del desaparecido complemento de maternidad

La cuestión del complemento de maternidad y la corrección de los efectos perversos ocasionados *ad futurum* pese su escaso tiempo de vigencia, no ha concluido. A partir de ahora tendremos que acostumbrarnos a doctrinas y principios del TJUE que son antiguos (principio de equivalencia, principio de cooperación, principio de eficiencia...) y que hasta ahora apenas se habían planteado en la jurisdicción social española.

20 En la STJUE de 2 de febrero de 1988, *Bruno Barra*, C-309/85 se estableció que el legislativo interno no podía limitar la eficacia retroactiva de las sentencias del TJUE.

21 Por todas, STJUE de 27 de febrero de 1985, *Société des produits de maïs*, C-112/83. También STJUE de 15 de octubre de 1980, *Roquette*, C-145/79; o STJUE de 7 de noviembre de 2018, *O'Brien*, C-432/17. Son contados los casos en los que el TJUE ha limitado el efecto retroactivo de los derechos que reconoce. Por ejemplo, así sucedió en la STJUE el 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, C-43/75; o en la STJUE de 17 de mayo de 1990, *Barber*, C-262/88.

Primero, el complemento de maternidad es imprescriptible como lo es la pensión de base (sea de jubilación, de viudedad o de incapacidad permanente). Todos los hombres que cumplieran los requisitos establecidos para el acceso al complemento de maternidad y que accedieron a la pensión en el espacio de vigencia del mismo (del 1 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021) tienen derecho a solicitar el complemento de maternidad. Probablemente, la gran mayoría ya lo hizo tras la sentencia dictada en el asunto *DX* (2019), pero si no hubiera sido así, tienen derecho a hacerlo en cualquier momento en el futuro (principio de efectividad). Se trata de un complemento adherido a la pensión, que forma parte de la misma, que se gestiona conjuntamente y que sigue su misma dinámica. Por tanto, se puede solicitar en cualquier momento como una revisión al alza de la pensión.

Segundo, además del reconocimiento del complemento, si para acceder al mismo hubiera tenido que realizarse una reclamación judicial, procede la indemnización correspondiente por daños, también en virtud del principio de efectividad del derecho de la UE (STJUE *DX*, 2023). Por tanto, aquellos hombres que han acudido a los tribunales para ver reconocido su derecho podrán reclamar indemnización por daños, incluidas las costas procesales. En consecuencia, aunque el INSS reconozca automática e inmediatamente los complementos de maternidad que actualmente están en vía judicial, resultará necesario continuar (o iniciar) las correspondientes demandas para reclamar la indemnización por daños que corresponda, a menos que el INSS se avenga a una solución extrajudicial o que proponga un sistema objetivo de cálculo, que parece improbable dado que ello es una solución general y, por naturaleza, la indemnización se debe ajustar a cada una de las situaciones.

Tercero, una vez reconocido el complemento de maternidad este no opera solo hacia el futuro, sino que también lo hace hacia el pasado (retroacción), debiendo abonarse los atrasos correspondientes desde el momento en que empezó a percibirse la pensión de base (así lo establece la STS de 30 de mayo de 2022). Lo que podría plantearse es si, transcurridos los años (o incluso las décadas), una solicitud de revisión posterior de la pensión reclamando el complemento de maternidad tendría el mismo efecto retroactivo total.

Es momento de traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la retroacción máxima de cinco años, aplicable en los casos de revisión de pensión como consecuencia de la intervención del TJUE. Es paradigmática la STS de 26 de diciembre de 2005, rec. 874/2005, que se produjo después de que el TJUE obligara a España a cambiar la forma en la que calculaba la pensión teórica en caso de cómputo recíproco de cotizaciones por trabajo en varios países de la UE²². Ello supuso un cambio importante en el sistema de cálculo de las pensiones en España, que dio lugar a numerosas revisiones de pensión, algunas de las cuales se habían generado hace muchos años.

El Tribunal Supremo de 2005 se encontró ante el mismo dilema ante el que se encontró el Tribunal Supremo de 2022 por la cuestión de la retroacción del complemento de maternidad: el art. 53 de la LGSS actual (y sus equivalentes de redacciones anteriores) establece que, en caso de acceso a pensión imprescriptible los efectos se retrotraen un máximo de tres meses. Es una solución comprensible cuando el causante de la demora es el propio beneficiario, que ha dejado transcurrir el tiempo sin ejercer su derecho (este es el supuesto que parece prever el art. 53 LGSS). Sin embargo, en el caso de la STS de 26 de diciembre de 2005 se planteaba una situación diferente, porque la persona solicitante no hubiera podido acceder a su derecho en el momento en el que se originó su pensión, dado que su reconocimiento (siquiera declarativo) por parte del TJUE, se produjo después. El art. 53 no da ninguna solución expresa a esta situación, por lo cual el Tribunal Supremo de 2005 aplicó por analogía el periodo de prescripción de cinco años establecido en el mismo art. 53 para llegar a la conclusión de que el periodo de retroacción total (establecido en la doctrina del TJUE) tenía como límite dicho periodo de cinco años. El complemento de maternidad deriva de una normativa relativamente reciente y por ello todavía no ha sido necesario aplicar el límite retroactivo de los cinco años, pero probablemente nada impediría que terminara aplicándose.

²² La sentencia que estableció la necesidad de corregir el mecanismo de cálculo español fue la dictada en el asunto *Barreira*, STJUE de 3 de octubre de 2002, C-347/00.

Esta solución de retroacción total con el límite de cinco años es el que venía aplicándose en España desde antiguo en caso de revisión de pensiones por errores administrativos o por cambio en la doctrina jurisprudencial²³ y es el que siguió aplicándose en España con posterioridad a la STS de 26 de diciembre de 2005²⁴ sin que se haya modificado o alterado. Ciertamente, el periodo de prescripción no está configurado en el art. 53 LGSS como límite para la retroacción, sino como periodo máximo para poder solicitar una prestación, pero es el que tiene establecido desde antiguo el TS para la revisión de pensiones por causa no imputable al beneficiario y tiene cierta lógica retroactiva porque el solicitante no puede reclamar cuantías anteriores por estar ya prescritas²⁵. En todo caso, dado que el propio TJUE considera legítima la aplicación de plazos de prescripción para la reclamación de derechos derivados del TJUE cuando son los mismos plazos de prescripción que se aplican para la reclamación de otros derechos (principio de equivalencia)²⁶, podría considerarse legítimo.

Sin embargo, todavía queda por plantear una cuestión: no deja de ser curioso que si fuera un hombre quien reclamara con demora, dentro de diez años por ejemplo, el complemento por maternidad se le aplicara la retroacción de cinco años; y que si quien reclamara con demora el complemento fuera una mujer la retroacción sería de tan solo tres meses (por aplicación de lo establecido en el art. 53 LGSS, sin que haya sentencia que establezca ningún cambio al respecto para la reclamación del complemento por mujeres). Es otra de esas paradojas que podría dar lugar a la enésima cuestión prejudicial ante el TJUE, esta vez por discriminación por razón de sexo contra la mujer.

23 Desde la STS de 22 de noviembre de 1996, rec. 3348/1995. En similar sentido, STS de 26 de marzo de 2001, rec. 4196/00; y STS de 24 de julio de 2003, rec. 4607/02.

24 Por todas, STS de 31 de enero de 2007, rec. 2633/2005; y STS de 22 de enero de 2008, rec. 3444/2006.

25 Diferenciando entre plazo de prescripción admisible y vulneración de la obligación de cumplimiento de la interpretación de la normativa UE por el TJUE, entre otras, STJUE de 15 de septiembre de 1998, Edis, C-231/96; y STJUE de 15 de abril de 2010, *Barth*, C-542/08.

26 STJUE de 27 de marzo de 1980, *Denkavit*, C-61/79; STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom telecomunicaciones*, C-40/08.

Quinto, una última cuestión queda planteada en el caso de que existiera sentencia firme anterior a la doctrina del TJUE que no hubiera reconocido el complemento de maternidad a algún hombre en quien concurrieran los requisitos para ello. En principio, la institución de la cosa juzgada es competencia interna de cada Estado y, por tanto, las sentencias del TJUE no tienen capacidad para alterar el contenido de las sentencias que son firmes en un Estado²⁷. No obstante, el TJUE tiene establecido también que, en tales casos, la Administración Pública está obligada a reconocer el derecho reconocido por sentencia del TJUE, con lo que, de nuevo, deriva la responsabilidad del cumplimiento de las sentencias del TJUE a las autoridades administrativas. En tal sentido, el TJUE tiene establecido que debe reconocerse el derecho a que se revisen los actos administrativos firmes en los que hubiera recaído sentencia firme que se sustentaba en una interpretación contraria a una sentencia posterior del TJUE²⁸. Esta obligación deriva del principio de cooperación que se sustenta en el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea.

2.2. El complemento de brecha de género: la continuación del complemento de maternidad

El complemento de brecha de género actualmente vigente establecido en el art. 60 LGSS presenta similares problemas de legalidad comunitaria a los

27 STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Palacios Martinez*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

28 STJUE de 13 de enero de 2004, *Kubne*, C-453/00 que establece lo siguiente: «*el principio de cooperación que deriva del art. 10 CE (hoy art. 4.3 TUE) obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando: según el derecho nacional dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución; la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; dicha sentencia está basada en una interpretación del derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el art. 234 CE apartado 3; y el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia*». También en el mismo sentido, entre otras, STJUE de 12 de febrero de 2008, *Kempter*, C-2/06

que presentaba el desaparecido complemento de maternidad y, por ello, podría tener los mismos efectos perversos que se acaban de describir²⁹. De hecho, en el momento en el que se redactan estas líneas son dos las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE por instancias judiciales españolas que cuestionan la legalidad comunitaria del complemento de brecha de género³⁰. De hecho, el previo complemento de maternidad y el posterior complemento de brecha de género están funcionando en la práctica como una misma realidad, hasta el punto de que el TS ha validado que se apliquen mecanismos de coordinación y compensación entre ellos que no se prevén expresamente en la propia normativa³¹.

La historia española del complemento de maternidad y del complemento de brecha de género se parece mucho a la historia de unos complementos similares de triste recuerdo que existieron en Francia. Francia estableció una bonificación en la pensión para madres funcionarias que fue considerada por el TJUE constitutiva de discriminación directa por razón de sexo por estar limitada a las mujeres³² y por ello fue sustituida en 2003 por un suplemento de jubilación aparentemente neutro, pero cuyo acceso era mucho más fácil para mujeres que para hombres, motivo por el cual el TJUE la calificó de discriminación indirecta por razón de sexo³³ obligando a Francia a dejar de aplicarla.

29 Entre otros, apuntando que el complemento de brecha de género podría presentar los mismos problemas de legalidad comunitaria que el anterior complemento de maternidad, DOMINGUEZ MORALES, «Es discriminatoria la práctica administrativa que deniega sistemáticamente a los hombres el complemento de maternidad. Reflexiones al hilo del nuevo, pero no último, pronunciamiento del TJUE, de 14 de septiembre de 2023», Brief de la AEDTSS publicado el 20 de septiembre de 2023, <https://www.aedtss.com/es-discriminatoria-la-practica-administrativa-que-deniega-sistematicamente-a-los-hombres-el-complemento-de-maternidad-reflexiones-al-hilo-del-nuevo-pero-no-ultimo-pronunciamiento-del-tjue-de-14-de/>

30 Auto de 13 de septiembre de 2022 dictado por la sala de lo social del TSJ de Madrid en el recurso de duplicación 333/23; y auto de 21 de septiembre de 2023 del juzgado de lo social núm. 3 de Pamplona, autos 1095/22.

31 En la STS de 29 de junio de 2023, rec. 2808/2022, el TS estableció que la cuantía del complemento de maternidad aplicable al padre debía reducirse en la misma cuantía reconocida en concepto de complemento de brecha de género a la madre.

32 STJUE de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C-366/99.

33 STJUE de 17 de julio de 2014, *Leone*, C-173/13.

Con estos antecedentes entra dentro de lo posible que el complemento español para la reducción de la brecha de género no se acomode a la normativa de la Unión Europea. En el caso francés el ámbito era laboral porque el plus en cuestión tenía carácter de retribución. En el caso español el complemento entra en el ámbito de la Directiva 79/7 porque se trata de una prestación de seguridad social, pero el concepto de discriminación es igual en uno y otro caso. De otro lado, las excepciones a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en seguridad social están tasadas en la Directiva 79/7, y en ningún momento se admite como causa de diferenciación la «brecha de género», ni siquiera limitando su aplicación a la existencia de una brecha superior al 5 % como hace la norma española. El artículo 7.2 de la Directiva 79/7 establece que pueden existir ventajas en seguridad social para las personas que han educado hijos, pero la directiva utiliza el término «personas» y en ningún momento autoriza a que dichas previsiones se apliquen solo a mujeres. Como más arriba exponía, no se trata de cuestionar esta interpretación del TJUE, que se sustenta en la necesidad de luchar contra los estereotipos de género vinculados al cuidado y en la necesidad de que todas las normas sean estrictamente neutras en relación con el cuidado. Lo cierto es que esta es la doctrina del TJUE largamente consolidada, por lo que resultaba ciertamente arriesgado establecer un complemento de brecha de género como el español, que podría terminar como el complemento de maternidad y como los complementos franceses.

Si el TJUE finalmente declarara que el complemento de brecha de género español es discriminatorio por razón de sexo se producirían las mismas consecuencias que ya conocemos respecto al complemento de maternidad: primero, sería necesario reconocerlo automáticamente a todos los hombres con al menos dos hijos que hubieran accedido a pensión durante el espacio de tiempo de vigencia del complemento de brecha de género porque, de no hacerlo así, los hombres que se vieran obligados a entablar acciones judiciales frente al INSS tendrían derecho a la correspondiente indemnización por daños. Y, segundo, el complemento de brecha de género se percibiría durante toda el tiempo en el que se percibiera la pensión y tendría también efecto retroactivo, debiendo abonarse las cuantías correspondientes desde que se reconoció la pensión.

En definitiva, la doctrina del TJUE en los asuntos *WA* y *DX* se inserta dentro de una dinámica bien conocida de la normativa y de la jurisprudencia de la UE que parte de la idea de que la corrección de la desigualdad de género no puede hacerse estableciendo ventajas, beneficios o derechos exclusivos o preferentes para las mujeres que llevan a cabo actividades de cuidado. Este es también el presupuesto de la Directiva de conciliación, Directiva 2019/1158, que aspira a que los permisos parentales sean iguales e intransferibles; y también es el presupuesto que se advierte en numerosas sentencias del TJUE, que no admiten la existencia de permisos parentales exclusivos o preferentes para mujeres³⁴.

No hay sentencias del TJUE que admitan la validez de medidas o beneficios vinculados al cuidado exclusivos o preferentes para mujeres. Ni siquiera puede encontrarse fundamento en la STJUE dictada en el asunto *Lommers*³⁵, en la que el tribunal admitió la validez de los criterios de acceso a guardería prioritarios para mujeres. Expresamente, señala el TJUE en esta sentencia que la preferencia femenina en el acceso a las guarderías era válida porque era una medida para «remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal». En definitiva, de modo rotundo y sin excepciones, el TJUE nos dice que las medidas que benefician a las mujeres son válidas y constituyen acción afirmativa única y exclusivamente si sirven para combatir estereotipos, pero no resultan admisibles si lo que hacen es perpetuarlos. Las sentencias dictadas en los asuntos *WA* y *DX* están en la órbita de la discriminación contra la mujer por perpetuar estereotipos de género vinculados al cuidado (como *Roca Alvarez*); y no en la órbita de la discriminación contra el hombre (como *Kalanke*).

En conclusión: si se quieren establecer medidas para luchar contra la brecha de género en pensiones se deben configurar con un alcance diferente: bien por medio de beneficios neutros, aplicables a quienes cuidan, sean hombres o mujeres; bien eliminando aquellos aspectos del sistema de seguridad social que penalizan a las personas con carreras irregulares. Este es el camino que marca el TJUE.

34 STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Roca Alvarez*, C-104/09; y STJUE de 16 de julio de 2015, *Maistrellis*, C-222/14.

35 STJUE de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99.

2.3. Los beneficios exclusivos para mujeres en materia de cobertura de lagunas de cotización: más de lo mismo

Hace unos meses se estableció otro beneficio exclusivo para mujeres en el sistema de seguridad social que presenta los mismos problemas de legalidad comunitaria que se han descrito para el complemento de maternidad y el complemento de brecha de género y que, por tanto, puede conducir a idénticas consecuencias. El RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, establece un sistema especial de cobertura de lagunas de cotización aplicable exclusivamente a las mujeres (independientemente de si tienen hijos o no), aunque admite que en alguna ocasión pueda ser aplicado a los hombres siempre y cuando tuvieran al menos dos hijos y cumplieran algunos de los requisitos establecidos para el acceso de los hombres al complemento de brecha de género³⁶. El sistema está previsto con carácter transitorio, en tanto en cuanto la brecha de género sea superior al 5 % (como el complemento de brecha de género), pero ello no salva el carácter discriminatorio que puede tener.

Este sistema de cobertura especial de lagunas de la DT 41 de la LGSS supone una mejora en la cuantía final de la pensión de las mujeres respecto

36 La DT 41 LGSS conforme a la redacción otorgada por el RDL 2/2023 establece lo siguiente: «En tanto la brecha de género sea superior al 5 por ciento en los términos de la disposición adicional trigésima séptima, para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de periodos sin obligación de cotizar según lo dispuesto en el artículo 209.1, los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100 por ciento de la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo. Este porcentaje será del 80 por ciento de la misma base desde la mensualidad sexagésima primera a la octagésima cuarta. /Para el cálculo de la pensión de jubilación de los hombres a los que sea de aplicación el artículo 209.1.b), se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior respecto a las mismas mensualidades y con igual importe, siempre que en relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos en las reglas 1.ª o 2.ª del artículo 60.1.b), si bien no se exigirá que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor ni que este deba tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género./La integración a que se refiere esta disposición transitoria se aplicará sin perjuicio de lo previsto en el citado artículo 209.1.b).»

a los hombres en similares circunstancias de vacíos de cotización. Pese a su encomiable finalidad, se trata de un beneficio en materia de seguridad social que no encuentra apoyo en ninguna parte de la Directiva 79/7 y que, por tanto, entra dentro de lo posible que sea contrario a la normativa de la UE³⁷.

Las consecuencias pueden ser las mismas que las que se han producido tras la declaración de nulidad del complemento de maternidad por parte del TJUE: si el sistema especial de cobertura de lagunas español es declarado discriminatorio por el TJUE todas las personas tendrán derecho a que se les aplique el sistema especial de cobertura de lagunas (mujeres u hombres), teniendo efecto retroactivo desde que se originó el derecho a la pensión.

El tema de la cobertura de lagunas en relación con la discriminación por razón de género recuerda el asunto que dio lugar a la TJUE dictada en el asunto *Cachaldora*³⁸. En esta sentencia el TJUE consideró que no era discriminatoria la legislación española de seguridad social, que reducía proporcionalmente la cuantía de la base aplicable en casos de laguna de cotización cuando el último trabajo realizado lo fue a tiempo parcial. Traigo a colación la sentencia dictada en el asunto *Cachaldora* porque, aunque el TJUE no consideró en este caso que la normativa fuera discriminatoria, sí que permitió advertir que el sistema de lagunas existente en España tenía una incidencia particularmente negativa en las mujeres trabajadoras. Las mujeres tienen mayor rotación laboral y mayores vacíos de cotización, por lo que la disminución en las bases correspondientes a las lagunas de cotización que se ha operado con carácter general en los últimos años en España perjudica particularmente a las mujeres y provoca el efecto de agravar la brecha de pensiones.

La reflexión que procede plantear es que la corrección de la brecha de género en pensiones no puede realizarse por medio de medidas específicas para mujeres, ni siquiera para resolver el problema de las lagunas de

37 Entre otros, MOLINA NAVARRETE, «Nuevos capítulos judiciales de la “leyenda del varón discriminado” en pensiones: ¿de los complementos a la integración de lagunas?», *Revista de Trabajo y seguridad social CEF*, octubre, 2023, pp. 6 ss.

38 STJUE de 14 de abril de 2015, *Cachaldora*, C-527/13.

cotización que las atañe particularmente. Ello es así porque las diferencias en seguridad social por razón de género están prohibidas en la Directiva 79/7 a menos que estén permitidas en la propia Directiva, lo que no es el caso. No interesa que exista una doble seguridad social, con normas diferenciadas para mujeres y para hombres. Lo que interesa es que haya un único sistema de seguridad social que no perjudique más a las mujeres que a los hombres. Y eso se soluciona corrigiendo el sistema de lagunas para que sea digno para todos y todas.

2.4. El coeficiente de parcialidad: una cuestión todavía pendiente

La cuestión del coeficiente de parcialidad que se expuso más arriba no está totalmente cerrada, aunque pudiera parecerlo. En el asunto *Villar Laíz* (2019), el TJUE estableció que el coeficiente de parcialidad era discriminatorio y que debía aplicarse el sistema de día completo cotizado por cada día en alta en seguridad social. Apenas dos meses después, la STC 688/2019 de 3 de julio de 2019 estableció también que el coeficiente de parcialidad era discriminatorio. Lo problemático es que la sentencia del TC estableció que la nueva interpretación se aplicaría solo a los asuntos futuros, o a aquellas reclamaciones que no fueran firmes, eliminando la capacidad de reclamar cuantías diferenciales a aquellas personas que ya hubieran tenido sus pensiones reconocidas conforme a parámetros discriminatorios³⁹.

Más arriba ya se expuso que el TJUE no admite en ningún caso que se acote desde las instituciones internas de un país la eficacia temporal

39 La literalidad de la STC 688/2019 es la siguiente: «Procede, no obstante, modular el alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad. En tal sentido, y siguiendo la doctrina recogida, entre otras muchas, en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, 180/2000, de 29 de junio, FJ 7, 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7, no solo habrá de preservarse la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la modulación de los efectos de nuestro pronunciamiento se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, como también hemos reconocido, entre otras, en las SSTC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 7, 207/2014, de 15 de diciembre, FJ 5, 143/2015, de 22 de junio, FJ 3, y 164/2016, de 3 de octubre, FJ 7.»

retroactiva de una sentencia del propio TJUE. El Tribunal Constitucional español tiene competencia para limitar la eficacia retroactiva de los derechos reconocidos en sus propias sentencias con relación a la legislación interna, pero carece de competencia para establecer estas limitaciones retroactivas cuando se trata de un incumplimiento de la normativa UE y existe al respecto un pronunciamiento del TJUE. Por tanto, pese a lo establecido en la STC 688/2019, las STJUE dictadas en el asunto *Villar Laiz* (2019) y previamente en *Elbal Moreno* (2012) habilitan a cualquier persona que hubiera accedido a la pensión de jubilación desde 1986.

El año 1986 es el punto de referencia porque la discriminación deriva de la Directiva 79/7, que entró en vigor en España cuando nuestro país entro en la entonces CEE y, por tanto, todos los pensionistas que solicitaron su pensión después de esa fecha tendrían derecho a su revisión para que la carencia se compute conforme al criterio de día completo de cotización por cada día en alta. Cabría, eso sí, retrotraer el abono de los atrasos cinco años (*supra*). Aunque la STC 688/2019 establece que aquellas pensiones ya reconocidas y no impugnadas o aquellas que han sido impugnadas y han dado lugar a sentencia contraria a la establecida conforme a la doctrina *Villar Laiz* no son revisables debiera ser posible una revisión de la pensión en estos casos porque predomina el principio de retroactividad total de las sentencias del TJUE. La cuestión del coeficiente de parcialidad (y del sistema anterior de cotización por tiempo parcial) está lejos de ser resuelta y podría dar lugar a una nueva cuestión prejudicial si las instituciones españolas se negaran a revisar las pensiones anteriores a 2019.

2.5. La prestación de desempleo: otro espacio incierto

En el caso de la prestación de desempleo, las correcciones normativas exigidas por el TJUE se han producido de modo más rápido que las correcciones en el ámbito de las pensiones. Así, tras la STJUE dictada en el asunto *Espadas Recio* (2017)⁴⁰ se modificó nueve meses más tarde la normativa de cómputo de cotizaciones para acceder a la prestación en caso de trabajo a tiempo parcial para que cada día de trabajo computara

40 STJUE de 9 de noviembre de 2017, *Espadas Recio*, C-527/13.

como día completo de cotización a efectos de duración máxima de la prestación contributiva de desempleo⁴¹. Asimismo, después de que el TJUE estableciera que debía reconocerse la prestación de desempleo a las personas trabajadoras al servicio del hogar en el asunto *TGSS*⁴² se modificó siete meses más tarde la normativa española para posibilitar el acceso a la prestación de desempleo en este sector de actividad⁴³.

Aunque la prestación de desempleo tiene reglas específicas respecto al plazo para su solicitud (15 días) y para la determinación de los efectos de la solicitud tardía, lo cierto es que estamos ante dos SSTJUE que declaran la existencia de un derecho nacido de la normativa de la Unión Europea. Es un derecho que deben poder reclamar aquellas personas que en el pasado no lo obtuvieron porque no existía todavía la STJUE que declaró su derecho. Esto significa que, con el periodo de retroacción máximo de cinco años establecido en el art. 53 LGSS (véase *supra*), es posible (o debiera ser posible) reclamar la diferencia en la duración de la prestación por desempleo que correspondiera a las personas trabajadoras a tiempo parcial (o su compensación económica). Dicha posibilidad terminaría en 2024. Del mismo modo, y con el mismo periodo de retroacción máximo de cinco años desde la solicitud, las personas trabajadoras del hogar debieran poder solicitar la prestación de desempleo que les hubiera correspondido. E incluso debieran también poder reclamar que se operara la cotización correspondiente por desempleo. La posibilidad (o amenaza) de que esta reclamación pudiera producirse no concluirá hasta 2027.

41 Se modificó al efecto el art. 3.4 del RD 625/1985 por el RD 950/2018, de 27 de julio.

42 STJUE de 24 de febrero de 2022, *TGSS*, C-389/20.

43 RDL 16/2022, de 6 de septiembre.

Nuevas formas de empleo o de organización del trabajo y riesgos laborales para los trabajadores: el teletrabajo

Carolina Gala Durán

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Autònoma de Barcelona

«Es obvio, así me lo parecía tras leer la cláusula y lo confirma la sentencia, que los términos en los que está redactada... “abren la puerta” de forma muy amplia y prácticamente incondicionada, a la posibilidad de acceder al domicilio de la persona trabajadora a quienes formen parte del Servicio de Prevención de Riesgos de la Empresa, cuando la norma legal, además de ser más concreta, obliga a la parte empresarial a poner en conocimiento de la representación legal del personal y del propio trabajador o trabajadora su decisión...».¹

Sumario

I. Introducción, 171 **II. El derecho a la prevención de los riesgos laborales en los acuerdos y normas, 175** 2.1. El ámbito europeo: el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 175 2.2. La normativa estatal y autonómica: sector privado y Administraciones Públicas, 177 **III. La regulación de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva que aborda el teletrabajo, 187** 3.1. El sector privado, 187 3.2. El caso de las Administraciones Públicas, 191 **IV. Recomendaciones sobre la forma de gestionar la prevención de riesgos laborales en el marco del teletrabajo, 192** **V. Reflexiones finales, 208**

1 Eduardo Rojo Torrecilla, «Trabajo a distancia (teletrabajo). Fijación de claros límites a la discrecionalidad del empleador para regular las condiciones de trabajo», Blog, 6 de abril de 2022.

I. Introducción

La terrible crisis sanitaria provocada por la COVID-19 trajo consigo numerosos cambios y reformas en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (expedientes de regulación de empleo, prestaciones por desempleo extraordinarias, el ingreso mínimo vital, etc.), y, entre ellos, una mayor presencia de la figura del teletrabajo tanto en el sector privado como en el sector público; siendo aquel impuesto, incluso, con carácter preferente como una medida de contención sanitaria durante ciertos periodos de tiempo².

De hecho, la crisis de la COVID-19 hizo que una nueva «forma de empleo», o, más bien, una nueva modalidad de organización del trabajo, que es lo que, más técnicamente, constituye el teletrabajo³, pasase de tener muy poca presencia en España —un 4,3 por 100⁴—, a tener una cierta relevancia, llegando a afectar al 16,5 por 100 de los trabajadores por cuenta ajena, incluido el sector público. Y esta mayor importancia y aplicación también llevó a regular el teletrabajo en septiembre del año 2020, tanto en el sector privado como en las Administraciones Públicas.

A estos efectos, cabe recordar que, si bien en las Administraciones Públicas no se había regulado expresamente el teletrabajo con un alcance general hasta ese año, sí se había hecho con anterioridad en el sector privado, y,

2 Artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

3 Sobre el concepto y características del teletrabajo como modalidad de prestación de servicios: DE LAS HERAS GARCÍA, El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas. Madrid: CEF, 2016; GARCÍA CALVENTE, Y, «Avances y desafíos del teletrabajo en la regulación del teletrabajo: reflexiones del ingreso y el gasto público en un contexto de pandemia», Nueva Fiscalidad, núm. 3, pp. 53-80, 2020; LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., «Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español», en, MELLA MÉNDEZ, L. (ed.), Trabajo a Distancia y Teletrabajo, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 31-46; MELLA MÉNDEZ, L., «Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español», en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.), El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés, Madrid: Wolters Kluwer, 2015, pp. 19-82; SIERRA BENÍTEZ, E.M., El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. Sevilla: CES Andalucía, 2011; y THIBAUT ARANDA, J., El teletrabajo, Madrid: CES, 2010.

4 Eurostat 2018, frente al 14 % de Holanda, el 13,3 % de Finlandia o el 11 % de Luxemburgo.

además, en dos fases: 1.ª fase) mediante la modificación del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (dedicado al trabajo a domicilio), a través del Real Decreto-ley 3/2012⁵, que incorporó una regulación —escasa, eso sí— del trabajo a distancia, y dentro de este, del teletrabajo; y, 2.ª fase) el Real Decreto-ley 6/2019⁶ incluyó en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores⁷ el trabajo a distancia como una de las medidas a las que puede recurrir un trabajador que quiere conciliar su vida familiar y laboral. A lo que cabe añadir la regulación del teletrabajo contenida en la negociación colectiva (no demasiado interesada, hasta ese momento, por esta cuestión, ya que, por ejemplo, de todos los convenios colectivos publicados en el Boletín Oficial del Estado entre el 1 de enero de 2017 y el 30 de julio de 2020, solo 81 convenios regulaban el teletrabajo).

Pues bien, esa nueva regulación del teletrabajo se recogió, para el sector privado en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (cuya disposición adicional 2.ª excluía de su ámbito de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas), y para las Administraciones Públicas en el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (aplicable tanto al personal funcionario como al personal laboral de todas las Administraciones Públicas). Cabe tener presente, también, que el Real Decreto-ley 28/2020 resultaba aplicable a las empresas públicas y a las fundaciones de carácter público.

Se trató de normas coincidentes en el tiempo y en el contexto, pero que presentaban, entre otras, tres diferencias sustanciales:

- a. El Real Decreto-ley 28/2020 regulaba el trabajo a distancia, mientras que el Real Decreto-ley 29/2020 se centraba exclusivamente en el teletrabajo. Como sabemos, el teletrabajo es una modalidad específica

5 De 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

6 De 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

7 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015).

del trabajo a distancia, caracterizada por un uso prevalente o exclusivo de los medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación⁸.

- b. El Real Decreto-ley 28/2020 era una norma amplia que recogía y regulaba los aspectos nucleares del trabajo a distancia —y del teletrabajo—, con una voluntad clara de servir como una reglamentación de referencia en esta materia, aun cuando remitía el desarrollo de ciertas cuestiones —importantes— a la negociación colectiva.

En cambio, el Real Decreto-ley 29/2020 tenía una finalidad muy distinta: incorporar el nuevo artículo 47 bis en el TREBEP, donde, a su vez, se recogían solo algunas líneas generales de carácter básico sobre cómo debía desarrollarse el teletrabajo en las Administraciones Públicas. En consecuencia, se dejaba conscientemente en manos de cada Administración Pública, previa negociación colectiva y respetando esas líneas básicas, el desarrollo de la correspondiente reglamentación sobre el teletrabajo (tanto a nivel estatal, como autonómico y local)⁹. A nuestro entender, dada la importancia de la materia, quizás hubiera sido más adecuado que el propio TREBEP o bien una norma específica, hubiera recogido una regulación que sirviera de base o modelo para que luego la pudiesen adaptar las diversas Administraciones que quisieran desarrollar el teletrabajo en su ámbito.

En este marco, por su carácter pionero, cabe recordar que algunas Comunidades Autónomas ya habían desarrollado normativas propias sobre teletrabajo antes de la aprobación del Real Decreto-ley 29/2020; a estos efectos, cabe mencionar: la Instrucción de 6 de agosto de 2014, de la Comunidad Autónoma de Aragón; el Decreto 36/2013, de 28 de junio, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; el Decreto 92/2012, de 29 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Euskadi; el Decreto 1/2018, de 10 de enero, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el Decreto 16/2018, de 7 de junio, de Castilla y León; el Decreto 82/2016, de 8 de julio, de la Comunidad

8 Artículo 2.c) del Real Decreto-ley 28/2020.

9 En el marco de las Administraciones Públicas, MAURI MAJÓS, J., «La reglamentación del teletrabajo en las administraciones locales», Seminario sobre Relaciones Colectivas. Barcelona, FMC, 2020.

Valenciana; el Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja; el Decreto 57/2013, de 12 de agosto, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; la Orden de 20 de diciembre de 2013, de la Comunidad Autónoma de Galicia; y el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, de Cataluña.

- c. Y, aun cuando, en ambos Reales Decretos-leyes, se regulaba una materia común — el teletrabajo —, los ámbitos en los que se aplicaban eran muy diferentes desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos. No hay duda de que, en el sector privado, se dejaba un mayor margen y muchos menos condicionantes para la implantación y regulación del teletrabajo que en el marco de las Administraciones Públicas, donde las normas de Derecho Administrativo y la garantía del interés público, imponían algunos límites infranqueables (o al menos, eso parecía en ese momento).

Transcurridos casi cuatro años desde la aprobación de los Reales Decretos-leyes 28 y 29/2020, el panorama legal no ha cambiado en el marco de las Administraciones Públicas —no se ha modificado el contenido del artículo 47 bis del TREBEP—, si bien se han adoptado diversos acuerdos de teletrabajo partiendo de dicho precepto, tanto a nivel estatal, como autonómico y local. En cambio, sí que se ha producido un cambio legal —muy parcial eso sí— en el sector privado, por cuanto el Real Decreto-ley 28/2020, fue objeto de tramitación parlamentaria como proyecto de ley, siendo sustituido por la vigente Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

A lo que cabe añadir otro dato interesante, el incremento del papel del teletrabajo que se produjo durante la pandemia ha disminuido ligeramente con posterioridad en el sector privado (según datos del INE, el 15 % de los trabajadores en 2022 teletrabajaba al menos un día¹⁰), aunque menos en el sector público. E, incluso, en empresas muy conocidas — por ejemplo, del sector tecnológico —, se ha reducido e incluso eliminado la posibilidad de recurrir al teletrabajo, volviendo al clásico modelo del

10 CURULL, M., MAYNOU, L. y FARRÉ, L., «Teletrabajo después de la pandemia. Análisis desde la perspectiva del trabajador», Fundación La Caixa, enero de 2024.

trabajo presencial. Por tanto, nos encontramos ante una nueva forma de organización del trabajo que, aunque habiéndose desarrollado en un contexto excepcional, parece que «ha venido para quedarse», aunque con un papel claramente secundario respecto del trabajo presencial.

Pues bien, partiendo de este panorama legal, el objetivo de este trabajo es centrarse exclusivamente en uno de los aspectos que, a nuestro entender, plantea más interrogantes —a corto y medio plazo—, y que puede afectar de una manera más directa a los trabajadores en el marco del teletrabajo, como es la prevención de los riesgos laborales. Esto es, analizaremos cómo se regula actualmente la prevención de los riesgos laborales en el caso de los teletrabajadores.

Para ello tendremos en cuenta lo previsto normativamente, con carácter específico, tanto a nivel europeo como estatal y autonómico, así como en la negociación colectiva desarrollada en nuestro país. Y, a efectos de poder contrastar ambos sectores, nos fijaremos tanto en el sector público como en el sector privado, por cuanto, como es conocido, la normativa sobre prevención de riesgos laborales y, específicamente, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del año 1995 resulta aplicable, con algunos matices, en los dos ámbitos.

II. El derecho a la prevención de los riesgos laborales en los acuerdos y normas

2.1. El ámbito europeo: el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo

Por razones evidentes de protección de la vida y la salud de los trabajadores, la prevención de los riesgos laborales constituye un elemento clave en el marco del trabajo a distancia y, particularmente, en el teletrabajo, como, por otra parte, deriva de lo establecido, con carácter general, en la Directiva Marco 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, y en las directivas particulares. Actualmente, no existe ningún reglamento o directiva que

regule específicamente la prevención de los riesgos laborales en el marco del teletrabajo. Algo que, sin duda, resultaría muy útil.

Partiendo de ello y refiriéndose específicamente al teletrabajo, sí cabe mencionar el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002¹¹, firmado por la Confederación Europea de Sindicatos y las organizaciones patronales de la Unión Europea UNICE, UEAPME y CEEP.

En el apartado 8 de este Acuerdo Marco se señala que el empleador es responsable de la protección de la seguridad y salud laborales del teletrabajador conforme a lo previsto en las directivas comunitarias. Con ello se reconoce expresamente la aplicación íntegra al teletrabajo de la normativa europea sobre seguridad y salud laboral y la responsabilidad empresarial correspondiente. Y partiendo de esa importante premisa, se añade que:

1. El empleador debe informar al teletrabajador de la política de la organización en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos.
2. El teletrabajador está obligado a aplicar correctamente estas políticas de seguridad y salud laboral.
3. Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de seguridad y salud, el empleador, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al puesto de teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos. Si el teletrabajador trabaja en su domicilio, el acceso está sometido a una previa notificación y a un consentimiento previo. Asimismo, el teletrabajador está autorizado para solicitar una visita de inspección.
4. Teniendo en cuenta que uno de los riesgos laborales del teletrabajo es precisamente el aislamiento, se prevé que el empleador se asegurará de que se toman medidas para prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con los otros empleados de la organización, como darle la

11 En relación con el AMET, SIERRA BENÍTEZ, E.M., El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011.

ocasión de reencontrarse regularmente con sus compañeros de trabajo y tener acceso a las informaciones de la organización.

5. Y, finalmente, se reconoce el derecho de los teletrabajadores a acceder a la misma formación que los trabajadores presenciales — incluida, por tanto, la formación en materia de prevención de riesgos laborales—. Añadiéndose que los teletrabajadores deben recibir una formación adecuada para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización del trabajo. El supervisor de los teletrabajadores y sus compañeros directos pueden también necesitar formación adecuada en relación con esta forma de trabajo y su gestión.

En definitiva, y como no puede ser de otra manera, según este Acuerdo Marco el empleador es el garante de la protección de la seguridad y salud laboral del teletrabajador y, en consecuencia, puede acceder su puesto de trabajo, si bien con los importantes límites derivados de la inviolabilidad del domicilio particular. Este Acuerdo Marco ha servido de guía para la adopción de normas estatales y también para la negociación colectiva.

2.2. La normativa estatal y autonómica: sector privado y Administraciones Públicas

En este ámbito cabe mencionar, en primer lugar, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que no hace referencia al teletrabajo, pero que, obviamente, se le aplica, tanto cuando aquel se desarrolla en el sector público como en el sector privado. Y también se aplica la numerosa normativa de desarrollo de la citada Ley.

En segundo lugar, en el marco del sector privado y como norma específica en esta materia, cabe citar lo dispuesto en varios apartados de la Ley 10/2021; así:

1. En el preámbulo de la Ley, a la hora de enumerar los inconvenientes del teletrabajo se mencionan elementos que claramente se identifican con riesgos psicosociales como son el tecnoestrés, el horario continuo, la fatiga informática, la conectividad digital permanente o el mayor aislamiento laboral. Y también se añade que uno de los propósitos de

la Ley es regular los aspectos preventivos «relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento...».

2. En relación con los teletrabajadores menores de edad, en el preámbulo de la Ley se establece que, teniendo en cuenta su vulnerabilidad, las necesidades de formación y descanso y la especial susceptibilidad a los riesgos vinculados con el teletrabajo (fatiga física y mental, aislamiento, problemas de seguridad y de acoso en el trabajo) es aconsejable establecer limitaciones, con el objetivo de garantizar un mínimo de tiempo de trabajo presencial en los acuerdos de teletrabajo. Esta necesidad deriva también de lo que se establece en los artículos 6.2 del Estatuto de los Trabajadores y 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
3. También en el preámbulo se recuerda que la igualdad de derechos entre los teletrabajadores y los trabajadores presenciales incluye, entre otros, el derecho a la prevención de riesgos laborales.
4. Y, ya, más específicamente, la sección 4.^a de Ley 10/2021 se denomina «Derecho a la prevención de riesgos laborales», e incorpora el siguiente contenido:

a) El artículo 15 —titulado «aplicación de la normativa preventiva»—, regula la prevención de riesgos laborales, señalando, en primer lugar, que los teletrabajadores tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

Y, b) con un mayor detalle, el artículo 16 entra en la evaluación de los riesgos laborales y en la planificación de la actividad preventiva, afirmándose que:

1. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva deben tener en cuenta los riesgos característicos del teletrabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales (aislamiento, tecnoestrés, fatiga...), ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo.

En particular, debe tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

2. La evaluación de los riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de las zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del teletrabajo. Con ello se pretende garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar del teletrabajador, pero también cabe tener en cuenta que, algunas sentencias¹² están declarando accidente de trabajo el acaecido fuera de esas zonas.

3. La empresa debe obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesto el teletrabajador mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso.

Cuando la obtención de dicha información exija la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar en el que, conforme a lo recogido en el acuerdo de teletrabajo, se desarrolla el teletrabajo, debe emitirse un informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará al teletrabajador y a los delegados de prevención.

4. En cualquier caso, la visita requiere el permiso del teletrabajador, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física. De no concederse ese permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse basándose en la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada del teletrabajador según las instrucciones del servicio de prevención.

Y, junto a lo anterior, lógicamente, es fundamental formar al teletrabajador adecuadamente sobre los riesgos laborales a los que se enfrenta, y actualizar dicha formación siempre que sea necesario.

Y, en tercer lugar, en el marco de las Administraciones Públicas la regulación es mucho más escasa. Así, el artículo 47 bis.3 del TREBEP

¹² Entre otras, sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres de 26 de octubre de 2022 (rec. 273/2022).

se limita a señalar que el personal que presta sus servicios mediante teletrabajo tiene los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el TREBEP que el resto del personal que presta sus servicios en la modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, excepto aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.

Sin embargo, la normativa autonómica ha tratado bastante, como veíamos antes, la figura del teletrabajo en las Administraciones Públicas, incidiendo, además, en la materia de prevención de riesgos laborales. De hecho, esa materia está presente en todas las normas autonómicas que regulan el teletrabajo; así:

1. En primer lugar, en el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, los artículos 2.5 y 20 del Decreto 16/2018, de 7 de junio, regulan la figura de «la oficina a distancia», que se define como el lugar elegido por el solicitante de teletrabajo para desarrollar las jornadas no presenciales. Esta oficina debe disponer de los medios tecnológicos necesarios para realizar las funciones propias del puesto de trabajo y deben garantizarse las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, prestando especial atención a los aspectos relacionados con la seguridad y la ergonomía. Así mismo, la ubicación de esta oficina debe constar en el «documento de compromisos» que se celebra entre la Administración y el teletrabajador y cualquier cambio en esa ubicación debe comunicarse a la unidad de gestión competente en materia de teletrabajo, con la consiguiente declaración de que se conocen las recomendaciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte de los teletrabajadores y el compromiso de su cumplimiento en la nueva oficina.

Cabe destacar también que, en la solicitud de teletrabajo, debe incluirse la ubicación de la oficina a distancia, así como una declaración de que se han leído las recomendaciones en materia de prevención de riesgos laborales facilitadas por la Administración y el compromiso de que, a la fecha de inicio de la autorización del

teletrabajo, aquellas se cumplirán en la oficina a distancia¹³. En la misma línea, uno de los requisitos para que se autorice el teletrabajo es declarar que se conocen las medidas en materia de prevención de riesgos laborales y el compromiso de cumplirlas en la oficina a distancia en la fecha del teletrabajo¹⁴.

Por otra parte, una vez autorizado el teletrabajo, el servicio de prevención responsable de la evaluación del puesto de trabajo remite al teletrabajador el correspondiente auto-cuestionario de prevención de riesgos laborales, que deberá ser devuelto debidamente cumplimentado y firmado para su valoración. Es responsabilidad del teletrabajador el cumplimiento de lo declarado en el auto-cuestionario, así como la adopción de las medidas correctoras que se le propongan.

Finalmente, cabe destacar que la Administración de Castilla y León ha elaborado unos protocolos de desarrollo en materia de prevención de riesgos laborales muy completos y accesibles para los propios teletrabajadores a través de internet.

2. En segundo lugar, en la Comunidad Valenciana uno de los requisitos para poder solicitar el teletrabajo es que el puesto de trabajo desde el que se quiera realizar cumpla con la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales¹⁵.

Asimismo, el órgano competente en materia de prevención debe verificar, con carácter previo al teletrabajo y mediante la comprobación del cuestionario rellenado por el teletrabajador (se trata de un cuestionario muy completo, recogido en el anexo III del Decreto 82/2016), que las condiciones en las que se ejercen las funciones del puesto de trabajo en el domicilio no suponen un riesgo para la salud.

Por su parte, el teletrabajador puede solicitar que el órgano competente en materia de prevención de riesgos laborales realice una inspección domiciliaria con la finalidad de comprobar las condiciones

13 Artículo 21.

14 Artículo 5.

15 Artículos 5.1.d y f del Decreto 82/2016.

alegadas en el cuestionario; esta solicitud puede realizarse durante toda la vigencia del teletrabajo.

Por otra parte, el personal que se seleccione para teletrabajar debe realizar un curso de formación específico sobre la prestación de servicios bajo esta modalidad, donde, entre otros contenidos, se incluirán las cuestiones de seguridad y salud en el trabajo¹⁶. Entre los contenidos del curso se incluyen: el programa básico de prevención de riesgos laborales, el trabajo con pantallas de visualización de datos (PVD), las medidas de seguridad en los trabajos de carácter administrativo, la prevención de incendios, la actuación ante un incendio y los primeros auxilios.

Finalmente, en el artículo 16 del Decreto 82/2016, de 8 de julio, se recoge la Comisión de Control y Seguimiento del Teletrabajo en la Administración de la Generalitat Valenciana, entre cuyos miembros está la persona titular de la subdirección general a la que corresponde el ejercicio de las funciones de prevención y protección de riesgos laborales correspondiente al sector de la Administración de la Generalitat, lo que denota la trascendencia que se da a la materia que estamos tratando.

3. También existe una regulación bastante extensa en el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Así, en primer lugar, el artículo 9 del Decreto 45/2013, de 5 de diciembre, establece como causas de denegación de la solicitud de teletrabajo el no adoptar el trabajador las medidas preventivas y correctoras recomendadas por el servicio de prevención de riesgos laborales o negarse a permitir que su personal efectúe sus funciones de comprobación del cumplimiento de estas medidas. En la misma línea, el artículo 12.f) fija las mismas causas como elementos de revisión de la propia situación de teletrabajo.

Por otra parte, en el artículo 18 se incorporan las siguientes reglas:

- a) El servicio de prevención de riesgos laborales facilitará al teletrabajador, la evaluación de los riesgos de su actividad, así como la información necesaria en materia de seguridad y salud laboral

¹⁶ Artículo 10 y anexo IV del Decreto 82/2016.

para evitar los riesgos laborales o, si son inevitables, minimizarlos y disponer la aplicación de las medidas preventivas necesarias.

b) El teletrabajador debe acudir a una sesión formativa donde se le indica como acondicionar su puesto de trabajo fuera de las dependencias administrativas, así como las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos. La asistencia a esta sección informativa tiene carácter obligatorio y deben acreditarse los conocimientos adquiridos mediante una prueba.

c) El teletrabajador debe aplicar en todo caso las medidas previstas en su evaluación de riesgos, así como la formación e información facilitada por el servicio de prevención no solo a su actividad, sino también en el diseño de su puesto de trabajo. En todo caso, el servicio de prevención le proporcionará asistencia y asesoramiento telefónico cuando lo requiera.

Y, d) el teletrabajador puede solicitar al servicio de prevención el examen del puesto de trabajo en su domicilio. Se accederá a esta solicitud cuando el servicio de prevención considere que es necesaria la presencia domiciliaria. En caso de que el servicio de prevención recomiende adoptar medidas correctoras en el puesto de trabajo, es responsabilidad del teletrabajador su implantación.

Y, finalmente, en materia de formación, el artículo 19 del Decreto 45/2013 señala que la Escuela de La Rioja de Administración Pública organizará acciones formativas para el personal al que se le ha autorizado el teletrabajo relativas al cumplimiento de esta modalidad de trabajo no presencial, y sobre la protección de la salud y la prevención de riesgos laborales en el puesto de trabajo.

4. En cuarto lugar, en el País Vasco el artículo 16 del Decreto 92/2012, de 29 de mayo, se dedica a la cuestión de la prevención de riesgos laborales, señalándose que:

a) El servicio de prevención facilitará al trabajador que se acoja al teletrabajo la evaluación de riesgos de su actividad, así como la formación e información necesarias en materia de seguridad y salud laboral para evitar los riesgos laborales o, si son inevitables,

minimizarlos y disponer la aplicación de las medidas preventivas necesarias. Así mismo, el trabajador debe acudir a una sesión formativa donde se le indicará como acondicionar el puesto de trabajo fuera de las dependencias administrativas, así como las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos. La sesión formativa es obligatoria y deberán acreditarse los conocimientos adquiridos mediante una prueba.

b) El teletrabajador debe aplicar en todo caso las medidas previstas en su evaluación de riesgos, así como la formación e información facilitada por el servicio de prevención no solo a su actividad, sino también al diseño de su puesto de trabajo. No obstante, el servicio de prevención le proporcionará la asistencia y asesoramiento telefónico que necesite.

Y, c) el teletrabajador puede solicitar al servicio de prevención el examen de su puesto de trabajo. Se accederá a esta petición cuando el servicio de prevención considere que es necesaria esa presencia domiciliaria. Cuando el servicio de prevención recomiende adoptar medidas correctoras en el puesto de trabajo, es responsabilidad del teletrabajador su implantación.

Y, finalmente, el artículo 17 del Decreto 92/2012, establece que el Instituto Vasco de Administración Pública organizará acciones formativas para el personal autorizado para teletrabajar relativas al cumplimiento del propio teletrabajo, así como a la protección de la salud y seguridad en el puesto de trabajo.

5. En el marco de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el artículo 9 del Decreto 1/2018, prevé que, una vez autorizado el teletrabajo, y con carácter previo a su inicio, el trabajador debe recibir una formación específica en materia de prevención de riesgos laborales, y en particular sobre la manera de adaptar su puesto de trabajo, así como sobre las nociones necesarias sobre seguridad y ergonomía en los puestos de trabajo con pantallas de visualización.

Cabe tener presente que, conforme al artículo 14.1.d), uno de los requisitos para poder solicitar el teletrabajo es que el lugar donde

se vayan a prestar los servicios cumpla con la normativa vigente en materia de seguridad y salud laborales.

Respecto a la formación requerida, en el artículo 9 se establece que, una vez autorizado el teletrabajo y con carácter previo a su inicio, el teletrabajador debe recibir una formación específica en materia de prevención de riesgos laborales, incidiendo particularmente en la forma de adaptar su puesto de trabajo y en los riesgos derivados de las pantallas de visualización de datos. Esta formación tiene carácter obligatorio.

Finalmente, cabe destacar que en el artículo 11 del Decreto 1/2018 se establece que, con carácter previo al inicio del teletrabajo, el servicio de prevención valorará el entorno laboral y emitirá un informe sobre sus condiciones. Únicamente se realizará una valoración presencial cuando así lo solicite el teletrabajador o cuando el propio servicio de prevención lo considere necesario, y siempre previa comunicación al teletrabajador. Si el servicio de prevención recomienda adoptar medidas correctoras en el puesto de trabajo, su implantación es responsabilidad del teletrabajador. La falta de implantación puede dar lugar a la revisión de la autorización de teletrabajo¹⁷.

6. En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el Decreto 57/2013 también trata la cuestión de la prevención de riesgos laborales; así se prevé que:

a) Los teletrabajadores tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, resultado de aplicación, en todo caso, lo que se establece en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y en su normativa de desarrollo¹⁸.

Y, b) como en otras Comunidades Autónomas, uno de los requisitos de acceso al teletrabajo es que el lugar desde el que se vaya a realizar cumpla con la normativa vigente en materia de seguridad y salud laborales.

¹⁷ Artículo 19.2.e) del Decreto 1/2018.

¹⁸ Artículo 4.2.

7. En el caso de Aragón¹⁹ solo se recoge la obligación de garantizar las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, así como la obligación de formación en relación con las medidas necesarias de protección de la salud y prevención de riesgos laborales en el puesto de trabajo.
8. En Galicia, la Orden de 20 de diciembre de 2013, establece que deben garantizarse las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales²⁰; añadiéndose que a la correspondiente solicitud debe acompañarse un formulario en materia de prevención de riesgos laborales²¹. Y también se señala que la Escuela Gallega de Administración Pública debe facilitar la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales²².
9. En el ámbito de las Islas Baleares, el Decreto 36/2013, prevé que existe la obligación de garantizar el cumplimiento de las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales. Y que debe informarse al teletrabajador de la política en materia de seguridad y salud laboral, especialmente sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos. El trabajador autorizado para teletrabajar debe rellenar un cuestionario de autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales facilitado por el servicio competente²³.
Y, junto a ello, la Escuela Balear de Administración Pública debe acreditar, cuando corresponda, que el teletrabajador ha cumplimentado de forma correcta un cuestionario sobre, entre otras materias, la prevención de riesgos laborales. Previamente, debe ponerse a disposición del teletrabajador un manual de teletrabajo con el contenido necesario.
10. Finalmente, la materia de prevención de riesgos laborales también se recoge en la normativa autonómica catalana. Así, el Decreto 77/2020,

19 Instrucción de 6 de agosto de 2014.

20 Artículo 13.

21 Artículo 15.1.

22 Artículo 16.

23 Artículo 11.5.

de 4 de agosto, establece que en el plan personal de trabajo del teletrabajador debe constar expresamente el compromiso de respetar y aplicar la normativa y las medidas específicas que se determinen en materia de prevención de riesgos laborales²⁴. Y el artículo 9.1 prevé que los teletrabajadores y sus supervisores deben recibir formación, entre otras materias, en prevención de riesgos laborales.

En conclusión, tanto en el sector público como privado las normas ofrecen las pautas necesarias para que se garantice la protección de los teletrabajadores frente a los riesgos laborales; pautas que se completan con lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo. A nuestro entender, ese marco legal es suficiente y adecuado; la cuestión esencial, como en el caso del trabajo presencial, es cómo se concreta en la práctica dicha normativa y su grado de incumplimiento, presentándose en este ámbito un reto adicional, como es el hecho de que el teletrabajo se desarrolla, normalmente, en el propio domicilio del teletrabajador. Domicilio protegido por el reconocimiento constitucional de su inviolabilidad.

III. La regulación de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva que aborda el teletrabajo

3.1. El sector privado

En el sector privado, la prevención de riesgos laborales en el marco del teletrabajo tiene un cierto interés para la negociación colectiva, si bien algunos convenios colectivos se limitan a señalar, desde una perspectiva genérica, que se cumplirá lo que se prevé en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la normativa que la desarrolla en cada momento. Y

24 Artículo 6.3.a).

también se añade que se mantendrá la cobertura por accidente de trabajo y enfermedad profesional²⁵.

En cambio, otros convenios colectivos recogen una regulación más específica, lo que es totalmente recomendable, dada la trascendencia de la materia que nos ocupa; así, a modo de ejemplo:

- a. Se prevé que el desarrollo del teletrabajo en el domicilio solo será posible cuando el espacio resulta adecuado a las exigencias de la seguridad y salud en el trabajo. La empresa debe informar al trabajador sobre su política en materia de seguridad y salud laboral, especialmente sobre las exigencias relativas a las pantallas de visualización. El teletrabajador debe aplicar correctamente esa política y la empresa es responsable de su protección. Para verificar la correcta aplicación de las normas, la empresa y la representación de los trabajadores solo podrán acceder al domicilio del teletrabajador, previa notificación y consentimiento por parte de este. La empresa debe adoptar medidas para prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con otras personas de la empresa²⁶.
- b. Se señala que el lugar de teletrabajo debe contar con una serie de condiciones que garanticen que se podrá desarrollar el trabajo habitual en un entorno adecuado. Además de los requisitos que garanticen la conexión, debe contarse con un espacio que cumpla las condiciones mínimas en materia de prevención, seguridad y salud de un puesto de trabajo tipo. Estas condiciones mínimas constarán en el acuerdo individual de teletrabajo. Para comprobar estas condiciones, el teletrabajador se compromete a aceptar una visita de evaluación de riesgos, la fecha y la hora de la cual se concertará personalmente con cada teletrabajador²⁷.
- c. Se establece que la empresa facilitará a los teletrabajadores y a los representantes de los trabajadores información sobre las condiciones

25 CC de la empresa Thales España GRP (BOE de 11 de julio de 2020). También, CC de Repsol comercial de productos petrolíferos (BOE de 23 de noviembre de 2018).

26 CC estatal de perfumería y afines (BOE de 20 de agosto de 2019).

27 CC de Repsol comercial de productos petrolíferos (BOE de 23 de noviembre de 2018).

de seguridad y salud laboral en que deba prestarse el teletrabajo. Y también se afirma que: 1) la empresa informará al teletrabajador de su política en materia de salud y seguridad en el trabajo, especialmente sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos; 2) el teletrabajador aplicará correctamente esta política; 3) el desarrollo del teletrabajo en el domicilio del trabajador solo será posible cuando este espacio resulte adecuado a las exigencias de seguridad y salud en el trabajo; 4) la empresa debe adoptar las medidas necesarias para prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con el resto de los trabajadores de la empresa; y, 5) para poder verificar la correcta aplicación de las medidas de seguridad, la empresa y los representantes de los trabajadores solo podrán acceder al domicilio del teletrabajador previa notificación y con su consentimiento previo²⁸.

- d. Especialmente, es el II CC de empresas vinculadas Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, que recoge una completa regulación en materia de prevención de riesgos laborales; así se establece que:

1) Para evitar situaciones de aislamiento o de no pertenencia, es necesario establecer con carácter obligatorio reuniones de contacto, bien con el equipo de trabajo del teletrabajador, con los colaboradores o con el responsable directo. Estas reuniones tendrán lugar con una periodicidad semanal, garantizando al menos una jornada de trabajo presencial.

Y, 2) se incluyen una serie de recomendaciones relacionadas con los puestos de trabajo con pantallas de visualización de datos, que necesariamente tienen que cumplir los teletrabajadores; así:

— El puesto de trabajo debe tener unas dimensiones suficientes para permitir los cambios de postura y movimientos de trabajo.

²⁸ CC general de la industria química (BOE, 8 de agosto de 2018).

— El usuario de terminales con pantalla tiene que poder ajustar fácilmente la luminosidad y el contraste entre los caracteres y el fondo de pantalla, y adaptarlos fácilmente a las condiciones del entorno.

— Los caracteres tienen que poderse apreciar fácil y nítidamente a una distancia entre 40 y 60 cm y tienen que ser estables, sin vibraciones ni parpadeos.

— La altura ideal de la pantalla es aquella que permite visualizarla dentro del espacio comprendido entre la línea de visión horizontal y la trazada a 60 grados bajo la horizontal.

— Es conveniente, sobre todo en los trabajos de entrada de datos sobre la base de listados o cualquier otro tipo de documentos, la instalación de un portadocumentos junto a la pantalla y a su misma altura para evitar posturas incorrectas, puesto que el movimiento del cuello cuando se mira a la pantalla y a los documentos se realiza en un plano horizontal que es menos perjudicial que el vertical.

— Es muy importante dejar espacio suficiente ante el teclado para que el usuario pueda apoyar los brazos y las manos,

— El asiento tiene que ser giratorio y graduable en altura. El apoyo tiene que ser inclinable, regulable en altura o en su defecto con ajuste lumbar.

— Los puestos de trabajo tienen que instalarse de tal forma que las fuentes de luz como por ejemplo ventanas y otras aperturas, tabiques y equipos no provoquen deslumbramiento directo ni reflejos en la pantalla.

— La empresa realizará la vigilancia de la salud (reconocimientos médicos) a intervalos periódicos.

— A fin de eliminar el riesgo eléctrico se tomarán una serie de precauciones elementales como, por ejemplo: no sobrecargar las tomas de los enchufes, no depositar líquidos en las proximidades de los equipos en general y los teclados en particular y abstenerse de abrir, manipular o introducir objetos por la parte posterior de las pantallas.

— Queda expresamente autorizada la empresa para que mediante los técnicos y/o delegados de prevención pueda acceder al domicilio del teletrabajador para las comprobaciones que estime oportunas, previa notificación al teletrabajador con 48 horas de antelación al menos y con su autorización, y con respecto a las garantías constitucionales de inviolabilidad del domicilio, con la observancia de las comunicaciones legales oportunas.

— Periódicamente, se realizarán estudios y controles de salud para determinar la incidencia del teletrabajo en la salud laboral, informándose a la representación de los trabajadores de su evolución.

— Y, finalmente, se dará a los teletrabajadores una formación adecuada y de calidad sobre el uso de las herramientas básicas del teletrabajo, centrándose en las cuestiones psico-sociales necesarias para una correcta adecuación al nuevo entorno laboral.

3.2. El caso de las Administraciones Públicas

Aunque pueda sorprender, la negociación colectiva desarrollada en las Administraciones Públicas —tanto respecto del personal funcionario como del personal laboral—, muestra poco interés respecto al teletrabajo. Y, muy probablemente, ello se debe a que, como vimos, la regulación de esta materia se está llevando a cabo a través de acuerdos concretos en las diversas Administraciones.

Partiendo de ello, a modo de ejemplo, algún convenio colectivo que regula el teletrabajo se limita a fijar una franja de disponibilidad obligatoria de teletrabajo —de 9 a 14 horas—, sin perjuicio de las previsiones en materia de descanso dentro de la jornada, descanso entre jornadas y descanso semanal. No aborda la cuestión de la prevención de riesgos laborales²⁹.

29 Convenio colectivo del Consejo Comarcal del Maresme 2023-2026 (BOP de Barcelona de 20 de julio de 2023).

IV. Recomendaciones sobre la forma de gestionar la prevención de riesgos laborales en el marco del teletrabajo

Una vez analizados los textos que tratan sobre la prevención de riesgos laborales en el marco del teletrabajo, tanto con respecto a la Unión Europea como estatal y autonómico, así como la reciente negociación colectiva de los sectores público y privado, es posible realizar algunas consideraciones respecto a cómo sería conveniente abordar las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales en dicho ámbito; consideraciones que son aplicables tanto en el marco de las Administraciones Públicas como en las empresas privadas, al tratarse claramente de una «cuestión común». Así:

1. Como señalamos, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus normas de desarrollo resultan aplicables en el marco del teletrabajo, y, en consecuencia, el empleador público o privado, según el artículo 14 de aquella, tiene la obligación de «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo», y, con tal fin, adoptará todas las medidas de prevención necesarias. Este deber general de protección también se aplica al teletrabajo, con independencia de donde se desarrolle este.

Y junto a esto, el empleador (público o privado), en el caso del teletrabajo, también está obligado a:

- a) La evaluación de los riesgos laborales³⁰.
- b) La planificación y facilitación de los equipos de trabajo y medios de protección individuales³¹.
- c) A informar y formar a los teletrabajadores sobre los riesgos existentes en su puesto de trabajo³². También debe formarlos sobre las peculiaridades de la prestación de servicios vía teletrabajo.

30 Artículos 16 y 23.1.a) y c) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

31 Artículos 17 y 23.1.b) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

32 Artículos 18 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

d) A ejercer la vigilancia de la salud de los teletrabajadores³³.

Y, e) en su caso, también está obligado a la protección de la maternidad, los menores, los trabajadores temporales y de empresas de trabajo temporal y de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos³⁴.

Por otro lado, aunque, como decíamos, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus normas de desarrollo resultan aplicables íntegramente en el marco del teletrabajo, esto no impide afirmar que esta aplicación no siempre resulta fácil, principalmente cuando la prestación de servicios se desarrolla en el domicilio del teletrabajador (que es lo más habitual en la práctica).

A lo que cabe añadir que algunas normas reglamentarias de desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tienen una especial trascendencia en el marco del teletrabajo; es el caso de:

a) Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

Y, b) Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos. En este Real Decreto se incluye la obligación del empleador de elaborar y aplicar un plan de acción que tiene que incluir medidas técnicas y de organización dirigidas a evitar que la exposición a estos campos electromagnéticos sea superior a ciertos límites, se establece una obligación de evaluación y, en su caso, la realización de mediciones o cálculos de los niveles de exposición en los campos electromagnéticos, etc.

Y desde otras perspectivas, también cabe tener presente, aunque no tengan valor normativo, la Nota Técnica Preventiva 412 sobre Teletrabajo: criterios para su implantación, aprobada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en 1996, y la Guía de

33 Artículos 22 y 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

34 Artículos 25 a 28 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

actuación de la Inspección de Trabajo en relación con las condiciones laborales y de seguridad y salud en el teletrabajo de 2002.

La Nota Técnica Preventiva 412 puede resultar útil a la hora de concretar las características y actitudes que debería poseer una persona candidata al teletrabajo (flexibilidad, adaptabilidad, confianza, autonomía...), así como las características que deberían cumplir los mandos y gestores vinculados al mismo (deseo de participar en el proyecto de teletrabajo, confianza en sus subordinados, capacidad para organizar el trabajo...).

Y, en fin, como hemos visto, la negociación colectiva también puede regular esta materia, respetando, lógicamente, lo previsto en las normas.

2. Todas las organizaciones, con independencia de su dimensión y actividad, y de su carácter público o privado, tienen la obligación de incorporar el teletrabajo (y a los teletrabajadores) en su plan de prevención de riesgos laborales³⁵. Respecto a los contenidos de este plan de prevención de riesgos laborales en relación con el teletrabajo, cabe destacar los siguientes: la evaluación de riesgos, las medidas de protección y equipos de trabajo, la información, formación y participación de los trabajadores, las medidas de emergencia y situaciones de riesgo grave e inminente, la vigilancia de la salud, la coordinación de actividades, la protección de colectivos especialmente sensibles, la organización de la actividad preventiva y las obligaciones de los trabajadores.
3. Desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, el domicilio del teletrabajador es un centro de trabajo, con todos los efectos asociados a ello (la obligación de evaluación, la adopción de medidas de prevención...). Sin embargo, no podemos olvidar que el artículo 18.2 de la Constitución Española reconoce la inviolabilidad del domicilio particular, incluyendo también otros espacios equiparables (la habitación de un hotel o un hostel, el coche particular...). En

35 Artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

todos estos casos, la entrada requiere el consentimiento de su titular o una resolución judicial.

Cabe tener presente, sin embargo, que, con las consiguientes garantías, podría establecerse en el acuerdo de teletrabajo la posibilidad de acceder al domicilio del teletrabajador por motivos de prevención de riesgos laborales, aunque, como hemos visto, esta no es la opción por la que se decanta actualmente la normativa autonómica y local. Y ese acuerdo no excluiría que la decisión última seguiría correspondiendo al teletrabajador³⁶. La misma posibilidad se podría recoger a la negociación colectiva, tal como hacen algunos de los convenios analizados en este trabajo, así, es el caso, por ejemplo, del II CC de empresas vinculadas Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU³⁷.

Sin embargo,, como hemos visto, en los documentos analizados la regla general es que cualquier entrada de los miembros del servicio de prevención en el puesto de trabajo del teletrabajador requiere la petición previa de este o bien su consentimiento.

En este ámbito también es importante destacar que el puesto de trabajo —la oficina a distancia, en los términos de algunos de los documentos analizados páginas atrás—, tiene que fijarse expresa y obligatoriamente en el acuerdo de teletrabajo y este lugar no puede variarse por parte del teletrabajador, puesto que el mismo tiene que cumplir las medidas necesarias en materia de prevención de riesgos laborales. Cualquier cambio tiene que ser comunicado y autorizado previamente por el órgano competente. Así mismo, entendemos que, por causas justificadas, la empresa o Administración Pública podría limitar el lugar o lugares donde puede ejercerse el teletrabajo.

36 Tal y como ha reconocido la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo, al respecto ROJO TORRECILLA, E., Blog, «Trabajo a distancia (teletrabajo). Fijación de claros límites a la discrecionalidad del empleador para regular las condiciones de trabajo. Notas a la importante sentencia de la AN de 22 de marzo de 2022», 6 de abril de 2022.

37 BOE de 13 de noviembre de 2019.

Finalmente, en este marco cabe señalar que la consideración del domicilio como puesto de trabajo a efectos preventivos comporta la aplicación del Real Decreto 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo y del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el cual se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los puestos de trabajo.

4. En concordancia con el señalado, el empleador público o privado tiene la obligación de realizar una evaluación de los riesgos laborales respecto del domicilio del teletrabajador, pero solo respecto del espacio habilitado para teletrabajar.

Por otro lado, si se permite que el teletrabajador preste sus servicios en un telecentro, el empleador también tiene la obligación de proceder a la correspondiente evaluación de los riesgos laborales. Y, en fin, en los casos de teletrabajo móvil, que implica dejar al teletrabajador la libertad de elegir el lugar de prestación de servicios en cada momento (una biblioteca, un hotel, las instalaciones del cliente, un hotel o cafetería...), la evaluación de los riesgos se limitaría a los riesgos derivados de la propia manera de prestar los servicios (riesgos ergonómicos y psicosociales), sin afectar el puesto de trabajo, ya que este es móvil y libremente elegido por el teletrabajador en cada momento.

Respecto a la forma de llevar a cabo esta evaluación de los riesgos cuando se trata de teletrabajo en el domicilio, cabe destacar que, si bien una inspección física del puesto de trabajo es lo más recomendable, no es obligatoria, pudiéndose sustituir —como hemos visto— por un completo cuestionario de autocomprobación facilitado por el servicio de prevención que debe rellenar el teletrabajador y la posterior valoración de las respuestas por parte de dicho servicio. Y, obviamente, con carácter previo, es necesario que el teletrabajador cuente con la formación suficiente en materia de prevención de riesgos laborales.

Por tanto, desde una perspectiva temporal, en primer lugar, tiene que darse la formación, posteriormente el teletrabajador cumplimenta el correspondiente auto-cuestionario adaptado a las características de su

puesto de trabajo y, finalmente, el servicio de prevención lo evalúa. Si no existe esta formación o no es adecuada para el puesto de trabajo, obviamente la empresa o Administración Pública habrá incumplido la obligación de evaluar los riesgos laborales.

No podemos olvidar tampoco que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales articula la obligación de evaluar los riesgos como una obligación dinámica, no estática, y, por lo tanto, de ser necesario, tendrán que realizarse evaluaciones periódicas. Aquí hay que recordar que el artículo 6.1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que regula los servicios de prevención, establece que tienen que articularse mecanismos eficaces de revisión de la evaluación en aquellos lugares en los que se detecten daños para la salud de los trabajadores o en aquellos otros en los que se haya apreciado que las actividades de prevención planificadas son inadecuadas o insuficientes. A lo que cabe añadir que lo que se evalúa es el puesto de trabajo, no las condiciones personales del teletrabajador.

Respecto a los riesgos laborales vinculados al teletrabajo que la empresa o Administración Pública tienen que evaluar necesariamente, cabe señalar que son de dos tipos: a) los riesgos asociados al puesto de trabajo (los riesgos genéricos; los riesgos ergonómicos, incluyendo específicamente los trastornos de tipo musculoesqueléticos; y los riesgos derivados de agentes físicos, incluyendo la fatiga visual); y, b) los riesgos organizacionales y psicosociales (estrés laboral, tecnoestrés, aislamiento, adicción al trabajo, ...). También cabe tener presente el riesgo de incendio o las medidas de emergencia³⁸.

En primer lugar, en relación con los riesgos genéricos del puesto de trabajo, es posible identificar como medidas de prevención para hacerles frente las siguientes:

- a) Es conveniente que el espacio de trabajo tenga luz natural y que el ruido —interno o externo— sea lo más reducido posible.
- b) Es conveniente que el teletrabajador cuente con un espacio de trabajo independiente dentro de su domicilio, y que, además, sea

38 Artículo 20 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

suficiente para contener los equipos y materiales necesarios. El cableado eléctrico y telefónico tiene que estar instalado de manera correcta, para evitar posibles accidentes.

c) El puesto de trabajo tiene que contar con la ventilación necesaria y la temperatura adecuada según la época del año de que se trate.

Y, d) para prevenir los trastornos musculoesqueléticos —vinculados muchas veces con el mantenimiento de posturas estáticas (típicas del teletrabajo) y los movimientos repetitivos— es necesario un buen diseño ergonómico del puesto de trabajo. Esto implica, como mínimo, que:

1) La mesa de trabajo debe tener el espacio suficiente para situar la pantalla y el teclado del ordenador, documentos, materiales, etc. El material tiene que evitar reflejos y la mesa ser regulable en altura.

2) Se debe tener una silla ergonómica, regulable en altura, con reposabrazos y refuerzo en la zona lumbar.

3) El teclado del ordenador tiene que ser inclinable e independiente de la pantalla. Los ordenadores portátiles —por sus dimensiones y tipos de teclado— pueden causar lesiones musculoesqueléticas. Se recomienda conectar el ordenador portátil a una pantalla y teclado independientes.

4) Se debe tener un reposapiés regulable y antideslizante. También es recomendable utilizar reposamuñecas.

Y, 5) la pantalla del ordenador debe evitar reflejos y los caracteres deben tener la dimensión necesaria para facilitar su lectura. Para evitar la fatiga visual, la pantalla tiene que colocarse de manera perpendicular a las ventanas, para evitar deslumbramientos. Así mismo, siguiendo lo previsto en el Real Decreto 488/1997, se requiere que:

— La imagen de la pantalla sea estable, sin destellos u otras formas de inestabilidad.

— Debe ser posible ajustar fácilmente la luminosidad y el contraste para adaptarlos a las características del entorno.

— La pantalla debe ser orientable e inclinable para evitar los reflejos.

— La pantalla debe estar situada a una altura adecuada (dentro del espacio comprendido entre la línea de visión horizontal y la que se encuentra en 60 grados por debajo de la misma).

— Colocar la pantalla, el teclado y los documentos en una distancia similar de los ojos para evitar la fatiga visual y los giros de la cabeza y el cuello. La distancia recomendada de lectura de la pantalla respecto a los ojos es de entre 40 y 55 cm.

— Y, en fin, también es conveniente realizar pausas para descansar y reducir el tiempo máximo de trabajo ante una pantalla de ordenador.

En segundo lugar, respecto a los riesgos organizacionales y psicosociales, cabe destacar que estos se concretan principalmente, como señalábamos anteriormente, en el aislamiento, la adición al trabajo o el tecnoestrés.

El primero deriva del hecho que el teletrabajador trabaja en su propio domicilio, en solitario, lo que limita claramente el contacto personal con otros compañeros, clientes o usuarios —el contacto se lleva a cabo a través de correo electrónico, telefónicamente, vía WhatsApp...—. La adicción al trabajo puede surgir ante jornadas largas de trabajo en las que no hay control del empleador, lo que puede llevar a una autoexplotación por parte del propio teletrabajador.

Y, en fin, más específico todavía, el tecnoestrés puede presentar tres variantes: a) la tecnofatiga, que consiste en la fatiga mental derivada del uso prolongado y continuado de las nuevas tecnologías; b) la tecno adicción, que implica una incontrolable compulsión a utilizar las nuevas tecnologías durante largos periodos de tiempos; y, c) la tecnofobia, que deriva del sobreesfuerzo para adaptarse a las nuevas tecnologías.

Respecto a las medidas preventivas en relación con este tipo de riesgos, hay que señalar que:

a) Para evitar o reducir el aislamiento resulta conveniente, al margen de la fórmula del teletrabajo a tiempo parcial, convocar reuniones periódicas entre el teletrabajador y sus compañeros o supervisores, actividades formativas, etc.

b) Para prevenir la sobreexplotación, el estrés laboral o la adicción al trabajo es necesario arbitrar limitaciones de la jornada, pausas y descansos. A esto ayuda el control y el registro de la jornada de trabajo, aplicable tanto en el sector privado como en las Administraciones Públicas.

c) Y, finalmente, para evitar o reducir el tecnoestrés es esencial la formación sobre un buen uso de las nuevas tecnologías, así como el establecimiento de un servicio de apoyo para la resolución de posibles problemas. En el caso de la tecno adicción también es esencial el control de la jornada de trabajo, para evitar extralimitaciones.

Y, en todos los supuestos, la formación de los teletrabajadores sobre las medidas a tomar para evitar estos riesgos es esencial. Formación que es obligatoria y que debería renovarse o actualizarse cada vez que resulte necesario.

5. Si bien la evaluación de los riesgos laborales se centra exclusivamente en el puesto de trabajo y no en las características personales del teletrabajador, cabe tener presente que no todas las personas tienen las habilidades y competencias necesarias para el teletrabajo (flexibilidad, adaptabilidad, confianza, capacidad de organización...), en la línea apuntada por la, antes citada, Nota Técnica Preventiva 412 del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el Trabajo. Esto implica que, aunque las funciones del puesto de trabajo sean susceptibles de ser ejercidas a través del teletrabajo, no todo solicitante de teletrabajo será apto para teletrabajar. Y autorizar para el teletrabajo a una persona no apta puede comportar un riesgo para su seguridad y salud laboral, y dar lugar a las correspondientes responsabilidades a cargo de la empresa o Administración Pública (el recargo de prestaciones, el pago de indemnizaciones...).
6. Cabe plantearse qué pasa cuando el empleador no cumple con su obligación de evaluación de los riesgos o lo hace de manera defectuosa. En este caso, como vimos, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo reconoce al teletrabajador la posibilidad de solicitar a su empleador una inspección. También se abre, en su caso, la posibilidad de presentar una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

7. Se ha apuntado que el teletrabajo tiene como inconvenientes el incremento de hábitos como el tabaco, el alcohol o el café, o un mayor sedentarismo, puesto que el espacio de trabajo se encuentra en el propio domicilio. Desde una perspectiva general, resulta recomendable que la empresa o Administración Pública fomente hábitos saludables entre su plantilla.
8. Obviamente, el teletrabajador debe contar con una información suficiente sobre los riesgos específicos de su puesto de trabajo —tanto los asociados al puesto de trabajo como los de carácter organizacional y psicosocial—, así como de las medidas de protección y prevención aplicables. Resulta aplicable el artículo 18.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se prevé que: «A fin de dar cumplimiento al deber de protección... el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con: a) Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten la empresa en su conjunto como cada tipo de puesto de trabajo o función. b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior. c) Las medidas adoptadas en conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley. En las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, la información... se facilitará por el empresario a los trabajadores a través de estos representantes; sin embargo, tendrá que informarse directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a estos riesgos».
9. Tal y como también se deriva de los documentos analizados páginas atrás, la formación en materia de prevención de riesgos laborales es un elemento clave en el marco del teletrabajo. A tal efecto, el artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que el empleador —privado o público— tiene que garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que ejerza o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.

La formación debe estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario (por ejemplo, cuando se constata la presencia de conductas imprudentes o se considera que no se aplican adecuadamente las medidas preventivas). En definitiva, antes de la incorporación al teletrabajo, el teletrabajador debe haber sido formado adecuadamente, con independencia de que se trate de un trabajador temporal o fijo, y esta formación debe actualizarse en el momento en el que se produzcan cambios en sus funciones, se introduzcan nuevos métodos de trabajo, nuevos equipos de trabajo o nuevas tecnologías. Esta formación, tal y como afirmamos anteriormente, se tiene que evaluar para garantizar que el teletrabajador la ha interiorizado.

Esta formación tiene que impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada y en horario de trabajo o, en su defecto, en otras horas, con el reconocimiento, en este último caso, del tiempo de descanso compensatorio equivalente retribuido (el coste temporal de esta formación obligatoria va siempre a cargo de la empresa o Administración Pública). La formación puede impartirse con medios propios o bien concertándola con servicios ajenos y su coste no recaerá, en ningún caso, sobre el trabajador.

Todo esto implica que el teletrabajador tiene que recibir una formación adecuada a su puesto de trabajo y sus riesgos, lo que implica que la formación debe incluir los riesgos inherentes en el puesto de trabajo ocupado y los riesgos derivados de las características de la modalidad de trabajo que se ejerce (organización de la jornada, trabajo a resultados, autonomía en la organización del trabajo, resolución de problemas informáticos, medidas para evitar el aislamiento, ...), así como la formación necesaria para un uso adecuado del correspondiente equipo informático.

Por otro lado, en el ámbito del teletrabajo esta formación es todavía más importante, teniendo presente que muy difícilmente la empresa o Administración Pública podrá comprobar directamente que el teletrabajador cumple con las medidas preventivas. Obviamente, esta

formación es obligatoria, y si no se realiza y supera adecuadamente, no se puede autorizar el teletrabajo.

Finalmente, en este marco hay que recordar que el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo establece que los superiores jerárquicos y compañeros de trabajo directos del teletrabajador deben recibir formación en aquellas cuestiones que tengan incidencia directa sobre la prevención de riesgos laborales, como por ejemplo: la gestión del trabajo por objetivos o proyectos, el registro de la jornada, la garantía de la desconexión digital, una organización saludable del tiempo de trabajo, formas de reducir el estrés y el aislamiento, etc.

10. Como también pasa en el trabajo presencial, el teletrabajador debe cumplir ciertas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, conforme a lo que se establece en el artículo 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; así:

a) Tiene que velar por su propia seguridad y salud, así como la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su trabajo (el resto de los convivientes del domicilio, por ejemplo).

b) Debe utilizar adecuadamente los instrumentos de trabajo, los medios y equipos de protección, los mecanismos de seguridad, etc.

c) Tiene que informar inmediatamente a su superior jerárquico o al servicio de prevención sobre cualquier posible situación de riesgo.

d) Tiene que cooperar con el empleador para garantizar que sus condiciones de trabajo sean seguras y contribuir a que se cumplan todas las obligaciones preventivas previstas legalmente.

Cabe recordar que, tal como establece el propio artículo 29.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del trabajador —también del teletrabajador— es considerado un incumplimiento laboral o una falta a efectos disciplinarios, pudiéndose iniciar el correspondiente procedimiento disciplinario. Es más, la propia situación particular que ostenta el teletrabajador —trabaja en su propio domicilio— hace que estas obligaciones en materia preventiva adquieran, incluso, una mayor relevancia.

Por otro lado, en el convenio colectivo o acuerdo sobre teletrabajo tendría que constar expresamente que es causa de revocación del teletrabajo no adoptar las medidas preventivas y correctoras recomendadas por el servicio de prevención de riesgos laborales.

11. Como ya señalamos, la empresa o la Administración Pública tiene que cumplir con un deber de vigilancia de la salud del teletrabajador, conforme a lo que se prevé en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En este precepto se establece que, como regla general, la vigilancia de la salud solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, con tres excepciones: a) cuando un reconocimiento médico es imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud del trabajador; b) cuando es necesario verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los otros trabajadores, o para otras personas relacionadas con la empresa o Administración; y, c) cuando lo establece una disposición normativa, en atención a la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (enfermedades profesionales, trabajadores nocturnos, exposición al ruido, utilización de pantallas de visualización, agentes cancerígenos...).

Es evidente que el teletrabajo se vincula al uso de pantallas de visualización, y por eso el Real Decreto 488/1997 recoge la obligación de los trabajadores afectados por el mismo a someterse a la vigilancia de la salud. Así, en su artículo 4 se establece la obligación del empleador de garantizar a los trabajadores una vigilancia adecuada de su salud teniendo en cuenta en particular los riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, el posible efecto añadido o combinado de estos, y la eventual patología acompañante. Por tanto, se tendrán en cuenta los riesgos ergonómicos y psicosociales-organizacionales (la carga de trabajo, la forma de gestionar el tiempo, el posible estrés, el aislamiento, etc.), y la vigilancia la llevará a cabo personal sanitario especializado.

Esta vigilancia de la salud tiene que producirse antes de iniciar la actividad laboral, con posterioridad de manera adecuada al nivel de riesgo, y cuando aparezcan trastornos que pudieran derivarse del

trabajo. Como en otros ámbitos, el empleador, privado o público, está obligado a facilitar los medios de protección necesarios.

Los reconocimientos médicos vinculados con esta obligación de vigilancia de la salud son obligatorios para los teletrabajadores y, por lo tanto, en caso de negativa, se podría llegar a abrir un procedimiento disciplinario. En cambio, los reconocimientos médicos no ligados a los riesgos derivados del uso de pantallas de visualización son voluntarios. Se tiene que informar previamente al teletrabajador de las pruebas que se llevarán a cabo, la información que se obtendrá con las pruebas y la conexión que existe entre aquellas y los riesgos.

Por otro lado, si la vigilancia de la salud detecta que el teletrabajo afecta la salud del teletrabajador, se deberán poner en marcha las medidas necesarias, que pueden ser simplemente una adaptación o modificación de los equipos de trabajo (mesa, silla, teclado, reposapiés, pantalla...), o de la organización del trabajo o del tiempo de trabajo (más pausas para descansar, control de la jornada, desconexión digital efectiva...). Si no son suficientes las medidas correctoras, habría que pensar en un cambio de funciones, de puesto de trabajo, e incluso, en una reversión del teletrabajo, volviendo al trabajo presencial a tiempo completo.

12. No podemos olvidar que un control efectivo por parte del empleador de la jornada y de los descansos —registro de la jornada— tiene una gran relevancia en el marco de la prevención de los riesgos laborales, puesto que puede evitar o reducir los riesgos psicosociales vinculados al teletrabajo (adicción al trabajo, fatiga mental, tecnoestrés en sus diversas variantes).

Y obviamente, los mecanismos de control, que pueden ser telemáticos, deben ser respetuosos con el derecho a la intimidad y la vida privada del teletrabajador y guardar la proporcionalidad requerida. Se pueden utilizar varios mecanismos de control: los sistemas de grabación o videovigilancia, los sistemas biométricos, los controles sobre el propio ordenador (monitorizando el uso del correo electrónico y de internet...). Las posibilidades son amplias. En todo caso, como decíamos antes, se tienen que respetar los principios de justificación,

idoneidad y proporcionalidad del sistema empleado y se tiene que informar al teletrabajador de cómo se llevará a cabo el control.

13. Cabe tener presente que la normativa sobre prevención de riesgos laborales otorga un trato especial al trabajo nocturno, añadiendo obligaciones adicionales por razones evidentes de protección de la salud. Y, lógicamente, el teletrabajo facilita el trabajo en horario nocturno, ya que, precisamente, la flexibilidad horaria es uno de sus rasgos más relevantes. Por lo tanto, a nuestro entender, el empleador puede prohibir el teletrabajo en horario nocturno; esta prohibición se puede incluir en el correspondiente acuerdo de teletrabajo y en caso de que el teletrabajador no la cumpla se podría revocar el teletrabajo y la organización quedaría eximida de cualquier responsabilidad.
14. Tal y como prevé la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el empleador —público o privado— tiene la obligación de controlar el cumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales por parte de sus trabajadores y, en el caso del teletrabajo el reto principal deriva del hecho de que la actividad se desarrolla generalmente en el propio domicilio.

En esta cuestión cabe reiterar que, aunque la mejor forma de control sería inspeccionar directamente el puesto de trabajo del teletrabajador, el carácter inviolable del domicilio exige siempre su consentimiento y una notificación previa con tiempo suficiente. Y si este no se da, la responsabilidad de aplicar adecuadamente las medidas requeridas para hacer frente a los riesgos recae en el propio teletrabajador.

15. Lógicamente, cabe tener presente que, tanto los delegados de prevención como el comité de seguridad y salud, tienen que estar atentos a la situación y a los riesgos específicos derivados del teletrabajo, con la dificultad adicional que comporta el hecho que los teletrabajadores ejercen sus funciones en su domicilio particular. No se podrá acceder en el domicilio sin el consentimiento del teletrabajador.

Tiene que informarse periódicamente al Comité de Seguridad y Salud sobre los aspectos esenciales del teletrabajo (número de empleados teletrabajando, perfil, posibles incidencias, situaciones particulares, informes de los supervisores o gestores...).

16. Cabe destacar que, en algún caso excepcional, el teletrabajo se podría imponer a un trabajador cuando surja una necesidad desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales. Sería el caso, por ejemplo, en que existiendo una situación conflictiva en la organización a nivel colectivo o individual (vinculada a riesgos psicosociales) que exige no pasar a la persona a una baja médica, al considerar que podría agravarse su estado, se decide el paso temporal al teletrabajo en su domicilio, al considerarse que con esto se facilitarían su recuperación. Se trataría, en todo caso, de una situación temporal y excepcional.
17. Sin entrar a fondo en el tema, también cabe recordar que, desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales y para garantizar la salud, es esencial que se garantice el derecho a la desconexión digital de los teletrabajadores, teniendo presente aquello previsto en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

La empresa o Administración Pública debe tener una política interna sobre esta materia que, además, trate de forma particular la situación de los teletrabajadores, con el objetivo, entre otros, de garantizarles los descansos, el respeto de la jornada máxima y cualquier otro límite en materia de tiempo de trabajo derivado de la normativa vigente.

Y también, desde una perspectiva preventiva, es necesario desarrollar acciones de formación y sensibilización de los teletrabajadores sobre la necesidad de hacer un uso responsable de las herramientas informáticas que evite los riesgos psicosociales, particularmente la fatiga informática y el tecnoestrés.

18. Finalmente, cabe recordar que, como en el caso del trabajo presencial, en el teletrabajo existe el riesgo de ser acosado, ya sea sexualmente, por razón de sexo, por causas discriminatorias o psicológicamente. Por lo tanto, es necesario que en los protocolos que regulan el acoso, tanto en las empresas como en las Administraciones Públicas, se incluya la figura del teletrabajo y se adopten las medidas pertinentes para evitar que los teletrabajadores sean acosados.

V. Reflexiones finales

Sin reiterar lo apuntado en los apartados anteriores, sí es importante señalar que, como hemos visto, tanto a nivel europeo como estatal y autonómico, y también en el marco de la negociación colectiva, se aborda la compleja relación entre el teletrabajo y la prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, el elemento clave es que esa regulación se traslade realmente a la práctica y, sobre todo, que supere un reto que probablemente se ha minusvalorado, como es el hecho de que, en la gran mayoría de los casos, el teletrabajo se desarrolla en el propio domicilio del teletrabajador, y en este ámbito el control real del cumplimiento de las medidas en materia de prevención de riesgos laborales es muy relativo. Como hemos visto, en ese caso la responsabilidad del cumplimiento de esas medidas se deja en manos del propio teletrabajador, pero ¿eso es posible teniendo en cuenta la lógica de protección del trabajador que impregna toda la prevención de riesgos laborales? No estamos seguras.

II. Políticas de empleo

Algunas reflexiones sobre las políticas locales de empleo

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidade de Vigo¹

Sumario

I. Consideraciones generales y de contexto, 211 II. El desarrollo de la estrategia europea de empleo y su traducción programática interna, 216 III. Las claves de la vigente ley de empleo en torno al ámbito local, 220 3.1. La falta de competencias, 220 3.2. La desconsideración de la Ley hacia las entidades locales y hacia la gobernanza de proximidad, 222 3.3. La plasmación del espacio local en la nueva Ley de Empleo, 225 3.4. Las CCAA como portadoras y responsables de los intereses de las Administraciones Locales, 227 IV. Una valoración sintética de lo local en la nueva ley, 231 V. Dos ejemplos de normativas autonómicas, 232 5.1. Ley 13/2015, de 9 de julio, de ordenación del sistema de empleo y del Servicio Público de Empleo de Cataluña, 232 5.2. Ley 15/2023, de 21 diciembre, de Empleo del País Vasco, 234 VI. Conclusión, ideas para un debate, 237

1 Identifico este estudio como uno de los resultados del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Adaptación y mantenimiento del empleo en el nuevo ecosistema productivo» (ref. PID2021-124395OB-I00).

I. Consideraciones generales y de contexto

El 9 noviembre 2023 la Facultat de Dret de la Universitat de Girona acogió la jornada de homenaje al profesor Eduardo Rojo Torrecilla con motivo de su jubilación. Por invitación del director de esa actividad, el profesor Ferran Camas Roda, tuve la oportunidad de compartir con las personas asistentes ese día de mesas de debate y participar en una centrada en «las políticas locales de empleo». Se trata de un asunto sobre el que el homenajeado y yo mismo hemos compartido debates y opiniones, ya sea en paralelo, ya en el contexto de alguna actividad conjunta en la que ambos participamos².

Ahora pongo por escrito, con más detalle y extensión, ideas que entonces solo puede esbozar. Lo hago con agradecimiento por una relación que continúa sólida desde hace ya más de un cuarto de siglo, cuando por primera vez tuve la oportunidad de invitar a Eduardo a mi Universidad y que debo, en primera instancia, a dos de sus discípulos, el propio Ferran Camas e Ignasi Camós. Es siempre un motivo de alegría compartir con el grupo del profesor Rojo el debate académico y la vida universitaria, a la vez que tener la certeza de que su fuerte presencia en la doctrina iuslaboralista permanece, más allá del dato administrativo de su jubilación. Su jubilación, por cierto, constituye un suceso algo paradójico para alguien tan volcado en el estudio de la normativa y las políticas de empleo.

Ya en 1993, la Comisión Europea expresaba la necesidad de colaboración con las autoridades locales en la reinserción de las personas desempleadas de larga duración³. Desde entonces, la doctrina ha subrayado, en todo lo relativo a las políticas activas de empleo, la necesidad de tener en cuenta

2 Me permito destacar la celebrada en Ourense los días 15 y 16 junio 2016 sobre «Mantenimiento y recuperación del empleo. Colectivos de atención prioritaria». Resultado de ese encuentro es el artículo de ROJO TORRECILLA, E. (2023). *Empleo y jóvenes*, Revista Justicia & Trabajo, número extraordinario, pp. 55 y ss, en el que el autor refleja de pasada ese debate sobre la esfera local de las políticas de empleo.

3 En el decisivo Libro Blanco *Crecimiento, Competitividad, Empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, INAP, 1995, p. 20.

las iniciativas de proximidad. Las diferentes realidades locales, sus sujetos y sus entidades interesadas y las redes territoriales provocan un discurso de inevitable toma en cuenta de la dimensión de cercanía a las personas para una mayor eficacia de las estrategias y de las iniciativas que se emprendan⁴.

En realidad, hay que aludir a experiencias aún anteriores, pero sobre todo articuladas como respuesta a reestructuraciones que habían herido en profundidad las estructuras de empleo que existían en torno a determinadas industrias. En esos contextos, cuando el desempleo, más que un dato estadístico, era una realidad muy palpable, las iniciativas locales de empleo constituyeron una respuesta muy importante⁵. En efecto, la regulación de los despidos colectivos en torno a las medidas de reducción de sus efectos a través del impulso de la autoridad pública ha tenido bastante que ver con las referidas iniciativas.

Al margen de las normas, los diversos actores públicos se empeñaron desde hace ya décadas en producir instrumentos de recolocación de las personas afectadas, en particular de las que menos podían favorecerse de las medidas privadas de *outplacement*. Las iniciativas locales de empleo, las zonas de urgente reindustrialización, los yacimientos de empleo⁶ y otros conceptos similares nacieron como respuesta, en particular, a las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas de un mundo en acelerada transformación desde los años ochenta del siglo xx.

En ese sentido, es especialmente reveladora la Recomendación núm. 169 de la OIT, sobre la política de empleo, de 1984⁷, que dedica un apartado, el VII, a las políticas de desarrollo regional, que parte de la necesidad de crear y desarrollar polos y centros de crecimiento con buenas perspectivas

4 Véase, vg., AUVERGNON, P. (2011). *On Labour Market intermediation in France*, *European Labour Law Journal*, vol. 2(4), p. 334.

5 Al respecto, KUENSTLER, P. (1984). *Local employment initiatives in Western Europe*, *International Labour Review*, núm. 123, pp. 221 y ss.

6 Es un término que propone el Libro Blanco *Crecimiento, Empleo...*, pero que ya existía anteriormente, en cuanto que búsqueda de empleos alternativos, en este ámbito de la respuesta a las reestructuraciones.

7 Como antecedente más remoto, debe recordarse que el Convenio núm. 88, de 1948, sobre el servicio de empleo, disponía que el servicio debería comprender una red de oficinas locales y advertía de la necesidad de constituir comisiones consultivas de empleo locales.

para generar empleo. Y, anteriormente, el apartado III, sobre empleo de jóvenes y de grupos y personas desfavorecidos, apela a la conveniencia de establecer programas especiales con el fin de emplear a jóvenes, particularmente en proyectos a nivel local con fines sociales. Pero, sobre todo, en cuanto a pequeñas empresas, el apartado 6 expresa que «la política nacional de empleo debería tener en cuenta la importancia de las pequeñas empresas como fuente de empleo y reconocer la contribución a la lucha contra el desempleo y al crecimiento económico de las iniciativas locales generadoras de empleo»⁸. A ellas también se refiere el preámbulo del Convenio núm. 168, de 1988, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, no ratificado por el Reino de España. Finalmente, la Recomendación núm. 205, sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y para la resiliencia, de 2017, enuncia, como planteamientos estratégicos, la promoción de la recuperación económica local para generar oportunidades de empleo, así como el desarrollo de la capacidad de los gobiernos, incluidas las autoridades regionales y locales, y aboga por coordinar los servicios de educación, formación y readaptación profesionales a nivel nacional, regional y local.

Todavía en el marco de OIT, conviene recordar el Programa Global de Empleo, lanzado a partir de un exhorto de la Asamblea General de Naciones Unidas a la OIT para que elaborara una estrategia internacional coherente y coordinada para promover el empleo productivo y libremente elegido, y desde luego olvidado a partir de la gran crisis de 2008⁹. En ella, se enfatiza la dimensión regional de la globalización y se postula la creación de alianzas y asociaciones en ese plano. Añade que el Programa debe afrontar la necesidad de movilizar recursos en el ámbito local y estimular la economía en este ámbito, para favorecer el desarrollo en él, a

8 Es muy singular de esta Recomendación que asume el carácter global de la política de empleo, pero hace hincapié en las dificultades que emergen en situaciones desfavorables que exigen medidas de ajuste en las que han de participar los órganos regionales. Véase este sesgo en CABEZA PEREIRO, J. (2019). *La normativa y la política de la OIT sobre empleo*, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, núm. 434, p. 105.

9 *Ibid.*, p. 110. Sobre él, véase el documento de OIT *Examen de los elementos fundamentales del Programa Global de Empleo*, OIT, Consejo de Administración, 286 reunión GB.286/ESP/1 (Rev.).

cuyo fin es precisa una mayor coordinación, desde el plano global hasta el más descentralizado. Por su parte, en el documento *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante*¹⁰ se hace particular hincapié en el desarrollo de estrategias locales de desarrollo.

En contradicción solo aparente con estas perspectivas, cierta doctrina económica advierte de que las políticas locales tienen un papel bastante subsidiario, en relación con las de tipo macroeconómico, pero admite inmediatamente a continuación que tienen su relevancia las iniciativas de desarrollo local y las activas de empleo, centradas en tareas de información, orientación, conexión entre la oferta y la demanda, formación e incentivos a la contratación¹¹. Es decir, aparentemente reconoce la importancia, en el concreto ámbito del empleo, de las iniciativas de proximidad. O, dicho en otras palabras, hay cierto consenso sobre el papel destacado de las instancias más descentralizadas, sean públicas o privadas, en lo que atañe a la empleabilidad, la intermediación, el fomento del empleo y, más en general, todas las políticas dirigidas a su mejora.

De nuevo, desde la perspectiva de las políticas públicas, se ha puesto de manifiesto la importancia de que se establezca un entramado suficientemente robusto en el nivel local como para que puedan desarrollarse convenientemente. A ese respecto, no se trata solo de que existan resortes institucionales a ese nivel, sino de que los actores que los ejecuten cuenten con cierta autonomía de funcionamiento, al menos para adoptar decisiones relevantes¹². En este sentido, se realza la importancia crucial del nivel local en cuanto afecta a la gobernanza del empleo. Por supuesto, las experiencias comparadas muestran modelos más o menos descentralizados en cuanto a la toma de decisiones y a la generación de unas políticas de empleo diferenciadas, con una mayor o menor colaboración de las entidades privadas y, en general, de los distintos sujetos

10 Conferencia Internacional del Trabajo 109.^a reunión, 2020, pp. 193 y ss.

11 RECIO ANDREU, A. (2022). *Las políticas locales de empleo y sus límites*, Alternativas Económicas, núm. 104, pp. 52-53.

12 ZIMMERMANN, K., AURICH, P., GRAZIANO, P. R. y FUERTES, V. (2014). *Local Worlds of Marketization-Employment Policies in Germany, Italy and UK Compared*, Social Policy & Administration, vol. 48, núm. 2, p. 128.

interesados¹³. Sin embargo, parece razonable y adecuado, preservar cierto nivel de autonomía en la toma de decisiones en los ámbitos regionales y locales, y que hay cierto concepto al respecto.

Es evidente que, en el marco del Método Abierto de Coordinación de la Estrategia Europea de Empleo de la Unión Europea, la identificación de las mejores prácticas —*benchmarking*— solo puede ser fructífera si se anima la incorporación al mismo de los ámbitos territoriales más descentralizados. Es siempre en las políticas de proximidad donde se desarrollan las iniciativas que pueden, como mejores ejemplos, orientar buenas prácticas de empleabilidad dignas de ser exportadas a otros ámbitos geográficos. A través de una actuación «de abajo arriba» se pueden elaborar y catalogar los mejores instrumentos a modo de vademécum, para cuyo desarrollo los agentes de empleo locales han de disponer de cierta capacidad de actuación más allá de la de ejecución de políticas diseñadas en ámbitos centrales. Al propio tiempo, debe producirse un espacio de concertación territorial en el que intervengan las partes sociales, que trascienda la esfera regional y alcance la más próxima¹⁴. Y, trascendiendo de esa micro-concertación social, es imprescindible producir una colaboración de los agentes privados con los actores públicos en esos mismos niveles de actuación, que implique a entidades tales como instituciones educativas de formación reglada y ocupacional, organizaciones de lucha contra la exclusión social, órganos sanitarios, oficinas públicas y privadas de intermediación, empleabilidad y, en general, de políticas activas de empleo y, personas físicas y jurídicas, así como grupos sin personalidad jurídica dedicados al desarrollo local. Es decir, la Administración local tiene que actuar de la mano de una red asimismo local para producir y ejecutar políticas de buen gobierno¹⁵.

13 *Ibid.*, pp. 144-145.

14 Una descripción más amplia de todo este entramado, en CABEZA PEREIRO, J. (2008). «Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo», en VV. AA., *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 55 y ss. Madrid.

15 Insistiendo en esta idea, y al hilo de las conclusiones del Consejo Europeo de Essen de 1995, en los albores de la Estrategia Europea de Empleo, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1996). *Iniciativas Locales y Derecho del Trabajo*, Relaciones Laborales, I, pp. 73 y ss.

La dimensión local es, en todo caso, ineludible, a la vista de las desigualdades que existen entre los distintos territorios de un país determinado y de las necesidades específicas que en cada uno de ellos tienen las personas desempleadas o demandantes de empleo. Se trata de que resulta imprescindible que los diferentes actores, a nivel local, tomen cuenta de sus responsabilidades específicas y actúen en busca de un mayor desarrollo social y económico en su entorno más inmediato. La convergencia de los agentes públicos y privados, y del sector lucrativo y no lucrativo resultan indispensables en una actuación de proximidad que debe coordinarse con otros ámbitos de gobierno más centralizados, en particular con los estatales y con los propios de la UE y otros escenarios supranacionales —OCDE, OIT...—.¹⁶

II. El desarrollo de la estrategia europea de empleo y su traducción programática interna

La Comisión Europea sigue haciendo hincapié en la importancia del nivel local en el diseño y ejecución de las políticas de empleo¹⁷. En realidad, y con un espectro más general, ya en el propio lanzamiento del Pilar Europeo de Derechos Sociales se reconoce que la mayoría de los instrumentos necesarios para cumplirlo están en manos de —por este orden— las autoridades locales, regionales y nacionales, así como de los interlocutores

16 En este sentido, European Commission. Employment & Social Affairs. (2004). *Practical Handbook on developing local employment strategies in new Member States and Candidate Countries of the European Union*.

17 Así lo hace, vg., en la Decisión (UE) 2023/2598, del Consejo, de 9 octubre 2023, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE de 14 noviembre 2023): «Aunque las orientaciones integradas se refieren a los Estados miembros y a la Unión, su aplicación debe hacerse conjuntamente con las autoridades nacionales, regionales y locales, y en estrecha colaboración con los parlamentos, así como con los interlocutores sociales y los representantes de la sociedad civil». Debe reconocerse que, en realidad, se trata de una expresión repetida clónicamente en las sucesivas orientaciones anuales.

sociales y de la sociedad civil en general¹⁸. Además, la colaboración con los agentes regionales y locales se considera específicamente en la Agenda Estratégica 2019-2024 del Consejo Europeo, la cual identifica la creación de empleo en Europa como una de sus máximas prioridades¹⁹. No por casualidad, el Consejo, en su Informe Conjunto sobre Empleo de 2023 adoptado el 13 marzo 2023, celebraba que el Reino de España estuviese reformando su legislación de empleo y actualizando la estructura y los mecanismos de coordinación a nivel estatal, autonómico y local²⁰. Además, su Recomendación de 14 julio 2023 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2023 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2023 de España²¹, insiste en la participación sistemática y efectiva de las administraciones autonómicas y locales, de los interlocutores sociales y otras partes interesadas en lo que afecta a la ejecución satisfactoria del Plan de Recuperación y Resiliencia, así como de otras políticas económicas y de empleo.

Coherentemente, y en sus compromisos políticos y programáticos, el Reino de España recoge la necesidad de involucrar a las Administraciones e instituciones territoriales de proximidad. Así se expresa con énfasis en el Programa Nacional de Reformas 2023²². Pero, mucho más en concreto, el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023²³ invoca reiteradamente el nivel territorial más descentralizado: en cuanto al eje del emprendimiento, para promover el desarrollo económico local, en

18 Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el establecimiento de un Pilar Europeo de Derechos Sociales, Bruselas, 26 abril 2017 COM(2017) 250 final.

19 Véase la web <https://www.consilium.europa.eu/media/39964/a-new-strategic-agenda-2019-2024-es.pdf> (europa.eu).

20 *Joint Employment Report as adopted by the Council on 13 March 2023*, European Commission, p. 99, en la web Publications and documents - Employment, Social Affairs & Inclusion - European Commission (europa.eu).

21 DOUE 1 septiembre 2023.

22 <https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/sitios/sepg/es-ES/Presupuestos/PGE/ProyectoPGE2023/Documents/LIBROSALMON2023.pdf>, p. 68.

23 Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 mayo 2023 y publicado por Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social (BOE de 6 junio 2023).

cuanto a los contratos-programa para la ejecución de políticas activas de empleo, a fin de que se concluyan los mismos preferentemente, además de con universidades públicas, con entidades locales, en cuanto al plan de garantía juvenil, en cuyo seno debe reforzarse la dimensión local y en cuanto a la colaboración de un entramado local de agentes públicos y privados (entre otros, interlocutores sociales, organizaciones sin ánimo de lucro, agencias de colocación o centros y entidades de formación)²⁴.

Por lo demás, a la espera de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo prevista en el art. 12 de la Ley 3/2023, debe apelarse a la todavía vigente Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024²⁵, que invita de forma reiterada a tomar en cuenta las dimensiones local y sectorial de la política de empleo. Además, insta a los servicios de empleo de las CC. AA. a establecer los mecanismos de colaboración oportunos con las entidades locales, de modo que estas puedan participar en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de empleo, mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico. Apela asimismo a la creación de planes locales de transformación productiva allá donde sean necesarios. Y, en cuanto a la por aquel entonces futura Ley de Empleo, expresaba, en términos generales, la necesidad de reforzar la dimensión local de la política de empleo.

En resumen, puede reconocerse un cierto continuismo, tanto en la Estrategia Europea de Empleo, como en su plasmación en el modelo interno español, en cuanto al reconocimiento de la importancia del nivel local. Ahora bien, ese planteamiento ha encontrado grandes dificultades para plasmarse en políticas concretas normativamente asumidas. No se trata ahora de volver la vista atrás y repasar cómo la anterior legislación de empleo había enfocado esta perspectiva, ni cómo se había producido en las políticas dictadas en su desarrollo hasta la vigente Ley de Empleo.

²⁴ A cuyo efecto, como iniciativa, se plantea la creación de mesas locales o territoriales, integradas por servicios públicos de empleo, entidades empleadoras y/o asociaciones sindicales, empresariales y entidades locales para, entre otras finalidades, establecer pactos para la disminución de las brechas de género en el empleo.

²⁵ BOE de 7 diciembre 2021.

Sí que es sencillo constatar que, en los albores de su entrada en vigor, la situación distaba mucho de ser satisfactoria. Se había producido ya una tensión entre dos polos, el estatal y el de las Comunidades Autónomas, entre los que el papel de las Administraciones locales había quedado emparedado. Y, por extensión, se había desdibujado también la función y el protagonismo de los demás actores territoriales.

Es más, la actuación de las entidades locales en cuanto a la intermediación laboral se tuvo que producir en muchas ocasiones a través de la forma jurídica de agencias de colocación sin ánimo de lucro, reguladas en el hasta 2011 en vigor RD 735/1995, de 5 mayo, aunque en otras muchas sin la autorización para actuar como tales, casi siempre mediante instrumentos de colaboración con los servicios públicos de empleo. No cambió radicalmente las cosas la Ley 35/2010 y su normativa de desarrollo, el aún vigente —al menos en términos formales— RD 1796/2010, de 30 diciembre, aunque facilitó su actuación, ahora necesariamente a través de la fórmula de la autorización, pero con la posibilidad más normativamente precisada de suscribir convenios de colaboración con los servicios de empleo autonómicos²⁶.

Dicho en otras palabras, el tratamiento que la legislación de empleo les otorgaba a las entidades dependientes de las Administraciones locales era, en la práctica, el mismo que les otorgaba a las agencias privadas de colocación, sin que les reconociera un papel diferenciado y mínimamente protagonista. De modo que existía un profundo divorcio *de facto* entre unos documentos programáticos que reconocían su importante papel y una traducción normativa que las situaba en un papel ancilar y meramente complementario de los servicios de empleo, estatal o autonómico.

26 Véase esta evolución en NIETO ROJAS, P. (2012). *La dimensión local de las políticas activas de empleo. Una revisión competencial tras la aprobación de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014*, Temas Laborales, núm. 114, pp. 123-124.

III. Las claves de la vigente ley de empleo en torno al ámbito local

3.1. La falta de competencias

Debe recordarse que el art. 137 CE reconoce a los municipios y provincias, además de a las Comunidades Autónomas, el goce de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Pero esos «intereses» se han definido en la legislación básica de régimen local a través de unas competencias propias entre las que nunca ha estado, al menos explícitamente, la de empleo. En cuanto a los municipios, el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local (LBRL) incluye un listado del cual solo la letra e) guarda alguna proximidad, en cuanto a la «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social». Se trata de un concepto que no abarca, ni de lejos, el contenido y la extensión de las políticas activas de empleo, pero sí que ampararía las actuaciones de empleabilidad y colocación de algunos de los denominados colectivos de atención prioritaria y obliga, en particular, a los municipios de más de veinte mil habitantes, de conformidad con el art. 26 1 c). Aun con más distancia podría apelarse a la letra o) y a la igualdad entre mujeres y hombres, pues sin duda también puede albergar y justificar algunas medidas en materia de empleo, en particular algunas sostenidas en el concepto de acción positiva.

Es posible que las CC. AA. deleguen en los ayuntamientos ciertas de sus competencias en materia de empleo, con carácter general o con carácter específico, en alguno o algunos de ellos²⁷. Ha de recordarse que el elenco de competencias delegables es abierto, y entre ellas aparece, en la letra c), la prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer, de nuevo una tangencial con la de políticas activas de empleo. Sin duda, la técnica administrativa de delegación de competencias permite una estrecha colaboración entre las Administraciones autonómicas y locales,

²⁷ Al margen del caso de ejercicio de competencias distintas de las propias al amparo del art. 7.4 de la Ley 7/1985.

aunque tampoco a este respecto la Ley 3/2023, de 28 febrero, ofrezca criterio alguno al respecto que pueda orientar el comportamiento de las Administraciones públicas. Sin duda, ello es así para evitar una evidente invasión en lo que se refiere a las decisiones de autoorganización de cada Comunidad Autónoma, pero no estaría de más que, cuando menos, mencionara su aptitud para encauzar las relaciones entre las distintas Administraciones territoriales en materia de empleo.

Más amplias y explícitas, son las competencias de las Diputaciones Provinciales, aunque limitadas a la cooperación que, de acuerdo con la letra d) del art. 36 LBRL²⁸, se extiende a todo cuanto se refiera al fomento del desarrollo económico y social y a la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito. En ese sentido, emergen estas Administraciones locales como cooperadoras, en particular, de los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas, a través de las distintas técnicas que caben en materia de Derecho Administrativo, de acuerdo con la normativa de organización estatal y de la propia de cada Comunidad Autónoma. Adicionalmente, y al igual que sucede con los ayuntamientos, las diputaciones pueden actuar por la delegación que les realicen las CC. AA., en los términos del art. 37 de la Ley 7/1985.

Este es el magro resultado que, antes y después de la Ley 3/2023, se ha mantenido en cuanto a las competencias y, por lo tanto, de las capacidades de actuación y de iniciativa política de las Administraciones locales. Casi siempre, se tratará de una competencia impropia que les atribuya la respectiva Comunidad Autónoma, ya sea mediante una delegación de competencias u otra forma de colaboración administrativa normativamente prevista, ya sea, como en el caso de las entidades privadas, a través de las distintas formas de colaboración que la Ley contempla. Particular interés tienen, sin lugar a dudas, los contratos-programa del art. 32.5, a los que puede acudir tanto la Agencia Española de Empleo como los servicios públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, pero con la evidente connotación de que se trata, como reconoce el propio

28 No por casualidad a esta letra apela la Exposición de Motivos de la Ley 15/2023, de 21 diciembre, de Empleo del País Vasco, a la que más tarde se hará referencia.

precepto, de la ejecución de políticas de empleo estatales o autonómicas, desde luego concebidas al margen de las decisiones políticas propias de las entidades locales.

Con cierta razón, podrá responderse a esta crítica acerca del estrecho papel que la Ley les confiere a diputaciones provinciales y ayuntamientos, u a otras entidades de la Administración local, que las normativas de empleo de las CCAA bien pueden o podrán establecer un ámbito competencial más amplio en cada marco territorial. Lo cual, sin lugar a dudas y como se verá, es cierto, pero la Ley 3/2023, como a continuación va a explicitarse con más detalle, no deja apenas espacio para que se produzca una cogobernanza en la que participen con capacidad política todas las Administraciones territoriales.

No ha sido una omisión involuntaria de la Ley dejar de introducir las oportunas modificaciones de la legislación de régimen local. Antes bien, es una manifestación más de una relación tensa de competencias controvertidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por desgracia, ensombrece bastante el discurso un tanto pomposo de la Ley hacia la «territorialización» de las políticas de empleo, como a continuación se analiza.

3.2. La desconsideración de la Ley hacia las entidades locales y hacia la gobernanza de proximidad

La Exposición de Motivos de la Ley 3/2023 se pronuncia en unos términos que cabría calificar de promisorios cuando expresa que una de sus orientaciones consiste en el reforzamiento de la dimensión local de la política de empleo. Pero, ya en el capítulo de definiciones, la Ley sitúa a las entidades locales en una posición realmente subalterna, al concebirlas en su art. 3, como, por otra parte, ya anunciaba la EdM, como entidades colaboradoras de los servicios de empleo, al mismo nivel que, entre otros sujetos y entidades, los interlocutores sociales, organizaciones sin ánimo

de lucro, agencias de colocación o centros y entidades de formación²⁹. La única diferencia, más adjetiva que sustantiva, consiste en que la Ley parece concebirlas como las principales entidades colaboradoras, un peldaño por encima de las demás, como se deduce muy claramente del art. 25. Claro que, en cuanto a los interlocutores sociales, y como no podía ser de otro modo, luego los erige en actores más centrales, de acuerdo con las reglas de participación institucional plasmadas, en particular, en la conformación del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo —art. 10—.

Por supuesto, esta condición «colaboradora», como va a insistirse, aleja a todo el entramado local de la condición de parte integrante del Sistema Nacional de Empleo —SNE—. Es decir, está fuera de la estructura básica de gobierno del empleo por expresa decisión legal, como confirma y reafirma el art. 8 de la Ley 3/2023, al mismo nivel que el papel reconocido a las entidades privadas. Las agencias locales que desarrollen políticas de empleo no son servicios de empleo en el entendimiento estricto de la norma, como se colige sin dificultad alguna de ese precepto, que expresa, sin margen de duda alguno, que el SNE está conformado por la Agencia Española de Empleo y por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas y reduce al rango de comparsas —«colaboradoras», expresa de nuevo, a las corporaciones locales. Por consiguiente, las funciones del SNE enumeradas en el apartado 4 de dicho art. 8, que son las más puramente de iniciativa política, para nada corresponden a las organizaciones territoriales reguladas por la Ley 7/1985.

En otras palabras, quizá algo más ponderadas, puede decirse que las entidades locales, al igual que las Universidades, son las entidades típicamente destinatarias de los contratos-programa antes referidos. Es decir, se conciben como brazo ejecutor de políticas ajenas, diseñadas en el ámbito del SNE. En un sentido algo más amplio, el art. 7.3 asigna a las corporaciones locales, dentro de marco de sus competencias, la colaboración y cooperación con las demás administraciones para el logro

29 Como ha expresado ROJO TORRECILLA, E. (2023). «No me parece correcto que sitúe en el mismo plano, como entidades colaboradoras, a las corporaciones locales y, por ejemplo, las organizaciones sin ánimo de lucro». Véase *Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo*, Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, núm. 6, p. 35.

de los objetivos de la política de empleo. Pero, a lo más lejos que llega este mismo precepto es a reconocerles «singularidad institucional» para la puesta en marcha y desarrollo de esa política, aunque «a través del principio de cooperación y de convenios con otras Administraciones». Es decir, de nuevo son estas otras Administraciones las que obtienen la cooperación para el buen fin de las estrategias diseñadas en el marco del SNE.

Por lo demás, la Ley 3/2023 contempla un proceso de concertación territorial de las políticas de empleo, en el que «podrán participar» las entidades locales. Esa mención, en el propio art. 7.3, no puede tener otro carácter que el de tipo admonitorio y en modo alguno puede interpretarse dotada de un grado de imperatividad suficiente, porque esa interpretación implicaría una intolerable invasión del Estado en las competencias de las CC. AA., que son las que deben diseñar sus mecanismos de participación institucional. Por lo demás, la referencia a la concertación territorial no constituye novedad de la Ley, sino que ya aparecía en el art. 4 del anterior texto refundido.

Sin perjuicio de lo hasta ahora dicho, es en el diseño y estructura de los órganos de gobernanza donde se aprecia el muy escaso avance de las Administraciones locales en la consideración de la legislación de empleo. En efecto, su presencia en el principal órgano del sistema, la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, se caracteriza por ser contingente y totalmente irrelevante. Contingente, porque el art. 9.1, al determinar su composición e incluir expresamente a los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, añade que «asimismo, se podrá convocar también, con voz, pero sin voto, a responsables de otras Administraciones públicas, así como a la asociación más representativa de las entidades locales». Es decir, además del cajón de sastre de la referencia a responsables de otras Administraciones Públicas, la única referencia directa es a la asociación más representativa de las entidades locales, esto es, a la Federación Española de Municipios y Provincias. Pero, en todo caso, se trata de una posibilidad, que además depende en su decisión de la iniciativa convocante, que en modo alguno se remite a la voluntad de esta Federación.

Además de su contingencia, se añade su irrelevancia en la Conferencia, por los motivos obvios de que carece de voto, puesto que no se trata de

un miembro nato del órgano, y en todo caso su presencia testimonial no garantiza más que la de una persona, frente a la totalidad de las Administraciones autonómicas. Bien es cierto que en el texto refundido anterior ni siquiera esta posibilidad de presencia aparecía reconocida en su art. 8 a), pero tampoco existía impedimento legal alguno. Sea como fuere, es clara la voluntad legal de excluir a la Administración local del gobierno del empleo, en una decisión de difícil encaje con la voluntad expresada de realce de la dimensión de proximidad de las políticas de empleo. En la dialéctica entre las competencias estatales y autonómicas, se han vaciado las de ayuntamientos y diputaciones provinciales. O, dicho en otras palabras, a la evidente falta de competencias normativas de estas entidades, se suma la voluntad legislativa de negarles competencias políticas en cuanto a las políticas activas de empleo.

Una referencia institucional más, ya de tono muy menor, se incluye en la disposición adicional tercera, en cuanto a la implantación de la Oficina de Análisis del Empleo. En la función de esta de prospección y detección de demandas formativas del sistema productivo y el mercado laboral, que ha de desarrollar en colaboración con el Observatorio de las Ocupaciones de la Agencia Española de Empleo y con las comisiones paritarias sectoriales, se establece la cooperación, además de con las Comunidades Autónomas y con los interlocutores sociales, con las Corporaciones locales. Se trata de un reconocimiento de importancia residual, pero que pone de manifiesto que estas corporaciones deberían ser mucho más que entidades colaboradoras del sistema, papel al que, debe insistirse y por desgracia, las ha relegado la Ley.

3.3. La plasmación del espacio local en la nueva Ley de Empleo

Si se trasciende el aspecto institucional de los agentes de las políticas activas de empleo a sus contenidos, las referencias se multiplican. Por ejemplo, entre los principios rectores del art. 5, se incluye el de «adecuación a las características del territorio, teniendo en cuenta la realidad del mercado de trabajo, las peculiaridades locales y sectoriales y los actores socioeconómicos». Por lo tanto, los servicios públicos de empleo y las

entidades colaboradoras que actúen a través de contratos-programa deben considerar esas características y peculiaridades.

El art. 7 se refiere de forma específica, junto con la autonómica, a la dimensión local de la política de empleo, en un precepto que debe tildarse de esencialmente continuista en relación con su precedente art. 4 de la legislación ahora derogada. En contraste con ella, hay una especie de paso atrás, en el sentido de que dedicaba en exclusiva su art. 4 a la dimensión local, sin interferencias con otras perspectivas territoriales, en tanto que ahora se funden en el mismo precepto ambos niveles territoriales, el autonómico y el local. Además, la contemplación conjunta de uno y otro realza las diferencias entre ellos, porque el apartado 2 de dicho art. 7 reconoce la primacía de las competencias de las CC. AA., al encomendarles el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidos³⁰. Es evidente que esa encomienda se deriva directamente del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas de los artículos 148 y 149 CE. Ahora bien, seguramente ese apartado también podría haber incluido a las Corporaciones Locales, sin que ello hubiera supuesto para nada un alejamiento de la lógica de esa distribución competencial.

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo se regula en el art. 12, que, al desgranar sus actuaciones, en cuanto al diseño de un plan de políticas activas de empleo, dispone que se tengan en cuenta las necesidades de las empresas, especialmente a nivel local. Además, al describir los ejes de las políticas de activación para el empleo, el eje seis, destinado al emprendimiento, menciona la generación de empleo, la actividad empresarial y la dinamización e impulso del desarrollo económico local. Son ambas referencias muy consecuentes con la Estrategia Europea de Empleo, alineadas con la necesidad reiteradamente expresada de tener en cuenta la específica realidad empresarial de un ámbito geográfico concreto y determinado. Una y otra se traducen en el art. 56, en cuanto al catálogo de servicios garantizados, en la atención al desarrollo económico y social,

30 Además del desarrollo de los programas comunes que se establezcan, conjuntamente con el desarrollo y diseño de los programas propios adaptados a las características territoriales.

en la prestación del asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento con garantías. Esta referencia se reitera más adelante en el art. 61.1 d), en cuanto a la cartera común de servicios del SNE.

Ahora bien, dichas necesidades específicas deberían ser consideradas, en una estrategia más integral y reflexiva, más allá del autoempleo y del emprendimiento, prestando particular atención a otros rasgos y circunstancias de los mismos territorios, tales como las necesidades y deficiencias formativas y de cualificaciones de las personas desempleadas, en riesgo de perder sus empleos o en tránsito a otras actividades profesionales, o los posibles déficits en infraestructuras digitales o de comunicaciones, o el envejecimiento mayor o menor de la población, o la existencia de un paro estructural o de larga duración más o menos persistente o enquistado. Es decir, la perspectiva local es mucho más amplia que la simple mirada a las necesidades de las empresas, por muy importantes que estas sean para la pervivencia del empleo, y a las iniciativas de emprendimiento.

En todo caso, ya al margen de la referida Estrategia, la Ley reconoce la importancia de la toma en consideración de los mercados de trabajo locales en el desarrollo de las políticas activas de empleo. Así lo hace el art. 32, dentro de las disposiciones generales de su Tít. III. Asimismo, el art. 56.1 c) ordena la toma en consideración del empleo local en la elaboración del itinerario o plan personalizado adecuado al perfilado de las personas demandantes de los servicios de empleo. El propio art. 56, en la letra h), como excepción al principio de acceso a trabajos en cualquier territorio del Estado en iguales condiciones, admite que se establezcan condiciones previas de empadronamiento, residencia o vecindad civil en el ámbito de los programas de apoyo al empleo local, así como preferencias de acceso a las acciones de fijación de población en ciertos entornos o de recolocación de personas que hayan perdido sus empleos.

3.4. Las CCAA como portadoras y responsables de los intereses de las Administraciones Locales

Probablemente, así puede definirse la correlación de posiciones en el gobierno de las políticas activas de empleo. La Ley ha optado por un

modelo de subordinación de la Administración local a la autonómica. Aquella carece de voluntad política propia y es solo una colaboradora del SNE, que ejecuta decisiones ajenas a través de técnicas administrativas varias, de las que se destaca el contrato-programa. Las Corporaciones locales no participan en la gobernanza, sino que son un instrumento más, al mismo nivel que las entidades privadas que actúan en el campo de las políticas activas de empleo. El art. 23.2 de la Ley es particularmente expresivo a este respecto, al contemplar que las CCAA las utilizan para la prestación de los servicios de empleo, comunes y complementarios. Es más, estas, en sus normativas, «podrán desarrollar la cartera complementaria de servicios de empleo, así como la implantación y desarrollo de sus propios programas de empleo y de fomento de la actividad económica en su ámbito territorial», pero no, por supuesto, las entidades locales. En este sentido, la referencia del art. 47³¹ a los servicios complementarios «establecidos en los correspondientes niveles autonómico y local», no puede entenderse como que permite a las Corporaciones Locales mejorar la cartera de servicios prevista en los niveles estatal o autonómico. Y, de forma más inequívoca, el art. 61.2 únicamente habilita a los servicios públicos de empleo —y no a las entidades colaboradoras, como ayuntamientos y provincias— la aprobación de carteras de servicios suplementarias a la común definida en el art. 61.1. Por supuesto, lo mismo debe predicarse de la cartera digital de servicios, del art. 63.3, por más que el precepto utilice la expresión impersonal «se implementará». Por decirlo resumidamente, es claro que, de acuerdo con la Ley de Empleo, las instituciones locales no tienen la capacidad política de generar ningún servicio adicional a los que garanticen los servicios públicos integrantes del SNE.

Ahora bien, esa imposibilidad sugiere un interrogante jurídico de difícil respuesta, en un ámbito en el que el reparto de competencias se caracteriza por un rasgo de «arenas movedizas»: si cabría que una ley autonómica habilitara a las Corporaciones locales para mejorar las carteras que garanticen los servicios públicos de las CC. AA., incluso más allá de su participación en la gobernanza de los sistemas autonómicos de empleo.

31 Relativo a solicitantes y perceptores de prestaciones, subsidios u otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo.

Las leyes autonómicas que hasta ahora se han aprobado no dan respuesta expresa a esta pregunta.

Claro es, debe reiterarse, que la Ley se abre en su art. 7.3 a que las entidades locales puedan participar en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de empleo. Es decir, aunque no impone esa participación, como tiene vetado en la distribución de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la anima de alguna manera. Luego se aludirá a la normativa autonómica más interesante al efecto. Pero, más allá de excluir a Ayuntamientos y Diputaciones del SNE, la Ley 3/2023 diseña unas relaciones entre las Administraciones territoriales en las que unas son totalmente subalternas de otras. Es más, diríase que la llamada sin valor normativo alguno a dicha participación en la concertación territorial es una especie de concesión expiatoria de las culpas de la Ley.

Por otra parte, contrasta esa previsión con los mandatos de un precepto de apariencia inconstitucional, como es el art. 24.2, que impone a las CCAA que en la estructura de sus servicios públicos de empleo incluya órganos de carácter tripartito y paritario en que participarán las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Es claro que el art. 6.3 a) LOLS no exige esa participación, a falta de una ley estatal de representación institucional, cuyo alcance en cuanto a la limitación de la capacidad de autoorganización de las CC. AA. resulta más que discutible, a la vista de la competencia 1.^a del artículo 148.1 de la Constitución. Pero, al margen de este óbice, la Ley de Empleo es muy diligente en preservar la participación de los interlocutores sociales —lo cual está muy bien—, pero mucho menos lo es para asegurar la de las Corporaciones Locales.

Pero el verdadero problema de fondo reside en la redacción del art. 24.1, que, a mi juicio, no suscita dudas razonables de constitucionalidad. No hace sino instar a las CC. AA., de acuerdo con sus potestades organizativas, a que sus servicios de empleo tengan los recursos humanos suficientes para garantizar la prestación eficaz de los servicios comunes y complementarios, el cumplimiento de los mismos y la atención a personas y entidades usuarias. Evidentemente, a pesar de usar el futuro de indicativo «tendrán», con un aparente sesgo imperativo, el precepto no puede ostentar sino un carácter admonitorio.

Tal carácter admonitorio tiene su origen lógico en los fallidos reales decretos de transferencia de las competencias de empleo a las CC. AA. producidos a partir de la segunda mitad de la década de los noventa del siglo pasado, en los que se transfirieron unos magros medios materiales y humanos procedentes del antiguo Instituto Nacional de Empleo. Esta historia, de transferir un tinglado que nunca se valoró como un servicio público básico a la ciudadanía, se acompañó de un sistema de financiación organizado a partir de unas subvenciones anuales, que impedía cualquier tipo de planificación a medio, ni mucho menos a largo plazo. En esas condiciones, es obvio que no se han erigido en el ámbito autonómico estructuras de gobierno del empleo suficientemente dotadas y con real autonomía de funcionamiento, más allá de las decisiones adoptadas con cadencia anual en la Conferencia Sectorial.

Si eso ha sucedido así, y las estructuras de empleo de las CCAA son, por decirlo con amabilidad, livianas, se explica con facilidad el objetivo del art. 24.1 de la Ley. Ahora bien, sin una estructura de servicios de empleo suficientemente sólida en cuanto a las CC. AA., es obvio que las políticas locales de empleo se resentirán. Es probable que esa falta, a la que pretende salir del paso ese precepto, pretenda paliarse mediante el recurso a competencias impropias de las Corporaciones Locales, a través sobre todo de contratos-programa. No obstante, no parece factible que puedan desarrollarse con una capacidad de actuación razonablemente amplia unas entidades colaboradoras cuando no existen unos servicios públicos autonómicos suficientemente dotados con los cuales colaborar. Es decir, la configuración de la Ley de las entidades locales como absolutamente dependientes de las autonómicas produce un más difícil desarrollo de las primeras y repercute negativamente en las políticas territoriales de empleo. Debe recordarse, en este sentido, que los servicios públicos de empleo de las CCAA ostentan la responsabilidad de trasladar al SNE la dimensión de proximidad de las políticas activas.

IV. Una valoración sintética de lo local en la nueva ley

Sería injusto negar cierto avance de la dimensión local de la política de empleo en la Ley 3/2023, puesta en relación con su predecesora. Lo cual puede entenderse tanto desde una perspectiva objetiva, pues se constata una proyección algo mayor de las iniciativas, actividades y objetivos en los ámbitos territoriales más descentralizados, como subjetiva, porque las Corporaciones Locales, en términos comparativos, han realizado ligeramente su posición.

Ahora bien, en todo caso, dicho avance solo puede calificarse de modesto, sin que pueda defenderse con un mínimo de rigor que dicha dimensión local haya sido suficientemente realzada. Más bien, lo único que puede decirse con cierto carácter definitivo es que, en la gobernanza estatal, la Ley no ha atribuido un papel relevante al tejido público local, más allá de alguna muy pequeña concesión a la que ya se ha hecho referencia. Y que, además, no lo ha integrado dentro del SNE, sino que lo ha relegado al papel de colaborador de los servicios públicos.

Deben contrastarse estas ideas, no obstante, con la normativa que desarrollen las CC. AA. en ejercicio de sus competencias propias en materia de empleo, ya se trate de legislación previa o posterior a la Ley 3/2023, de 28 febrero. A continuación, se analiza, por una parte, la Ley catalana, previa a la estatal, pero sin duda más inclinada a reconocer un espacio real a las entidades locales. Y, por otra, la Ley vasca, a cuyo trasluz podrá comprobarse si, en el contexto actual, la Ley 3/2023 ha actuado más bien como rémora y como elemento retardatario de la asunción de sus competencias por parte de las CC. AA. o como estímulo que debe provocar una mayor implicación de las Administraciones más de proximidad en el buen gobierno del empleo.

Sin perjuicio de ese análisis, y como conclusión provisional, debe decirse que la tensión entre competencias estatales y autonómicas ha obstruido un debate mínimamente serio sobre las responsabilidades de las entidades locales en materia de empleo. El mensaje lanzado desde la Ley de Empleo desposee a las Corporaciones Locales de cualquier responsabilidad política porque las deja sin margen de decisión alguno. Se trata, sin duda, de una

mala manera de construir una adecuada gobernanza, o por lo menos, una arquitectura contraria a los postulados de la Estrategia Europea de Empleo, pues, de conformidad con la Ley 3/2023, las Administraciones de proximidad no pueden ser conscientes de una responsabilidad que no es suya³². Dicho en otras palabras, estoy muy convencido de que la Ley yerra al no integrarlas en el Sistema Nacional de Empleo.

Ahora bien, conviene cerrar este apartado con una paradoja. Se trata de que el mayor celo por oscurecer el debate acerca del protagonismo de las Corporaciones Locales ha procedido, probablemente, de algunas Administraciones autonómicas que, en su organización interna, sí que hayan mostrado cierta disposición a abrirles un mayor margen de actuación que el que reconoce la Ley estatal. En el fondo, se trata de nuevo de un asunto de estricto poder, relativo a quién decide sobre la posición del ámbito local. De nuevo, habría que recordar que, en semejante tensión dialéctica, esa decisión tiene que ser compartida y no exclusiva del ámbito estatal o del autonómico.

V. Dos ejemplos de normativas autonómicas

5.1. Ley 13/2015, de 9 de julio, de ordenación del sistema de empleo y del Servicio Público de Empleo de Cataluña

Se trata de una norma que, sin comparación posible, ubica a lo local en una posición más central que la Ley 3/2023. Es muy expresivo su art. 1 g), que, expresa, entre los objetivos de la Ley, «integrar a los servicios locales de empleo, por su condición de Administración pública, dentro de la ordenación del sistema de empleo de Cataluña y fomentar su participación

32 Como ya he expresado, la apuesta de la Ley por la dimensión local de las políticas de empleo es «sólo impostada». Véase CABEZA PEREIRO, J. (2023). *La Ley 3/2023, de empleo: marco general de buen gobierno*, Revista Justicia & Trabajo, núm. extra, p. 10. La doctrina, en este sentido, ha calificado la Ley, en cuanto a las políticas locales de empleo, como «una oportunidad perdida». En este sentido, PÉREZ DE PRADO, D. (2023). *La Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo en España (segunda parte)*, Trabajo y Derecho, núm. 103, p. 5.

en la financiación de las políticas públicas de empleo». Sin duda, la visión es diferente: los servicios locales de empleo son Administración pública y, por ese motivo, se integran en la ordenación del sistema de empleo de Cataluña. Y es más, participan en la financiación del sistema de empleo.

Por consiguiente, el art. 14 a) establece que, «por su naturaleza», integran el sistema de empleo de Cataluña «el Servicio Público de Empleo de Cataluña, las administraciones locales, así como las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Cataluña». En tanto que también lo integran las empresas y entidades colaboradoras y el conjunto de entidades que componen el sistema de formación y cualificación profesionales. Sin que sea preciso formular más matices en relación con estas últimas, es claro que la opción del Parlamento catalán ha sido la de integrar en el sistema a todo el entramado, y no dejar fuera a las entidades colaboradoras, sean estas públicas o privadas. Pero también lo es que sitúa en el mismo nivel de importancia, al Servicio Público de Empleo de Cataluña, a las entidades locales y a las partes sociales más representativas.

Además, el Servicio Público de Empleo de Cataluña debe promover la concertación territorial con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Cataluña, con las Administraciones locales y, si procede, con las entidades representativas de cada territorio, de modo que el ámbito de referencia de la concertación territorial es la comarca. A tal fin, dicho Servicio de Empleo debe iniciar, con las administraciones locales, un proceso de impulso y coordinación de fórmulas organizativas de nueva constitución establecidas bajo cualquier forma jurídica prevista por la legislación local, buscando siempre la máxima eficacia y eficiencia del sistema (art. 15). Por consiguiente, no se trata solo de que las entidades locales tienen que participar en la concertación territorial, sino que además esta se concibe esencialmente como una actividad de ese ámbito de actuación, que debe cobijarse en formas jurídicas admitidas por el Derecho local.

Como corolario, las Administraciones locales tienen presencia en el Consejo de Dirección del Servicio Público de Empleo de Cataluña con seis vocales designados a propuesta de las entidades representativas de aquellas. Además, participan en los Consejos territoriales —órganos de participación del territorio creados por el Departamento con competencias

en materia de empleo— conjuntamente con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Cataluña.

Además, y como principio rector de todas las entidades que conforman el sistema catalán, en el de cooperación y coordinación —art. 3 g)— debe tenerse especialmente en cuenta los servicios y programas de las Administraciones locales. Por supuesto, las organizaciones más representativas del ámbito local participan en la elaboración del proyecto de Estrategia catalana para el empleo —art. 6.2— y en el Plan de Desarrollo de las políticas de empleo —art. 7.3—.

Al margen de aspectos más concretos, y de reconocer que la dimensión territorial se centra básicamente en la comarca, la puesta en conexión de la Ley estatal y de la catalana no pone de manifiesto una incoherencia clara entre una y otra, pero suscita una doble pregunta. Una, que en realidad se reitera, consiste en dilucidar si solo a las normas autonómicas corresponde decidir el papel que deban tener las Administraciones locales en sus respectivos territorios, o si la Ley de Empleo tiene alguna capacidad decisoria al respecto. Como ya he anticipado, y sin dejar de reconocer que la Ley 3/2023 no podía haber entrado para nada en la potestad de autoorganización de cada CCAA, sí que debía de haber integrado a las Corporaciones Locales en el SNE. La otra se deriva de esta última afirmación, y no tiene fácil respuesta: cómo puede ser que puedan estar fuera del SNE y, al mismo tiempo, integrarse en los sistemas de empleo autonómicos. Esta extraña ubicuidad-«desubicuidad» compite con las discusiones teológicas más sesudas. Podría replicarse que, si se integra a los entes locales en el SNE se está comprometiendo la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. No tanto. No más, desde luego, de lo que hace la legislación básica de régimen local.

5.2. Ley 15/2023, de 21 diciembre, de Empleo del País Vasco

Unos meses después de la entrada en vigor de la Ley 3/2023, se aprueba la Ley vasca, cuya tramitación parlamentaria pudo llevarse a cabo a la vista

de la nueva normativa estatal³³. Su EdM realza el importante papel que le corresponde desempeñar a las Diputaciones forales y a los Municipios, a partir del reconocimiento de la dimensión local de las políticas de empleo. Recuerda además que el art. 17.1.25, de la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi reconoce como competencia propia de los municipios el desarrollo local económico y social y las políticas o planes locales de empleo, de tal modo que la nueva Ley la reafirma y «atribuye a los municipios competencia propia en el ámbito material de los planes de empleo y desarrollo local».

Ya en su articulado, cabe señalar algunos elementos propios y diferenciales. Establece la Red Vasca de Empleo —art. 19— «como instrumento de cooperación y colaboración, carente de personalidad jurídica, integrado por Lanbide-Servicio Público Vasco de Empleo, diputaciones forales, municipios, entes locales y entidades de sus respectivos sectores públicos que gestionen acciones de empleo». Es decir, en ella se aúna todo el entramado público generado alrededor del empleo, del que cabe destacar, a diferencia del modelo catalán centrado en las comarcas, la posición singular que se les atribuye a las diputaciones forales. Todas esas entidades «promoverán la colaboración para procurar una gestión ordenada y complementaria de aquellos servicios respecto de los que ostentan competencias concurrentes», incluyendo sistemas de racionalización técnica de la contratación.

Especialmente interesantes son los artículos 49 y 50, que respectivamente encomiendan a las diputaciones forales, por una parte, y a los municipios y otras entidades locales, por otra, la gestión de ciertos servicios de empleo, aunque en ambos casos con carácter voluntario. Además, todas estas entidades públicas, de acuerdo con el art. 55, podrán aprobar programas integrales de activación laboral dirigidos a personas en situación o en riesgo de exclusión demandantes de servicios de empleo, ya sean desempleadas u ocupadas.

Ya al margen de esa capacidad de gestión y además de ella, el art. 67 reconoce a los Municipios, como competencia propia «la aprobación

33 El Gobierno Vasco aprobó el proyecto de Ley y la remitió al Parlamento en abril 2023. Véase la referencia en <https://www.euskadi.eus/proyecto-ley/03-proyecto-de-ley-del-sistema-vasco-de-empleo/web01-s2lanju/es/>

de planes de empleo y desarrollo local y la programación de acciones dirigidas a estimular la actividad económica y la generación de empleo, que deberán ajustarse a lo dispuesto en la Estrategia Vasca de Empleo». Por su parte, a las Diputaciones forales de empleo les compete la aprobación de planes territoriales de empleo, de acuerdo con el art. 76. Estos planes de empleo y desarrollo local, cuyo contenido se precisa en el art. 80, deben ser aprobados en municipios de más de diez mil habitantes y en «cuadrillas» de municipios, mancomunidades de municipios u otras entidades locales que conjuntamente los superen. Para los demás municipios, su elaboración será voluntaria (art. 77), pero como mínimo deberán aprobar un programa de acciones (art. 78).

Por supuesto, la Ley contempla la participación de las entidades locales en los órganos de gobierno del empleo y, en particular, en el Consejo vasco de Políticas Públicas de Empleo, con presencia diferenciada de miembros de las diputaciones forales y de los municipios, de tal forma que, sumados diputaciones y ayuntamientos, el número de miembros alcanza el mismo número que el de representantes del Gobierno Vasco.

Por lo demás, y también en lo que atañe a las entidades locales, tienen cierto interés los preceptos relativos a la financiación, en particular, aunque se trate de una regla transitoria, la creación de un «fondo de cooperación para el empleo y el desarrollo local» —disposición transitoria cuarta—, para garantizar la elaboración de los referidos planes de acuerdo con el principio de suficiencia financiera.

En resumen, al margen de darle un papel especial a las Diputaciones forales, la Ley 15/2023 comparte con la catalana la integración de las Corporaciones y entidades locales en el entramado público de empleo y la implicación de todas ellas en el buen gobierno del empleo. Como elemento singular, debe destacarse que la ley vasca hace especial hincapié en la planificación a nivel local y en el desarrollo de iniciativas territoriales de empleo. No es que la normativa catalana prescindiera de esta orientación, pero se realza más en la de Euskadi.

VI. Conclusión, ideas para un debate

Ni se ha pretendido contraponer unos buenos ejemplos de normativas autonómicas en cuanto al papel de las entidades locales con un mal ejemplo de normativa estatal, ni sería razonable hacerlo. Desde luego, las perspectivas de una y otra son diferentes. Les corresponde a las CCAA, si se admite la importancia del discurso territorial de las políticas de empleo, el desarrollo de modelos y sistemas de coordinación con las entidades locales que albergan en sus límites geográficos. Lógicamente, la potestad normativa de los Parlamentos autonómicos, basadas en las muy importantes competencias que les reconoce el artículo 149.2 de la Constitución, ha producido entidades locales diferenciadas y asimétricas entre unas CCAA y otras. La comparación entre la Ley catalana y la vasca es una buena prueba de ello.

Sin embargo, el bajo perfil y relieve que les reconoce la Ley 3/2023, de Empleo a las entidades locales, merece una crítica severa basada en diferentes argumentos que se han ido desgranando en estas páginas. Han quedado excluidas de la gobernanza del empleo por lo que respecta a las decisiones políticas que deben adoptarse desde el ámbito estatal. Y —lo que es más grave— han quedado fuera del SNE, de modo que no integran los servicios públicos de empleo desde la consideración de la Ley, que no les ha conferido la más mínima capacidad para adoptar criterios de actuación propios.

El escenario, a partir de marzo 2023, con la Ley estatal en vigor, consiste en volver la vista a las legislaciones autonómicas, allá donde las hay. Al margen de las dos normas analizadas, la catalana y la vasca, poco más puede añadirse. Como mucho, varios Parlamentos autonómicos ha generado servicios públicos de empleo con la naturaleza jurídica de organismos autónomos³⁴, pocos años después de haber recibido la

³⁴ Ley 7/2001, de 14 junio, de creación del Servicio Extremeño Público de Empleo, Ley 4/2002, de 16 diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo y Ley 9/2002, de 11 noviembre, de creación del Servicio Regional de Empleo y Formación de la Región de Murcia. También, Ley 12/2003, de 4 abril, del Servicio Canario de Empleo. Esta última considera a las administraciones locales canarias «entidades cooperadoras del Servicio Canario de Empleo» —art. 21.1 a)—. También, Ley 10/2003, de 8 abril, de creación del servicio público de empleo de Castilla y León y Ley 1/2003, de 18 marzo, de creación del Servicio Cántabro de Empleo.

transferencia de las políticas activas de empleo. Otras Comunidades Autónomas, ni siquiera cuentan con estructuras administrativas propias para el gobierno del empleo ni, aparentemente, muestran una voluntad de hacerlo. En este panorama, puede decirse que se está produciendo un fenómeno que, por esperable, no es menos paradójico: se aprueban leyes de empleo en dos de las Comunidades Autónomas donde el índice de desempleo está nítidamente por debajo de la media estatal y donde, en apariencia, la movilidad laboral resulta más factible. Claro que se trata de dos ámbitos con sendas Administraciones locales potentes y con una fisonomía peculiar.

Es decir, si la Ley 3/2023 remite a la gobernanza que se establezca en los distintos territorios y a los mecanismos de participación de las entidades locales que se pongan en marcha, y confía en gran parte en las normas autonómicas el auténtico desarrollo de un nivel local de las políticas de empleo, pero las normas autonómicas no desarrollan todas estas remisiones y espacios concedidos, el resultado vuelve a ser de una general ausencia de las Corporaciones Locales en el entramado organizativo y político del empleo. Por supuesto, la responsabilidad no es exclusiva de la Ley estatal, sino de unas CC. AA. demasiado empeñadas en plantear conflictos sobre la titularidad y ejecución de los fondos de empleo, pero bastante desinteresadas en asumir sus competencias normativas y organizativas en una materia de tanta importancia como la del empleo y sus políticas activas.

Con todo, retomando un hilo poco antes sugerido, creo que la aprobación de la Ley 3/2023 tiene que ser un desencadenante para que las CCAA asuman su papel normativo, ejecutivo y político en la gobernanza del empleo. No es este el lugar para reflexionar sobre los «qués» y los «cómos» de esa asunción, pero sí de expresar que tienen que otorgar su justo espacio de gobierno a las Corporaciones Locales y mostrar una decisión cierta y contrastable de apostar de verdad por esta dimensión de las políticas de empleo.

En estas páginas que ahora cierro he insistido mucho en el papel de las entidades locales y algo menos en la concertación social «de proximidad» con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. A este respecto, sin duda la Ley catalana es un buen

ejemplo. Sin embargo, apenas he asomado al discurso a otras entidades públicas y privadas: entidades de intermediación, sean de colocación, de recolocación, de selección, de prospección, instituciones de educación, de inserción sociolaboral, de defensa de los derechos de colectivos de atención prioritaria... Toda esta red tiene que ser integrada en los niveles territoriales y participar en la micro-concertación de empleo. A todo ello invita la Ley 3/2023, pero, por desgracia, más con los silencios y con los implícitos que con una vocación expresa que le ha faltado.

Los jóvenes y el mercado de trabajo: un análisis general de las políticas de fomento del empleo juvenil

Ignacio Camós Victoria

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Girona

Sumario

I. Radiografía del mercado laboral de los jóvenes en España, 241 II. Medidas adoptadas para hacer frente al desempleo juvenil, 245 2.1 El contrato de formación y aprendizaje, 245 2.2 El contrato en prácticas, 247 III. Otras medidas adoptadas, 247 3.1 El fomento del autoempleo desde Garantía Juvenil, 248 3.2 La tarifa plana para autónomos, 249 3.3 La capitalización o pago único de la prestación por desempleo, 250 IV. El Plan de Garantía Juvenil (2013-2020) y el Plan de Garantía Juvenil Plus (Plan GI+) 2021-2027, 252 V. Otros programas para favorecer el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes, 264 VI. A modo de reflexión o consideraciones finales, 265

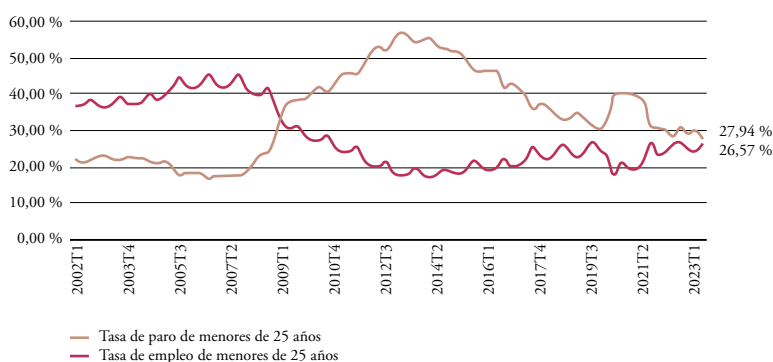
I. Radiografía del mercado laboral de los jóvenes en España

A la hora de abordar el tema de los jóvenes y el mercado de trabajo, sin duda alguna, es necesario, hacer una primera aproximación, aunque no sea exhaustiva a la realidad estadística sobre los jóvenes y el mercado de trabajo no solo para conocer la realidad de estos, también para valorar la evaluación e impacto de las políticas públicas adoptadas y los retos pendientes en materia de empleo juvenil.

El punto de partida es, sin duda alguna, la tasa de desempleo juvenil, es decir, la que afecta a los menores de 25 años, que en el primer trimestre de 2023 se situaba en el 27,9 %, según los últimos datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) del INE.

La evolución de la tasa de paro de los jóvenes menores de 25 años ha ido mejorando considerablemente desde el año 2012 y no se veía una cifra tan baja desde el año 2008. El paro alcanzó al 56,93% de los menores de 25 años en 2013 y ha descendido hasta situarse en el 27,9 %, aunque todavía alejado de los niveles de 2006 cuando estaba en un 16,90 % como puede verse en el gráfico adjunto referido a la tasa de paro y de empleo de jóvenes de menos de 25 años (2002-2023).

Figura 1. Tasa de paro y de empleo de jóvenes de menos de 25 años



Fuente: Datawrapper. Encuesta de Población Activa del INE.

Es importante, en cualquier caso, tener en cuenta dos elementos o reflexiones.

En primer lugar, que en la serie analizada, entre el año 2008 y 2021, ha aumentado el número de personas paradas que tardan entre 1 y 2 años en encontrar trabajo, hasta situarse en 191.400 personas. Se trata de una cifra relevante, ya que es el peor dato de los últimos 5 años y es casi el doble de alto que en 2008 (cuando tan solo 50.100 personas tardaban más de 2 años en encontrar un empleo).

Por lo que respecta a la búsqueda del empleo, es necesario tener en cuenta que en la actualidad es cada vez más difícil para las personas jóvenes en paro. Como demuestra también el dato de que únicamente 50.400 personas afirma haberlo encontrado en 2021, la cifra más baja de la serie histórica. Por tanto, si se tarda mucho en encontrar empleo, consecuentemente aumenta el paro de larga duración.

En el Informe del Mercado de Trabajo de los Jóvenes. Estatal. Datos 2022, elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) (2023) muestra que el desempleo de larga duración, es decir cuando una persona lleva inscrita en los servicios de empleo, se elevó hasta el 24,71 % en 2021, cuando en el año 2020 se situó en un 22,40 % en 2020 y en 2019 ascendió a un 14,67 %.

En segundo lugar, que las ocupaciones en las que trabajan las personas jóvenes en mayor medida son ramas de actividad que aglutinan peores condiciones de trabajo, con temporalidad y bajos salarios, pertenecen al sector servicios. Además de jornadas parciales que en la mayoría de los casos no son por elección del trabajador sino impuestas.

Estas ramas y/o ocupaciones son:

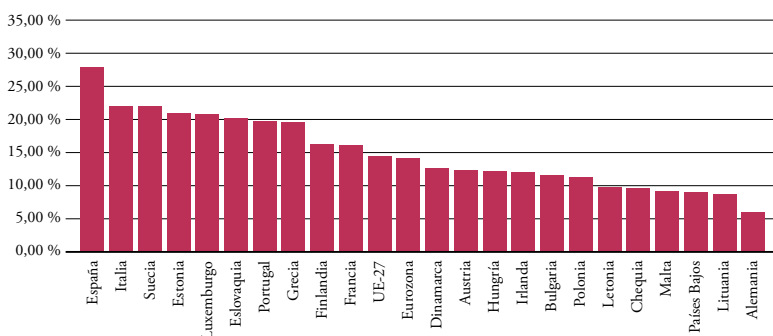
- Las ramas de Comercio al por mayor y al por menor, además de en la reparación de vehículos de motor y motocicletas (con 462.400 personas ocupadas menores de 30 años)
- La hostelería, que aglutina 347.700 menores de 30 años.
- Y las industrias manufactureras, con 278.900

Así, a pesar de la mejora del empleo, las condiciones de trabajo de los jóvenes se caracterizan por ser muy precarias que comporta que el

conjunto de condiciones que determinan una situación de desventaja o desigualdad, ya que se caracteriza por la corta duración de los contratos, los elevados índices de temporalidad y los importantes supuestos de reducciones de jornadas no deseadas, un exceso de horas extras, con o sin remuneración, casi siempre de realización obligatoria e importantes riesgos para la salud laboral, debido a la falta de formación e información.

Si tomamos como referencia los datos a nivel de la UE, España ostenta el peor dato de paro juvenil pese a los importantes esfuerzos por reducir la tasa y los avances al respecto.

Figura 2. Tasa de desempleo juvenil (menores de 25 años) por países europeos en septiembre de 2023



Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat (www.epdata.es).

A la vista de los datos expuestos, los grandes temas pendientes con relación a los jóvenes y el mercado de trabajo son tres:

La reducción de la alta tasa de desempleo juvenil, ya que, a pesar de las importantes medidas implementadas, la tasa de desempleo juvenil en España sigue siendo alta, como acabamos de ver en comparación con otros países de la Unión Europea. Es, por tanto, necesario seguir implementando políticas que fomenten la creación de empleo y la contratación de jóvenes.

En segundo lugar, la precariedad laboral. Tal y como comentábamos anteriormente, muchos jóvenes se enfrentan a empleos temporales y precarios, con salarios bajos y condiciones laborales deficientes. Es

necesario garantizar empleos de calidad para los jóvenes, con salarios justos y condiciones laborales adecuadas.

También es importante combatir la brecha de habilidades. Existe una importante brecha entre las habilidades que demanda el mercado laboral y las habilidades que poseen los jóvenes. Es necesario, por ello, mejorar la formación y la educación para que los jóvenes adquieran las habilidades necesarias para acceder a empleos de calidad.

En última instancia existen importantes desigualdades regionales en términos de empleo juvenil entre las diferentes regiones de España. Se impone, por ello, la necesidad de implementar políticas específicas para abordar estas desigualdades y promover el empleo juvenil en todas las regiones del país.

Tabla 1. Tasa de paro por comunidades autónomas

CC. AA.	Tasa paro	CC. AA.	Tasa paro
Andalucía	40,57	Extremadura	32,66
Aragón	20,61	Galicia	23,89
Asturias	29,62	Islas Baleares	10,51
Canarias	31,69	La Rioja	26,96
Cantabria	15,64	Madrid	30,01
Castilla y León	23,61	Melilla	41,46
Castilla-La Mancha	29,84	Murcia	26,18
Cataluña	20,62	Navarra	29,1
Ceuta	60,98	País Vasco	31,79
Comunidad Valenciana	23,11		

Fuente: elaboración propia.

II. Medidas adoptadas para hacer frente al desempleo juvenil

En general, las medidas implementadas históricamente para hacer frente al desempleo juvenil han girado sobre tres ejes fundamentales:

De un lado, a través de Incentivos a la contratación, así se han establecido incentivos fiscales y bonificaciones a las empresas que contratan a jóvenes, especialmente a aquellos que se encuentran en situación de desempleo de larga duración. Estos incentivos buscan fomentar la contratación de jóvenes y reducir la brecha de experiencia laboral.

En segundo lugar, a través de los programas de formación y empleo. Se han implementado programas como el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, que ofrece formación y empleo a jóvenes desempleados. Estos programas pretenden ofrecer oportunidades de formación y prácticas laborales para mejorar las habilidades y la experiencia de los jóvenes.

En última instancia, a través del Fomento del emprendimiento. Así se han implementado políticas para fomentar el espíritu emprendedor entre los jóvenes, como la creación de programas de apoyo y financiamiento para jóvenes emprendedores. Estas medidas buscan fomentar la creación de empleo a través del emprendimiento y brindar oportunidades a aquellos jóvenes que desean iniciar su propio negocio.

2.1 El contrato de formación y aprendizaje

A la hora de abordar las medidas en cuestión, entre las vías específicas de acceso de los jóvenes al mercado de trabajo, una de las principales vías de acceso al mercado de trabajo de los jóvenes es el contrato de formación y aprendizaje.

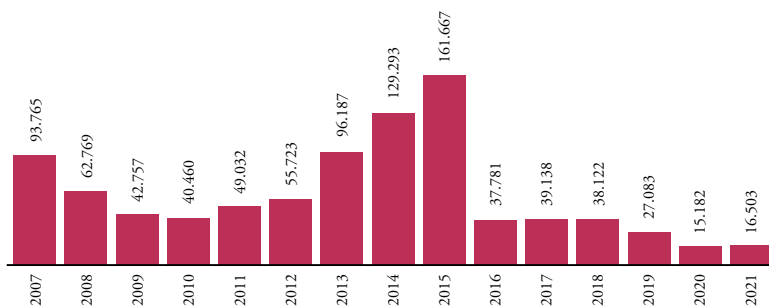
El objetivo de este contrato es favorecer el aprendizaje en el entorno laboral y la adquisición de competencias profesionales transversales durante la formación, como elementos fundamentales tanto para mejorar su formación como su empleabilidad, convirtiéndose en uno de los pilares de la Formación Profesional Dual.

Si atendemos a las cifras de contratos de formación y aprendizaje facilitados por el SEPE (vid datos adjuntos), podemos poner de manifiesto el escaso uso del mismo.

Aunque los datos del Servicio Público del Empleo Estatal muestran el incremento experimentado por este tipo de contratos a partir de 2011, hasta alcanzar un máximo en 2015, con 161.667 nuevas contrataciones, un 230 % más que en 2011 (+112.635).

En 2016 esta modalidad de contratación registró un notable retroceso debido al requisito exigido en relación con la formación recibida que, a partir de enero de 2016, debía ser certificable, así como a la existencia durante parte de ese período de otras modalidades de contratación que podrían haber actuado como vasos comunicantes, tal era el contrato de fomento del primer empleo, a lo que habría que añadir la, en ocasiones, mala praxis observada en relación con las personas «becarias». A partir de ese año, esta modalidad de contratación se ha reducido significativamente, situación que lleva a plantear la necesidad de reformar los contratos formativos. En el conjunto del año 2019 se registraron un total de 27.083 contratos y en 2020 se han registrado 15.182 contratos formativos, ante la caída experimentada por el conjunto de la contratación en el marco de la crisis sanitaria. En 2021, si bien se recupera levemente el nivel de contratación, este se encuentra entre los niveles más bajos de la serie: se han celebrado 16.503 contratos.

Figura 3. Total de contratos formativos (16 a 29 años). Datos acumulados de enero a diciembre



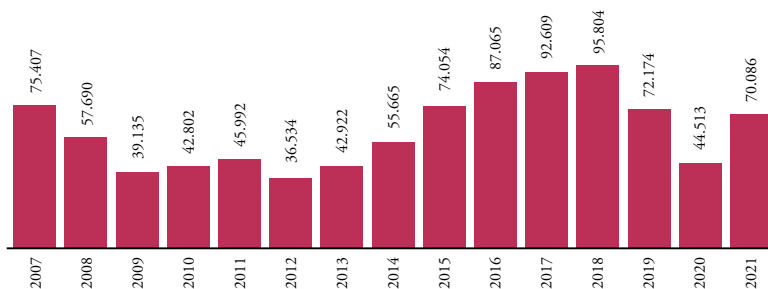
Fuente: elaboración propia a partir de SEPE.

2.2 El contrato en prácticas

Por su parte, los contratos en prácticas, que tienen por objeto proporcionar la formación y experiencia necesaria a los jóvenes cualificados para que puedan realizar una primera experiencia laboral relacionada con su titulación, han mantenido un elevado dinamismo a partir de 2016.

En 2021, se registraron un total de 70.086 contratos en prácticas, 25.573 más que en 2020 (57,5 %). En 2020 hubo un descenso vinculado a la crisis sanitaria desatada a mediados de marzo, de forma que se celebraron 44.513 contratos frente a los 72.174 contratos firmados en 2019.

Figura 4. Total de contactos en prácticas (16 a 29 años). Datos acumulados de enero a diciembre



Fuente: elaboración propia a partir de SEPE.

III. Otras medidas adoptadas

Más allá de las modalidades contractuales específicas dirigidas a los jóvenes y que tienen por objeto favorecer la inserción laboral de este colectivo en el mercado de trabajo, se han ido aprobando otras acciones tendentes a reducir la alta tasa de paro juvenil favoreciendo el autoempleo como alternativa al desempleo o a través, como tendremos ocasión de apreciar más tarde del compromiso referido al ofrecimiento de un empleo.

3.1 El fomento del autoempleo desde Garantía Juvenil

En la actualidad, varias Comunidades Autónomas tienen abiertas convocatorias con incentivos o ayudas para que las personas jóvenes inscritas en Garantía Juvenil puedan desarrollar sus iniciativas de negocios.

A título de ejemplo, en Cataluña, el Departamento de Empresa y Trabajo abrió una nueva Convocatoria del programa de ayudas de fomento del autoempleo de jóvenes. Se trata de una ayuda económica a las personas jóvenes que inician una actividad económica o profesional como personas trabajadoras autónomas que les permita mantener su proyecto de emprendimiento a largo plazo.

Para poder ser beneficiario de la ayuda es necesario tener entre 18 y 29 años (ambos incluidos) en la fecha de inicio de actividad como persona trabajadora autónoma y estar dada de alta en el registro del programa de Garantía Juvenil en situación «inscrito beneficiario» el día anterior a la fecha de inicio de su actividad como persona trabajadora autónoma.

En Extremadura, se han establecido Ayudas destinadas a las personas desempleadas que inicien una actividad empresarial como trabajador por cuenta propia a título individual.

Uno de los destinatarios son las personas jóvenes menores de 30 años. Podrán ser objeto de financiación por el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) si concurre que, además, son beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil por estar inscritas, al menos, un día antes de su alta en Seguridad Social o mutualidad alternativa.

Por su parte, en Castilla y León, se encuentran activas las Subvenciones dirigidas a fomentar el autoempleo de jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil con titulación universitaria o de formación profesional de grado medio o superior (2023). Las subvenciones se destinan a fomentar el inicio de una actividad económica por cuenta propia.

Entre los requisitos exigidos se encuentran: haber solicitado el alta en el RETA o en la Mutualidad del Colegio Profesional correspondiente entre el día 1 de octubre de 2022 y el día 2 de octubre de 2023, ambos inclusive; estar inscrito como beneficiario en el Fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en los términos establecidos en la normativa estatal que lo regula, el día de alta en el RETA o en la Mutualidad del

Colegio Profesional correspondiente.; estar en posesión de una titulación universitaria o de formación profesional de grado medio o superior, o cumplir los requisitos para su obtención, el día de alta en el RETA o en la Mutualidad del Colegio Profesional correspondiente, relacionada con la actividad por la que se solicita la subvención.

3.2 La tarifa plana para autónomos

El origen de la tarifa plana para autónomos se remonta al año 2008, en plena crisis económica mundial, estableciéndola en 50 €/al mes.

En principio se trataba de una medida coyuntural, pero ha ido evolucionando hasta convertirse en una de las bonificaciones estrella de la Seguridad Social a la que pueden acogerse la mayoría de nuevos autónomos.

La entrada en vigor del nuevo sistema de cotización para autónomos en función de sus ingresos reales trajo consigo un importante cambio en la tarifa plana de los autónomos.

De esta forma, la tarifa plana para autónomos ha pasado a ser de 80 euros durante los 12 primeros meses de actividad (960 €/año), independientemente de los ingresos que tenga el trabajador por cuenta propia y en los siguientes 12 meses el autónomo puede seguir pagando los 80 euros de cuota mensual siempre que sus ingresos netos se encuentren por debajo del Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

En el caso de las personas con al menos un 33% de grado de discapacidad, de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo, podrán disfrutar de la cuota de autónomos reducida de 80 euros durante los primeros 24 meses de actividad, teniendo la posibilidad de extender dicha bonificación hasta los 36 meses si su rendimiento neto anual no supera el SMI.

Por su parte, del programa de ayuda al emprendimiento del que más se habla actualmente es el Kit Digital. Se trata de un plan que tiene como objetivo ayudar a la transformación digital de pymes y autónomos de forma que puedan modernizarse y adoptar nuevas tecnologías.

En este sentido, se quiere dar un impulso a pymes y autónomos para que innoven en aspectos como: sitio web y presencia en internet, comercio electrónico, gestión de redes sociales, Business Intelligence y

analítica, servicios y herramientas de oficina virtual, gestión de procesos (automatización de procesos, por ejemplo, mediante la firma electrónica), factura electrónica, comunicaciones seguras y ciberseguridad.

3.3 La capitalización o pago único de la prestación por desempleo

La capitalización o pago único de la prestación por desempleo es otra de las medidas estrella para favorecer el autoempleo. Es una medida para facilitar iniciativas de emprendimiento y de empleo autónomo, mediante el abono anticipado de la prestación por desempleo pendiente de percibir.

La capitalización consiste en recibir la prestación por desempleo a la que tengas derecho en un solo pago, con el objetivo de que puedas iniciar una actividad empresarial.

Se trata de una medida para fomentar y facilitar iniciativas de empleo autónomo entre personas que estén percibiendo la prestación por desempleo de nivel contributivo, abonando el valor actual del importe de la prestación que reste por percibir a aquellas personas beneficiarias que pretendan:

Incorporarse de forma estable como socios/as trabajadores/as o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, aunque hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades, independientemente de su duración o constituir las.

A partir del 01 de septiembre de 2023, adquirir la condición de persona socia trabajadora o de trabajo en la sociedad laboral o cooperativa con la que mantienen una relación laboral de carácter indefinido, siempre que reúnan todos los requisitos para ser persona beneficiaria de la prestación por desempleo de nivel contributivo, salvo el de estar en situación legal de desempleo.

Desarrollar una actividad como personas trabajadoras autónomas. No se incluirán en este caso quienes se den de alta como trabajadores/as autónomos/as económicamente dependientes, firmando un contrato con una empresa con la que hubieran mantenido una relación contractual inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo o que pertenezca al mismo grupo empresarial de aquella.

Destinar el importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva creación o creada en un plazo máximo de 12 meses anteriores a la aportación, siempre y cuando se vaya a poseer el control efectivo de la sociedad, se vaya a ejercer en la misma una actividad profesional y se produzca un alta en la Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

Adquirir acciones de la mercantil en la que trabajaba declarada en concurso y su posterior transformación en sociedad laboral o cooperativa.

Los requisitos para poder optar a esta modalidad de desempleo que se deben cumplir son los siguientes:

Ser persona beneficiaria de una prestación contributiva por desempleo por cese total y definitivo de una relación laboral, pendiente de recibir, a fecha de solicitud del pago único, al menos tres mensualidades.

En el supuesto de capitalización de la prestación por desempleo para las personas trabajadoras con contrato indefinido de sociedades laborales o cooperativas que pretendan incorporarse como socias trabajadoras o de trabajo de dichas sociedades laborales o cooperativas, deben reunir todos los requisitos para ser beneficiarias de la prestación contributiva por desempleo, excepto el de encontrarse en situación legal de desempleo.

Las personas beneficiarias de la prestación por cese de actividad es necesario que tengan pendiente de percibir como mínimo seis meses.

No haber cobrado el pago único, en cualquiera de sus modalidades, en los cuatro años inmediatamente anteriores.

Iniciar la actividad en el plazo máximo de un mes desde la resolución que conceda el pago único, y siempre en fecha posterior a la solicitud. No obstante, una vez realizada la solicitud, se puede iniciar la actividad y darse de alta en la Seguridad Social antes de la resolución del pago.

Si se ha impugnado ante la jurisdicción social el cese de la relación laboral que ha dado lugar a la prestación por desempleo, cuya capitalización se pretende, la solicitud del pago único debe ser posterior a la resolución del procedimiento.

Quienes en los 24 meses anteriores a la solicitud del pago único hayan compatibilizado el trabajo por cuenta propia con la prestación por

desempleo de nivel contributivo, no tendrán derecho a obtener el pago único para constituirse como trabajadores o trabajadoras por cuenta propia o como personas trabajadoras autónomas socias de una sociedad mercantil.

Si la cooperativa prevé en sus estatutos la posibilidad de que los socios o socias tengan que superar un periodo de prueba, haber superado dicho periodo. Aunque el derecho al pago único de la prestación se podrá aprobar, la persona solicitante únicamente lo percibirá cuando presente ante el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) el acuerdo del consejo rector de haber superado dicho periodo de prueba.

Una vez percibido el importe de la prestación, el beneficiario debe iniciar la actividad en el plazo máximo de un mes y presentar ante el Servicio Público de Empleo Estatal la documentación que justifique el inicio de dicha actividad, según la actividad que inicia y las modalidades de pago único que se conceden.

IV. El Plan de Garantía Juvenil (2013-2020) y el Plan de Garantía Juvenil Plus (Plan GI+) 2021-2027

El origen del Plan de Garantía Juvenil es la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (2013/C 120/01)¹.

La Garantía Juvenil es, por tanto, una iniciativa europea dirigida a personas jóvenes en búsqueda de empleo que no se encuentren en situación de

1 Diario Oficial de la Unión Europea C 120/1 de 26.4.2013. Tal y como se establecía en el Considerando (6) La Garantía Juvenil debería contribuir a la consecución de tres de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, a saber, que el 75 % de las personas de 20 a 64 años tengan empleo, que las personas que abandonan prematuramente los estudios representen menos del 10 % y que se rescate a por lo menos veinte millones de personas de la pobreza y la exclusión social. Es necesario tener en cuenta que en su Comunicación «Juventud en Movimiento» de 15 de septiembre de 2010, la Comisión animaba a los Estados miembros a que introdujeran garantías juveniles, si bien la aplicación de estas ha sido hasta ahora muy limitada. La Recomendación de abril de 2013 acentuaba y reiteraba la necesidad de que los Estados miembros persigan ese objetivo, al tiempo que les ayuda con el diseño, la puesta en práctica y la evaluación de dichos sistemas de Garantía Juvenil.

estudiar o formarse, ni trabajando por cuenta propia o ajena, y quieran lograr su inserción plena en el mercado laboral. Lo que se pretende es facilitar el acceso de las personas jóvenes al mercado de trabajo.

En diciembre de 2013, se aprobó en España el Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil, alineado, entonces, con la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven².

Fruto de ello, el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia³, del que procede la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, sienta las bases del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, en España.

El Sistema Nacional de Garantía Juvenil, que se regula en el capítulo I de este Real-Decreto-Ley 8/2014, tiene como finalidad principal que el colectivo de jóvenes no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación y que sean mayores de 16 años y menores de 25, o menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, puedan recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleadas.

Este Plan se estructuraba en 4 ejes o líneas de actuación: de mejora de la empleabilidad, de mejora de la intermediación, de fomento de la contratación y de fomento del emprendimiento.

Desde la puesta en marcha del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, las atenciones prestadas a las personas jóvenes se han ido incrementando, llegando en 2019 a 4.411.067. Destacan las 2.643.544 atenciones de contratación efectuadas a personas jóvenes inscritas, y las 1.767.523 atenciones de distinto tipo realizadas.

2 Vid: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/201213EnlaceEmpleoJoven.aspx>

3 BOE núm. 163, de 5 de julio de 2014.

Tabla 2. Atenciones año 2019

Tipo de atención	Mujeres		Hombres		Total
	Personas	%	Personas	%	
Atención de empleo	1.243.570	47 %	1.399.974	53 %	2.643.544
Atención de educación	60.018	48 %	65.166	52 %	125.184
Atención de prácticas	4.291	56 %	3.335	44 %	7.625
Atención de escuelas taller y casas de oficio	2.146	45 %	2.659	55 %	4.805
<i>Orientaciones*</i>	<i>854.030</i>	<i>52 %</i>	<i>775.879</i>	<i>48 %</i>	<i>1.629.908</i>

* Atenciones de la fase preparatoria, que no constan en la información enviada a la Comisión Europea

Fuente: elaboración propia.

En el último informe anual de inserción laboral de las personas jóvenes del Sistema Nacional de Garantía Juvenil de 2020 se mostraba que, tras haber recibido una atención de Garantía Juvenil, en torno al 60 % de las personas jóvenes tienen un contrato de trabajo 18 meses después de haber iniciado dicha atención. Además, la Comisión Europea resaltaba en sus Informes de seguimiento anuales que España es el único país de Europa que consigue un seguimiento del estado laboral de más del 95 % de las personas jóvenes atendidas.

A pesar de la tendencia positiva en los datos del mercado de trabajo juvenil de los últimos años, se apercibía que continuaban existiendo problemas relacionados con la precariedad laboral, la necesidad de mejorar la empleabilidad y la formación, así como de buscar nuevos sectores que ofrezcan a las personas jóvenes oportunidades de empleo estable y de calidad.

A finales de 2019, el Consejo de la Unión Europea adoptó por unanimidad la nueva Recomendación «Un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil»⁴, donde se destaca que el refuerzo de la Garantía Juvenil puede contribuir a crear oportunidades de empleo

4 Propuesta de RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO Un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil que sustituye a la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil COM/2020/277 final.

juvenil, a promover el emprendimiento juvenil y ayudar a aprovechar las oportunidades que surgen de las transiciones digitales y ecológicas. Este texto reemplaza a la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil y en él se inspira el presente Plan de Garantía Juvenil Plus.

Por su parte, el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes aprobado por 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 se aprueba el Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes⁵, continúa con la senda iniciada por el Plan de Garantía Juvenil original manteniendo sus elementos característicos, particularmente en materia de financiación y principios básicos de gestión, e incorporando cambios sustanciales, con el fin de incrementar su efectividad y adaptarlo a las nuevas circunstancias.

A partir de la experiencia aplicativa del Plan original y con sustento en los resultados de su evaluación, el nuevo Plan de Garantía Juvenil Plus incorpora aquellos aspectos de la Garantía Juvenil anterior que se han mostrado eficientes y refuerza aquellos elementos del mismo que requerían una mayor atención incorporando, del mismo modo, contenidos y principios nuevos destinados a incrementar su eficacia y a reforzar el empleo y la formación de calidad.

Debe tenerse en cuenta que el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes:

Sirve de referencia para las entidades vinculadas al Sistema Nacional de Garantía Juvenil en el mismo periodo.

Tiene como objetivo mejorar la cualificación de las personas jóvenes para que adquieran las competencias profesionales y técnicas necesarias para acceder al mercado laboral.

El Plan de Garantía Juvenil se inscribe en una inversión global, el Plan Estratégico Juventud Avanza, que agrupa el conjunto de acciones para

⁵ BOE núm. 151, de 25 de junio de 2021.

el empleo juvenil y que destinará 4.950 millones a estos fines, la mayor cantidad destinada hasta el momento por un Gobierno para acciones de empleo juvenil.

Es también una herramienta fundamental para conseguir los ODS 5 (igualdad de género) y 8 (trabajo decente y crecimiento económico) de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.

Los principales retos a los que el Gobierno pretende dar respuesta a través de este Plan son los siguientes:

Incrementar la accesibilidad al plan y de otorgar una mayor difusión del Plan entre las personas jóvenes inactivas, poco cualificadas y más vulnerables.

Avanzar en la mejora y profundización de la coordinación interinstitucional, con el fin de facilitar el intercambio de información y la coordinación de los esfuerzos entre los diferentes interesados a nivel estatal, regional y local.

Consolidar la relación con el sector privado y con las entidades locales.

Incidir en la mejora permanente de la calidad y la adecuación de la formación, incluyendo la formación en competencias lingüísticas y digitales, impulsando y explorando nuevos sectores ligados al cambio tecnológico y ecológico, apostando por una formación de calidad adaptada a las nuevas necesidades como punto de partida para un empleo de calidad, adaptada y a adaptable a las necesidades reales de las empresas.

Abordar la búsqueda de nuevas oportunidades laborales en sectores con potencialidad de crecimiento en nuestro país, como es el caso, entre otros, del sector de las tecnologías de la información y de la comunicación, agrario, ganadero, artístico o turístico. Debe formar parte del funcionamiento de las políticas activas de empleo.

Reducir el alto grado de abandono escolar para asegurar la empleabilidad de las personas jóvenes.

Mantener y mejorar el sistema de evaluación y monitorización del programa, de modo que Garantía Juvenil constituya un sistema permanentemente actualizado a las circunstancias y susceptible de incorporar con inmediatez los cambios necesarios.

Reforzar los programas de orientación personalizada y los planes de actuación individuales como puntos clave para lograr no solo la inserción laboral estable de las personas jóvenes, sino también el desarrollo de incentivos formativos permanentes a efectos de consolidar carreras y proyectos profesionales satisfactorios.

El Plan de Garantía Juvenil Plus (2021-2027) incorpora, entre otras actuaciones, las siguientes medidas:

- **Flexibilidad y agilidad de la gestión:** Para una orientación más efectiva, las personas inscritas en el plan tendrán una atención inmediata con el compromiso de que en un plazo máximo de cuatro meses hayan recibido una oferta de empleo o de formación que contará con un seguimiento especial en este periodo. Las personas interesadas dispondrán de una línea de teléfono gratuita que permitirá resolver las dudas de la atención, además de la disponibilidad de sistemas digitales complementarios.
- **Un espacio virtual específico** permitirá la formación y también la búsqueda y selección de ofertas de empleo.
- **Programa emprende con microcréditos:** Permitirá obtener financiación, sin necesidad de avales, a personas emprendedoras que no puedan acceder a un crédito ordinario. Además de la aportación económica, las personas beneficiarias recibirán apoyo de orientación y asesoramiento tras la recepción del préstamo.
- **Refuerzo de la orientación:** La red Re-Orienta recibirá un nuevo impulso y se promocionará la estabilidad y la carrera profesionales de las personas orientadoras. La calidad del sistema de orientación será objeto de evaluación.
- **Favorecer la formación:** La prevención del abandono escolar retorno a la formación es fundamental para consolidar carreras profesionales y responder a las necesidades del mercado laboral. Los itinerarios personalizados priorizarán favorecer la reincorporación a la educación reglada de las personas que hayan abandonado el sistema educativo de manera prematura.
- **Primera experiencia profesional:** Las personas inscritas en Garantía Juvenil podrán participar en el programa de primera experiencia

profesional en las administraciones públicas que permitirá dotarse de experiencia y acceder a un empleo de calidad, un eje transversal del plan.

- Reincorporación al mercado laboral: De las personas jóvenes que no buscan un empleo porque creen que no lo encontrarán. Los servicios públicos de empleo trabajarán desde una perspectiva local, mediante acciones coordinadas con los servicios sociales y de juventud, para facilitar su integración en los servicios de orientación, en el Sistema Nacional de Empleo o bien en el sistema educativo.

Las características generales del Plan de Garantía Juvenil Plus son las siguientes:

1. El Plan contribuye a luchar de modo efectivo contra la precariedad laboral. Las políticas activas de empleo juvenil deben estar alineadas con el objetivo prioritario de la lucha contra la precariedad y temporalidad laboral.
2. El Plan se propone evitar a toda costa el uso abusivo y fraudulento de becas y prácticas no laborales.
3. Garantía Juvenil Plus tiene como objetivo incorporar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como presupuesto transversal en todas las acciones, particularmente en materia de lucha contra la segregación laboral, que debe formar parte de la actuación de los Servicios Públicos de Empleo a todos los niveles, tanto en el ámbito de la intermediación, como en el de la formación o el diseño y aplicación de los programas.
4. Persigue integrar el principio antidiscriminatorio en todas las acciones, no solo por razón de género, sino también por edad, ideología o convicciones, discapacidad u orientación sexual.
5. Las acciones del Plan están configuradas para otorgar prioridad o tratamientos específicos a los colectivos más vulnerables o con especiales dificultades en el mundo laboral. Por ello, contempla el refuerzo de las políticas para alcanzar a la población juvenil más vulnerable y en riesgo de exclusión, así como a los que viven en zonas aisladas o menos pobladas, como las áreas rurales.

6. Sitúa a las personas jóvenes como protagonistas de su trayectoria hacia el empleo digno por medio de itinerarios personalizados integrados en un sistema de orientación para el empleo cualificado y estable. Este proceso de cualificación e inserción laboral se enmarcará en un sistema de orientación y formación flexible y eficaz, permeable con el mundo laboral, adaptado a la individualidad y a la diversidad. Garantía Juvenil Plus atenderá a las capacidades y potencialidades específicas de las personas jóvenes con el objetivo de favorecer su inserción laboral a largo plazo, configurando itinerarios individualizados que se prolongarán tanto en las etapas de empleo como de eventual desempleo, integrados en un sistema de orientación para el empleo cuyos integrantes están cualificados y disponen de relaciones estables en el marco de los Servicios Públicos de Empleo.
7. Garantía Juvenil Plus está diseñada para crear oportunidades de acceso a nuevos empleos en nuevos sectores, tomando como referencia la transformación hacia un contexto verde, sostenible, colaborativo y digital.
8. El objetivo prioritario es incrementar la cualificación de las personas jóvenes dotándolas de las competencias profesionales requeridas por el mercado de trabajo.
9. La crisis sanitaria ha incidido en la situación del empleo de las personas y requiere acciones específicas para ofrecer soluciones integrales que den respuesta a las consecuencias adversas a medio y largo plazo en los planos educativo, formativo y profesional de las personas jóvenes. La pandemia también anticipa cambios que pueden ser estructurales en el funcionamiento del mercado de trabajo y a los que debe ser capaz de dar respuesta Garantía Juvenil Plus.
10. Garantía Juvenil Plus busca introducir mayor flexibilidad en su funcionamiento y gestión. La flexibilización y aumento en la agilidad de la inscripción en el fichero resulta esencial para aumentar el volumen de personas inscritas y, consiguientemente, también la relevancia del Plan.
11. Potencia el desarrollo de una comunidad de cooperación horizontal y vertical, para lo cual establecerá los pilares para el trabajo conjunto con

los interlocutores económicos y sociales, organismos intermedios del Fondo Social Europeo y sus entidades beneficiarias, así como con el tejido asociativo juvenil y las distintas administraciones y organismos públicos que intervienen en las políticas activas de empleo juvenil.

12. Garantía Juvenil Plus establece los mecanismos para mejorar el diálogo y la colaboración con las empresas a fin de lograr la mejor adaptación de las capacidades de las personas jóvenes a las necesidades de las mismas.
13. El Plan refuerza la dimensión local de las políticas activas de empleo dirigidas a las personas jóvenes.
14. Garantía Juvenil Plus fomenta su difusión con la máxima claridad y transparencia.
15. Contempla diversas medidas vinculadas a la mejora de procesos y optimización de los recursos.
16. La digitalización integral del servicio de formación para el empleo de las personas jóvenes resulta esencial, tanto en la relación con las personas usuarias, como en el ámbito de la formación y en la generación de un sistema de datos compartido y accesible en el marco de la ley de protección de datos. Igualmente, la digitalización supone un principio transversal de Garantía Juvenil Plus.

Las acciones específicas se estructuran en seis ejes, que son los mismos establecidos en la Estrategia Española de Activación para el Empleo prevista en el artículo 10.4 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre: Eje 1, Orientación; Eje 2, Formación, a desarrollar en cooperación con el Ministerio de Educación y Formación Profesional; Eje 3, Oportunidades de Empleo; Eje 4, Igualdad de Oportunidades en el Acceso al Empleo; Eje 5, Emprendimiento, y Eje 6, Mejora del Marco Institucional.

Asimismo, estos son los seis ejes que estructuran la cartera común de servicios del sistema nacional de empleo (Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo) y los programas comunes de empleo.

El sistema de Garantía Juvenil Plus se integra dentro del diseño general de las políticas activas de empleo, compartiendo estructura y priorizando al colectivo de personas jóvenes dentro del marco general del sistema, con un enfoque centrado en las personas y en las empresas.

El Plan Garantía Juvenil Plus se ha elaborado en colaboración con los distintos órganos de la Administración General del Estado.

De la misma manera, la tramitación del presente Plan ha contado con la participación de las comunidades autónomas y se ha consultado a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

A pesar de la tendencia positiva en los datos del mercado de trabajo juvenil de los últimos años, continúan existiendo problemas relacionados con la precariedad laboral, la necesidad de mejorar la empleabilidad y la formación, así como de buscar nuevos sectores que ofrezcan a las personas jóvenes oportunidades de empleo estable y de calidad.

El Eje 1 referido a la Orientación, contempla las medidas destinadas a que se consolide un sistema de orientación cualificado, insertado en la aplicación y desarrollo de todo el sistema de Garantía Juvenil Plus, que lleve a cabo un seguimiento personalizado y profesional, que acompañe en el desarrollo de las carreras profesionales de las personas y de los proyectos empresariales, promoviendo un empleo estable y de calidad. Comprende las actuaciones de información, orientación profesional, motivación, asesoramiento, diagnóstico y determinación del perfil profesional y de competencias, diseño y gestión de la trayectoria individual de aprendizaje, búsqueda de empleo, intermediación laboral y, en resumen, todas las actuaciones de apoyo a la inserción de las personas beneficiarias.

Las medidas de este eje (15) se dividen en dos bloques:

- Establecimiento de mecanismos para el incremento de la calidad y efectividad de la orientación: Incremento de la calidad y efectividad de la orientación.
- Configuración de servicios de orientación especializados en temas concretos.

Por su parte, el Eje 2, que se desarrolla en coordinación con el Ministerio de Educación y Formación Profesional, incluye las actuaciones

de formación tanto del sistema nacional de cualificación como de Formación Profesional en el trabajo, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional, de iniciativas de formación dual y de formación en alternancia con la actividad laboral. Se busca con ello que la persona beneficiaria pueda adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, para mejorar su cualificación y facilitar su inserción laboral. Una formación de calidad, vinculada a las políticas activas de empleo, laborales, económicas e industriales, puede establecer los pilares para un empleo de calidad y para una dinámica formativa continua que asegure la empleabilidad permanente.

Las medidas recogidas en este eje (23) se pueden agrupar en distintos bloques:

- Formación en alternancia mediante escuelas taller, talleres de empleo y programas mixtos de Empleo-Formación: se apuesta por la innovación en los programas de Escuelas Taller y Talleres de Empleo, por los programas de alternancia con el empleo y la inserción sociolaboral de las personas jóvenes inscritas en Garantía Juvenil.
- Actuación coordinada de la formación para el empleo y el tejido empresarial: se apuesta por la colaboración estrecha con el mundo empresarial.
- Identificación y promoción de los sectores de actuación preferente.

El Eje 3 comprende las actuaciones o actividades que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, particularmente para 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, personas en situación de riesgo de exclusión social, entre ellas las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital, personas con responsabilidades familiares, y de las mujeres víctimas de violencia de género. Las personas jóvenes son el colectivo que más sufre la precariedad laboral, teniendo una tasa de temporalidad singularmente alta. Para hacer frente a dicha problemática, es importante dirigir los esfuerzos al control del efectivo cumplimiento de la normativa y perseguir los abusos y fraudes que puedan cometerse.

Por su parte, las medidas del presente eje (13) se agrupan en los siguientes bloques:

- Acciones dirigidas al fomento de la contratación estable de determinados colectivos.
- Acciones dirigidas a sectores concretos.
- Acciones para la correspondencia de oferta y demanda de trabajo.

El eje 4 de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo comprende las acciones, actuaciones o actividades dirigidas a promover la igualdad de oportunidades en el empleo, tanto en el ámbito de la igualdad de género (bloque primero), como en el ámbito del principio de igualdad y no discriminación por diferentes causas (bloque segundo)

Los dos bloques en que se estructura el presente Eje que incluyen 4 medidas son los siguientes:

- Promoción de la conciliación y de la corresponsabilidad, así como de la igualdad de género.
- Integración del principio de igualdad y no discriminación en el funcionamiento ordinario y transversal de Garantía Juvenil Plus.

El eje 5 bajo el paraguas de emprendimiento comprende las medidas dirigidas a fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social, especialmente encaminadas a la dinamización e impulso del desarrollo económico local, inclusivo y sostenible.

Las medidas de este eje (7) se agrupan en tres bloques:

- Impulso a la economía social.
- Impulso a los proyectos empresariales.
- Iniciativas innovadoras.

Finalmente, el eje 6 referido a la mejora del marco institucional comprende las acciones, medidas y actuaciones que van dirigidas a la mejora de la gestión, colaboración, coordinación y comunicación dentro del Sistema Nacional de Empleo, así como el impulso a su modernización. El contenido de este eje tiene un carácter instrumental cuyo resultado se

verá reflejado en una mayor eficacia en la consecución de los objetivos finalistas de activación e inserción.

Las medidas de este eje (7) se agrupan en los siguientes bloques:

- Acciones de comunicación y difusión del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.
- Acciones dirigidas a la mejora de la gobernanza del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

Los 6 ejes en los que se estructura el plan incluyen un total de 69 medidas.

V. Otros programas para favorecer el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes

1. El programa Tándem⁶ es un proyecto de formación en alternancia con el empleo que sigue el modelo de las escuelas taller, si bien aplicado a proyectos de interés público y social. Dirigido a jóvenes de edades comprendidas entre los 16 y los 29 años en proyectos inspirados en las escuelas taller públicas, centrándose en las capacidades necesarias para la doble transición, la asistencia social y la cohesión territorial⁷.
2. Primera experiencia profesional en las administraciones públicas⁸ es un plan de primeras experiencias en el empleo en el seno de los servicios prestados por las administraciones públicas, del que se beneficiarán personas jóvenes desempleadas cuya etapa formativa se haya completado y acreditado.

6 Vid, al respecto: <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/plan-recuperacion-transformacion-resiliencia/empleo-joven/empleo-joven-tandem.html>

7 Orden TES/1153/2021, de 24 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, destinadas a la financiación del «Programa Tándem en entidades del sector público estatal», de formación en alternancia con el empleo, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

8 Vid, al respecto: <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/plan-recuperacion-transformacion-resiliencia/empleo-joven/primera-experiencia-profesional-administraciones-publicas.html>

El objetivo es ofrecer una primera experiencia laboral en las Administraciones Públicas (tanto General como Territoriales) a personas jóvenes desempleadas que hayan completado su educación formal. Adquirirán competencias no técnicas y aptitudes interpersonales trabajando en empleos relacionados con la doble transición, la asistencia social y la cohesión territorial. Las subvenciones se conceden a los organismos públicos de las Administraciones General del Estado y Territoriales encargados de la ejecución.

3. Programa investigo⁹. Se trata de un plan de empleo para personas jóvenes investigadoras y tecnólogas en organismos públicos de investigación, universidades públicas, centros tecnológicos, parques científicos y tecnológicos y entidades públicas sujetas a derecho privado, junto con empresas que inviertan en investigación e innovación y presenten un proyecto de investigación y entidades privadas sin ánimo de lucro como fundaciones.

Cubrirá la contratación de personas jóvenes investigadoras en organismos públicos de investigación, universidades públicas, centros tecnológicos y otras entidades públicas y privadas que participen en un proyecto de investigación.

VI. A modo de reflexión o consideraciones finales

Si analizamos la evolución de la tasa de paro juvenil, podemos ver como esta comenzó a subir a partir de 2006 y alcanzó su máximo en el primer trimestre de 2013 para descender desde el año 2013 hasta la actualidad.

En gran parte, este descenso es debido al impulso de acciones específicas de apoyo a la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo a través del Plan garantía juvenil (2013-2020) y el Plan de Garantía juvenil plus (Plan

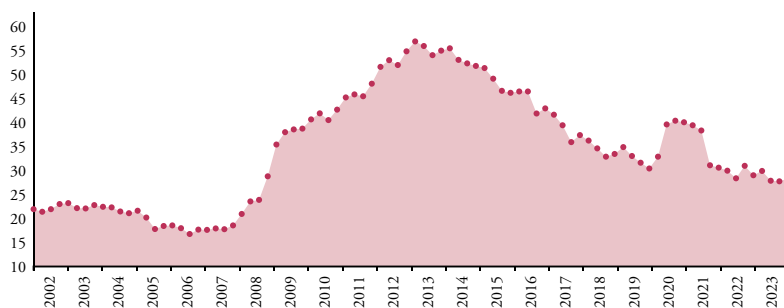
⁹ Vid, al respecto: <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/plan-recuperacion-transformacion-resiliencia/empleo-joven/programa-investig.html>

GJ+) (2021-2027) que se tratan de planes muy ambiciosos en términos de diseño, ejes, medidas y recursos.

Parece que las acciones previstas y los compromisos incluidos en el plan están dando sus frutos por lo que respecta a una reducción efectiva y rápida de las tasas de paro juvenil de los menores de 25 años, volviendo a porcentajes del año 2009. Queda todavía mucho camino por recorrer, pero parece que el iniciado con la Garantía juvenil está dando sus frutos.

El informe sobre la ejecución de la Garantía Juvenil en España publicado en enero de 2018 señalaba que el crecimiento del empleo entre los jóvenes españoles se produce a un ritmo cinco veces superior a la media de la Eurozona. Por aquel entonces, más de un millón de jóvenes se habían ya inscrito en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil y del total de inscritos, 419.606 habían encontrado ya un empleo, lo que suponía una tasa de empleabilidad del 41 por 100. La tasa de paro juvenil había descendido un 20,9 por 100 entre el primer trimestre de 2013 y el tercer trimestre de 2017, y la contratación indefinida había crecido en 2017 un 20,12 por 100.

Figura 5. Evolución de la tasa de paro juvenil. Desempleo de menores de 25 años



Fuente: elaboración propia a partir de INE (www.epdata.es).

Debe tenerse en cuenta que inicialmente existían reservas importantes sobre el éxito de esta medida en España a los 3 años de su implementación.

Así, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación

al cabo de tres años¹⁰, la Comisión Europea destacaba que la Garantía Juvenil se ha hecho realidad en toda la UE. Desde enero de 2014, catorce millones de jóvenes han participado en sistemas de Garantía Juvenil; unos nueve millones de jóvenes aceptaron una oferta: en su mayoría, ofertas de empleo. Casi dos tercios de los jóvenes que abandonaron la Garantía Juvenil en 2015 aceptaron una oferta de empleo, de educación, un período de prácticas o formación de aprendices. La Garantía Juvenil ha facilitado considerablemente la ejecución de reformas estructurales y la innovación en el diseño de políticas en los Estados miembros.

La Garantía Juvenil ha contribuido a impulsar la demanda del mercado laboral para los jóvenes y ha apoyado la adopción de medidas para crear empleo.

Los Estados miembros pueden dividirse en tres grupos en función del grado en que la Garantía Juvenil haya impulsado reformas.

Esta agrupación tiene en cuenta los diversos puntos de partida en términos del contexto institucional y de las condiciones macroeconómicas existentes en los Estados miembros en el momento en el que se adoptó la Recomendación.

- Grupo A (reforma acelerada): la Garantía Juvenil ha proporcionado un nuevo impulso y ha acelerado los acontecimientos políticos en algunos Estados miembros, en particular en aquellos que se enfrentan a retos importantes y que reciben un apoyo financiero considerable de la UE (BE, BG, FR, HR, HU, IT, LT, LV, PL, PT, SI), si bien los ritmos de aplicación pueden presentar diferencias.
- Grupo B (marco estratégico reforzado): la Garantía Juvenil ha contribuido a reforzar políticas ya consolidadas mediante la ampliación o adaptación de medidas vigentes en los Estados miembros que ya contaban con instrumentos completos que se ajustan, en líneas generales, a la Recomendación (AT, DE, DK, EE, FI, IE, LU, MT, NL, SE, UK).

10 Bruselas, 4.10.2016 COM(2016) 646 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0646&from=EN>

- Grupo C (hasta la fecha, la reforma es más limitada): los cambios fueron más limitados como consecuencia de varios factores como, por ejemplo, la asignación de una prioridad más baja, la existencia de retrasos o de interrupciones en la aplicación de medidas clave o una atención centrada en programas anteriores (CY, CZ, EL, ES, RO, SK).

A pesar de las reservas en algunos casos (incluido España), la Garantía Juvenil, sin duda alguna, ha ayudado a romper los compartimentos estancos de los diferentes ámbitos políticos y a construir asociaciones viables.

La coordinación entre las políticas de los ámbitos de empleo, educación y juventud también se ha reforzado, sobre todo como resultado del estímulo generado por los planes de aplicación de la Garantía Juvenil en los Estados miembros. Se han creado nuevas asociaciones con interlocutores sociales y servicios para jóvenes, incluidas las organizaciones juveniles. En concreto, las organizaciones juveniles han participado en el diseño y la aplicación de los sistemas nacionales de Garantía Juvenil, aunque en diferentes grados según los Estados miembros.

La mayoría de los servicios públicos de empleo han mejorado la orientación de sus servicios y han ampliado la oferta de servicios disponible a los jóvenes; dos terceras partes de los servicios públicos de empleo fijaron objetivos específicos para sus servicios orientados a la juventud.

Entre los factores de éxito de esta medida, tres años después de su puesta en funcionamiento, resultan esenciales para obtener resultados positivos con la Garantía Juvenil:

- Fuerte apoyo institucional y coordinación interna.
- Estrategias de difusión para acercar a más jóvenes al sistema de la Garantía Juvenil.
- Un punto de contacto único que ayude a prestar servicios adaptados a las necesidades específicas de cada persona.
- Eliminación de las barreras entre el sistema educativo y el mercado laboral aplicando un enfoque centrado en las asociaciones

- Sistemas de educación y formación profesionales modernos que proporcionen las capacidades necesarias en el mercado laboral.
- Una fuerte implicación de los empleadores.

En esta Comunicación se abogaba por lograr la plena implantación de los sistemas nacionales de Garantía Juvenil, acelerando y ampliando el alcance de su aplicación, por cuanto que esta Comunicación contribuía a facilitar este proceso mostrando los principales factores de éxito e identificando los ámbitos en los que es preciso seguir trabajando.

Frente a medidas como la Garantía juvenil o la Garantía juvenil plus, que han ido adquiriendo relevancia y peso en el marco de las estrategias nacionales y europeas de lucha contra el paro juvenil, y de otros programas más específicos de reciente implementación, la política de empleo por el lado de la contratación no ha dado los resultados previstos y los contratos en formación y aprendizaje y en prácticas que deberían ser un instrumento de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, adolecen de unos resultados óptimos como ha podido verse a lo largo del presente trabajo.

Tal y como se destaca en de la Rica, S., Gorjón, L. y Lizarraga, I. El contrato en prácticas en España: Crónica de un fracaso no anunciado. Informe ISEAK 2020/2. Disponible en ISEAK: <https://iseak.eu/publicacion/el-contrato-en-practicas-en-espana-cronica-de-un-fracaso-no-anunciado.>, comenzar la vida laboral mediante un contrato de prácticas reduce la probabilidad de permanecer en la empresa tras la finalización del mismo; segundo, para quienes permanecen en la empresa tras el contrato en prácticas, su probabilidad de firmar un contrato indefinido es notablemente inferior. Sin embargo, para quienes cambian de empresa a la finalización del contrato, la probabilidad de obtener un contrato indefinido es superior para quienes provienen de un contrato en prácticas. Estos resultados sugieren que las empresas no utilizan los contratos de prácticas como herramientas de inversión en formación a jóvenes, sino como instrumento para la reducción del coste laboral y/o el aumento en la flexibilidad contractual.

Las numerosas reformas legislativas que han experimentado los contratos formativos desde el año 2012 han dado resultados escasos, dando lugar a su utilización como modalidades de contratación precaria y con menores

costes para las empresas, quedando la formación y la experiencia laboral relegada a un segundo plano.

La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) ya advertía en el año 2020 sobre los incentivos a la conversión en indefinidos de los contratos de formación y aprendizaje, aseguraba que si bien cumplen el objetivo de favorecer la inserción laboral de los jóvenes con baja formación. Sin embargo, el efecto encontrado es pequeño y el uso del contrato de formación por las empresas es reducido y proponía concentrar los esfuerzos en mejorar los contratos de formación, en particular su componente formativo, e impulsar su uso por parte de las empresas.

En España el escaso éxito de estas modalidades contractuales se debe, en gran parte, en la escasa duración de estos contratos lo que resta eficacia y las posibilidades de conversión en indefinidos son menores y en el hecho de que el uso de los contratos formativos, en la modalidad de formación y aprendizaje y en la de prácticas, se concentra mayoritariamente en las empresas más pequeñas.

Tal y como se destaca en el Informe de CCOO. Principales datos de evolución de los Contratos Formativos. Actualizado con datos de 2019 Y 2020¹¹, la figura del contrato para la formación y el aprendizaje es utilizada fundamentalmente por microempresas o empresas que no alcanzan las 25 personas trabajadoras en plantilla. El uso de los contratos formativos está claramente segmentado por tamaño de empresa: las PYMES hasta 25 personas en plantilla realizan un 74 % de los contratos para la formación, pero solo el 50 % de los contratos en prácticas.

La tasa de inserción de los contratos para la formación es residual, durante el periodo 2007 a 2020 solo 7 de cada 100 contratos celebrados se convirtieron en indefinidos. Los estímulos económicos y la relajación de las exigencias formativas —a partir de 2012— no redundaron en una mayor inserción laboral ni animaron a la contratación en puestos u ocupaciones con niveles de especialización mayores. Los años 2013 a

11 Secretaría Confederal de Empleo y Cualificación Profesional de CC. OO. (2021). Vid Informe en: <https://www.ccoo.es/937e072884b16d6483223bf2190ea5a0000001.pdf>

2015, de mayor flexibilización de las condiciones formativas, tuvieron las tasas más bajas de inserción laboral de todo el periodo (en torno al 2%).

Está, así pues, claro que los datos expuestos y estos condicionantes referidos al tamaño de la empresa y la escasa conversión en indefinidos, hacen difícil albergar esperanzas sobre un uso más extendido de estas modalidades contractuales de inserción en el mercado de trabajo de jóvenes desempleados. Ni las flexibilizaciones en los elementos centrales del mismo introducidas a lo largo de los años ni los incentivos en términos de bonificaciones establecidos han dado como resultado un uso extendido de estas modalidades, convirtiéndolas en residuales.

III. Inmigración y cuestiones de interés laboral en materia de extranjería

Novedades en materia de extranjería: el RD 629/2022, de 26 de julio y el acceso al empleo de los nacionales de terceros estados

Ángeles Ceinos Suárez

Profesora Titular del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo

Sumario

I. Aspectos clave de la reforma desde una perspectiva laboral, 274 II. Vías de acceso hacia la regularidad administrativa: las diferentes modalidades de arraigo, 280
2.1 El arraigo laboral, 280 2.2 Arraigo Social, 282 2.3 Arraigo Familiar, 284
2.4 El arraigo para la formación, 287 III. El procedimiento general: la importancia del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, 292 IV. La gestión colectiva de contrataciones en origen, 294 V. Novedades en la transición de la situación de estancia por estudios, formación o prácticas a la situación de residencia y trabajo, 301
VI. El trabajo por cuenta propia: favorecimiento del autoempleo, 302 VII. Reflexión final, 305

I. Aspectos clave de la reforma desde una perspectiva laboral

La reforma en materia de extranjería que se llevó a cabo a través del RD 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento, que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (REX, en adelante), se aprobó por diferentes razones si bien destacan en esta ocasión las que tienen que ver con los desajustes de nuestro mercado de trabajo, en particular los relacionados con la falta de mano de obra en varios sectores de actividad, difícil situación que ya no se limita al sector agrario o al de cuidados, como ocurrió por otras razones vinculadas a la situación sanitaria durante los años 2020 y 2021¹.

1 En los últimos años hemos podido comprobar como la situación epidemiológica que ocasionó la crisis sanitaria impuso la necesidad de adoptar medidas que alteraron las condiciones sociales, económicas y productivas, pues además de una intensa reducción de actividad se produjo una disminución acusada de mano de obra en determinados sectores, entre los que hay que mencionar el agrario. La preocupación desde los sectores agrícolas en aquel momento era la imposibilidad de atender de manera correcta la demanda de trabajadores agrarios, situación que requería tomar decisiones con rapidez, pues gran parte de las necesidades de mano de obra se localizaban en torno a los cultivos estacionales de temporada. Para responder a dicha situación se aprobó el Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptaron con carácter de urgencia ciertas medidas en materia de empleo agrario (las medidas de flexibilización que se previeron en esta norma tenían una vigencia limitada inicialmente hasta el 30 de junio del 2020, aunque fueron posteriormente prorrogadas hasta el 30 de septiembre), cuyo principal objetivo era favorecer la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario. Para ello se autorizó la compatibilidad de la retribución percibida por la actividad laboral en dicho sector con diferentes subsidios o prestaciones de seguridad social y entre los diferentes colectivos de trabajadores que podían beneficiarse de esta medida se encontraban los trabajadores migrantes cuya autorización de trabajo hubiera caducado, inicialmente antes del 1 de julio del 2020 y, posteriormente, antes del 1 de octubre del 2020. Asimismo, pudieron acogerse a esta medida los extranjeros en situación regular de entre 18 y 21 años (o que hubieran cumplido 22 años mientras desarrollaban su actividad en el sector agrario al amparo del real Decreto Ley 13/2020), quienes a partir del 1 de julio del 2020 tenían un mes para solicitar una autorización de residencia y trabajo de nueva creación, regulada por la disposición adicional 2.º 1 del Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptaron medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Dicha autorización tenía una vigencia de dos años,

Esta afirmación no se apoya en una intuición. Se trata de la motivación declarada en la exposición de motivos del REX para justificar una nueva reforma en la materia. Al margen de la importancia de una política migratoria eficaz, considerada un activo de gran relevancia a la hora de maximizar el impacto positivo y los efectos de la movilidad humana internacional en economías interdependientes, lo que se persigue con esta reforma es «hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra». Y la pregunta que cabe hacerse es cómo se pretende alcanzar este objetivo, pues parece obvio que se requiere algo más que una política migratoria eficaz, se requiere una actuación coordinada en el marco de otras políticas, principalmente las que se encuentran en relación con la formación y el empleo, así como aquellas otras que coadyuvan a una mejora de las condiciones de trabajo.

Centrándonos específicamente en cuestiones migratorias, hay que decir que la exposición de motivos del REX también lleva a cabo cierta crítica de algunos aspectos de la regulación existente. En concreto, se afirma que el modelo migratorio español presenta una carencia clara de agilidad a la hora de dar respuesta a los retos del mercado laboral lo que conlleva importantes ineficiencias, que dan pie a prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión. Este panorama impulsa la propuesta de cambios para dar respuesta a las posibles ineficiencias, de ahí que la mayor parte del contenido de esta norma esté conectado con la inmigración laboral en el marco del contexto europeo en el que de un lado la Comisión Europea ha desarrollado el Pacto por las Capacidades, que requiere impulsar a escala europea una política migratoria regular orientada a reducir la carencia de determinadas capacidades; y de otro, los Estados Miembros en tanto que ostentan la facultad de decidir el número de nacionales de terceros países que admiten, están incorporando excepciones en su normativa para facilitar la entrada de trabajadores extranjeros y hacer frente a la necesidad de cobertura de determinados puestos de trabajo. Así pues, estamos, sin lugar

renovable por otros dos y tenía validez en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por ocupación o sector de actividad y sin aplicación de la situación nacional de empleo.

a dudas, ante una reforma de la normativa de extranjería realizada en clave de «acceso al empleo», que repercutirá en el ámbito de lo laboral en tanto que el objetivo que se persigue es facilitar la entrada en el país de aquellas personas dispuestas a dedicarse a ciertas actividades y a ocupar los puestos de trabajo para los que nuestro mercado de trabajo, ya sea por unas razones u otras, no dispone de mano de obra².

Sin perjuicio del análisis más detallado que llevaremos a cabo en los siguientes epígrafes, merece la pena en este punto poner de manifiesto también cuáles son los aspectos de contenido laboral que se han abordado en esta reforma y que, podemos adelantar, conforman la mayor parte de dicha actuación. Como se sabe, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX, en adelante) condiciona el ejercicio de un importante elenco de derechos de los nacionales de terceros estados a su situación administrativa. En particular y en relación con el derecho al trabajo el art. 10 LOEX establece que «los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». El precepto transcrito reconoce la posibilidad de trabajar ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia a quienes residan en el país, residencia que ha de ser regular. Así pues, una primera aproximación a la LOEX permitiría concluir que para poder trabajar es necesario contar con una autorización de trabajo, pero esta afirmación ha de ser matizada. En primer lugar, porque la LOEX prevé autorizaciones diferentes a las de trabajo que en determinadas circunstancias también autorizan a trabajar, pese a no ser esa su función principal; y en segundo lugar, porque la prestación de servicios al margen de la tenencia de cualquier tipo de autorización es una realidad que coloca a la persona que presta dichos servicios en una situación de irregularidad administrativa que tiene importantes consecuencias tanto para quien trabaja

2 Asimismo, es objetivo del REX adecuar los tipos de autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

como para quien emplea y que va aparejada del reconocimiento de ciertos derechos para quien presta servicios.

Así pues, se puede deducir con facilidad que en materia de trabajo de extranjeros dos realidades conviven de manera paralela: la de quienes trabajan en el marco de la regularidad administrativa y la de quienes lo hacen al margen de ella. La reforma del REX incide sobre estas dos realidades, de modo que, por una parte, en el plano de la regularidad administrativa se adaptan las diferentes modalidades de autorizaciones a la reforma laboral llevada a cabo a finales del pasado año; y por otra, en el de la irregularidad administrativa, como tendremos ocasión de comprobar con detalle, se introducen cambios de cierto calado respecto de algunas autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo que permitirán acceder a la regularización individual. Asimismo, como también tendremos ocasión de ver, se produjo una interesante novedad en el ordenamiento jurídico consistente en la regulación de una nueva modalidad de autorización de residencia temporal por razones de arraigo vinculada a la formación.

Como se sabe, al referirnos al trabajo de los extranjeros en España, una de las nociones clave a tener en cuenta es la de la situación nacional de empleo. La LOEX hace referencia a ella a lo largo de su articulado en diferentes ocasiones, todas ellas vinculadas a la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo. En particular, el art. 38 LOEX condiciona la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena a la situación nacional de empleo. También se hace referencia a ello en el art. 38 ter LOEX en el que se regula la autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, así como en los preceptos en los que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen, tal y como se pone de manifiesto en el art. 39 LOEX. Por último, el art. 40 LOEX prevé una serie de supuestos específicos «de exención de la situación nacional de empleo» relacionados con determinadas situaciones o con la ocupación de ciertos puestos de trabajo o el desarrollo de ciertos tipos de actividad.

Uno de los objetivos de la reforma vinculado directamente al mercado de trabajo es la modificación del procedimiento a seguir a la hora de concretar la situación nacional de empleo y respecto del cual desde 2005 se viene empleando el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura (CODC, en adelante) un instrumento diseñado para agilizar la gestión de

los flujos de inmigración laboral, pero que, en cambio, no parece ajustarse a las necesidades del mercado de trabajo³. A este respecto se considera que en estos momentos el CODC no refleja de manera adecuada las necesidades de las empresas lo que obliga a acudir a procedimientos administrativos complejos, que, en última instancia, desincentivan la llegada de trabajadores por vías regulares, lo que a juicio de quienes han promovido la reforma del REX supone un «impulso hacia el florecimiento de la economía sumergida con el tránsito a la misma de personas que acceden al mercado laboral a través de figuras colaterales como la de solicitud de protección internacional». Se pretende, por tanto, acabar o al menos reducir la situación que se está produciendo en estos momentos al encontrarnos, por una parte, con necesidades de mano de obra que el mercado de trabajo no alcanza a cubrir y por otra con la existencia de personas en situación irregular que desean trabajar y que, como se indica en la exposición de motivos del REX, «se ven obligadas a acudir a las denominadas autorizaciones de residencia por circunstancia excepcionales y, más en concreto, a los denominados arraigos laboral y social» para regularizar su situación administrativa y acceder al mercado de trabajo.

No debe perderse de vista que son tres los elementos que concurren en esta ecuación. En primer lugar, hay personas extranjeras en situación irregular, en segundo lugar hay puestos de trabajo vacantes y en tercer lugar hay un importante número de personas en situación legal de desempleo, lo que nos obliga a preguntarnos cuáles son las verdaderas razones de dicho

3 El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, condicionaba la concesión de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de los trabajadores extranjeros no residentes en España, a que la situación nacional de empleo permitiera la contratación de dichos trabajadores, entendiéndose que dicha situación permitiría la contratación de trabajadores extranjeros no residentes en España cuando no existieran en el mercado de trabajo demandantes de empleo adecuados y disponibles para cubrir las necesidades de los empleadores (art. 50.a)). Con el fin de concretar la definición del término situación nacional de empleo en dicho precepto se incluyó un instrumento para su determinación denominado catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, que a partir de ese momento se vino elaborando cada tres meses por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. Este instrumento opera de tal forma que la inclusión de una ocupación en dicho Catálogo lleva aparejada la calificación de «difícil cobertura».

desajuste que, como ya se ha dicho, no puede ser analizado únicamente desde un enfoque de política migratoria, sino desde uno más amplio, cuál es la política de empleo y las disfunciones del mercado de trabajo que están claramente conectadas también con las políticas educativas y de formación para el empleo.

Otra de las líneas de actuación en esta reforma ha sido ampliar la posibilidad de que los estudiantes extranjeros trabajen durante más horas con la autorización que les permite estudiar en el país. 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 traspuso en España preservando la premisa de que la actividad primordial de un estudiante extranjero era la formativa. La reforma del REX a este respecto se traduce en emplear el margen de discrecionalidad que la mencionada Directiva ofrece e incrementar las posibilidades de compatibilizar trabajo y estudio. El art. 24 de la Directiva establece que «al margen del tiempo de estudio, y cumpliendo las normas y requisitos aplicables a la actividad correspondiente en el Estado miembro de que se trate, los estudiantes tendrán derecho a trabajar por cuenta ajena y podrán tener derecho a ejercer una actividad económica por cuenta propia con las limitaciones contempladas en el apartado tercero», según el cual «cada Estado miembro fijará el número máximo de horas semanales o de días o meses anuales que se permitan para dicha actividad, que no será inferior a quince horas semanales, o su equivalente en días o meses al año». Lo que prevé el nuevo Reglamento es que respetando dicha previsión los titulares de una autorización de estancia por estudios, formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado puedan desarrollar una actividad laboral al amparo de la autorización de estudios y siempre que no superen las 30 horas semanales de trabajo (art. 42.2 REX).

En relación con el acceso a las autorizaciones que permitan desarrollar un trabajo por cuenta ajena hay que tener en cuenta que se han introducido ciertas modificaciones en la regulación de la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral (art. 124.1 REX), así como en la autorización de residencia temporal por razones de arraigo social (art. 124.2 REX) y, por último, también se ha incorporado al ordenamiento

jurídico un nuevo tipo de autorización por arraigo, en este caso, para la formación (art. 124.4 REX). Todos estos tipos de autorización habilitan en la mayoría de los casos para trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia bajo ciertas condiciones y su obtención se consigue tras acreditar ciertos periodos de permanencia irregular, ya sea total o parcialmente, y continuada en el país.

Finalmente, por lo que aquí interesa, también se han introducido modificaciones relativas al desarrollo de actividades por cuenta propia al considerarse necesaria una reforma en este punto porque, tal y como se indica en el propio reglamento, «la normativa reglamentaria actual no facilita el emprendimiento por parte de personas extranjeras; especialmente con carácter inicial», pues la exigencia de una gran inversión como requisito previo para desarrollar actividades de emprendimiento dejaba de lado la figura del emprendedor individual. A partir de ahora se dulcifica la exigencia de requisitos para facilitar el autoempleo.

II. Vías de acceso hacia la regularidad administrativa: las diferentes modalidades de arraigo

2.1 El arraigo laboral

Una de las vías de acceso hacia la regularidad administrativa que ha experimentado un cambio importante tras la reforma del REX es la que se conoce como arraigo laboral. Antes de dicha reforma podían obtener una autorización por arraigo laboral los extranjeros que acreditaran la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, careciesen de antecedentes penales y demostrasen haber trabajado por cuenta ajena durante al menos seis meses. La acreditación de esa situación llevaba aparejada la presentación de una resolución judicial que reconociera la existencia de dicha relación o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de trabajo que la acreditase. Por tanto, se trataba de una situación de la que se predicaba la irregularidad tanto de la situación administrativa en el momento en el que se presentaba la solicitud como durante el desarrollo de la relación

laboral que se hubiera entablado y que debía prologarse al menos 6 meses en un período de dos años. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en su sentencia de 25 de marzo de 2021 (núm. rec. 1602/2020) en un asunto relativo a la solicitud de una autorización por arraigo laboral había establecido como criterio a tener en cuenta que la existencia de la relación laboral y de su duración podían acreditarse a través de cualquier medio de prueba válido, no solo a través de los dos mencionados «incluido el certificado de vida laboral que acredite una relación laboral derivada de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia». De esta sentencia se deduce con claridad que teniendo en cuenta la regulación vigente en aquel momento la vía de la regularización por arraigo laboral quedaba expedita para quienes hubieran trabajado durante al menos seis meses con independencia de que lo hubieran hecho de manera regular o irregular, siendo diferentes, en consecuencia, los medios susceptibles de ser utilizados para probar su existencia. Lo importante para el TS es que la situación administrativa en el momento de la solicitud fuera irregular.

Es claro que la interpretación realizada por el TS flexibilizaba la posibilidad de emplear esta vía de regularización. Línea en la que no se sitúa la reforma del REX, que de manera incomprensible se apoya en esta jurisprudencia para introducir una nueva regulación que claramente no está en la línea de la sentencia o al menos no se puede justificar por su existencia. El nuevo art. 124.1 REX solo permite acceder al arraigo laboral a quienes demuestren haber prestado servicios durante al menos seis meses de manera regular, ya sea al amparo de «una situación legal de estancia o de residencia» y no solo eso, sino que además se exige que dicha prestación presente ciertas características. En concreto, si nos referimos a trabajo por cuenta ajena ha de tratarse de una actividad como mínimo de una jornada de 30 horas semanales en el periodo de seis meses o de 15 horas semanales en un período de doce meses; y si se trata de trabajo por cuenta propia, ha de ser una actividad continuada de, al menos, seis meses.

Destaca el hecho de que, por fin, haya quedado claro que el arraigo laboral se puede emplear tanto si se ha trabajado por cuenta ajena como si se ha hecho por cuenta propia. Ahora bien, no se puede perder de vista que se ha producido un salto cualitativamente importante desde aquella sentencia del TS que había ampliado la posibilidad de solicitar la autorización por arraigo laboral a quienes estando en una situación

irregular en el momento de la solicitud de la autorización hubieran trabajado de manera regular o irregular, hasta esta nueva regulación según la cual solo cabe acudir al arraigo laboral si se demuestra el desarrollo de una actividad con ciertas características y en todo caso de manera regular. Así pues, aquellas personas que hayan prestado servicios de manera irregular y esa también sea su situación administrativa en el momento de solicitar el arraigo, han de utilizar otra vía de acceso diferente para regularizar su situación, la que ofrece el art. 127.2 REX al que se le ha añadido un nuevo párrafo precisamente para incluir un supuesto que se acerca bastante a lo que antes de la reforma del REX se incluía en el art. 124.1 REX como arraigo laboral y que supone la posibilidad de conceder una autorización de colaboración con la administración laboral competente a quienes acrediten ante la Inspección de Trabajo mediante cualquier medio de prueba (ya no únicamente la sentencia o el acta de la Inspección aunque, como se sabe, el TS ya había matizado esta exigencia y había hecho referencia a la posibilidad de probar la relación mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho) haber estado trabajando en situación irregular durante un período mínimo de seis meses en el último año. Eso sí, por esta vía, no se exige la acreditación de los 2 años de permanencia continuada e irregular en el país que se venía exigiendo anteriormente. Por otra parte, merece la pena destacar respecto de este tipo de autorización que no es concedida por las Oficinas de extranjería, sino por la Dirección General de migraciones, ha de ser solicitada por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral y habilitará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia durante un año.

2.2 Arraigo Social

Otra vía de acceso a la situación de regularidad administrativa y a la posibilidad de trabajar es la obtención de una autorización de residencia temporal por razones de arraigo social. La reforma del REX en este punto flexibiliza las posibilidades de obtener la autorización vinculada a ese tipo de arraigo. Como se sabe, uno de los requisitos que se exigía y se sigue exigiendo para obtener dicha autorización es el de contar con un contrato de trabajo firmado por quien trabaja y por quien emplea. Antes de la última reforma del REX se exigía que dicho contrato tuviera una

duración mínima de un año, pero la nueva redacción del REX sustituye esta exigencia por la de contar con medios suficientes para vivir, aunque ciertamente dicha exigencia no se formula en esos términos, pero en tanto que en estos momentos se exige que el contrato firmado «garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a 30 horas semanales en el cómputo global y siempre garantizando al menos el SMI»⁴ (art. 124.2 REX) resulta obvio que dicha imposición está presente.

Por otra parte, tal y como ya se hacía en la versión anterior del art. 124.2 REX se hacen algunas precisiones respecto de un sector determinado, el agrario, sin bien en estos momentos dichas precisiones no parecen tener demasiado sentido, pues, como ya se ha apuntado, la anterior regulación del arraigo social exigía la presentación de un contrato de duración mínima de un año y en el caso del sector agrario se ofrecía la posibilidad de presentar dos contratos «con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses». En estos momentos se sigue haciendo referencia al sector agrario y se indica que cabe «la presentación de dos o más contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos». Teniendo en cuenta que ya no es preciso la exigencia de un periodo mínimo de duración del contrato no se alcanza a entender cuál es el sentido de esta previsión específica, al igual que ocurre respecto de la regla de la concatenación, que sí lo tenía cuando se exigía una duración mínima de un año y se ofrecía la posibilidad de presentar dos contratos concatenados con una duración mínima de 6 meses cada uno de ellos.

Sí resulta interesante, en cambio, la referencia a la posibilidad de que en los casos en los que se desarrollan actividades en una misma o distinta ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de

⁴ En algunos casos, la exigencia de 30 horas semanales a la que hace referencia la norma puede ser inferior, eso sí, nunca por debajo de las 20 horas y solo cuando se acredita tener menores a cargo o personas que precisen medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Todo ello sin perder de vista que el tope del SMI sigue operando como umbral de ingresos mínimos y entendemos que la norma tal y como está redactada tampoco permite reducir dicho umbral en aplicación de criterios de proporcionalidad (art. 124.2 REX).

un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos. Se trata de una regla de alcance general, que se aplica con independencia del sector de actividad y tiene trascendencia a los efectos de alcanzar el número de horas mínimo exigido por la norma, esto es, una jornada semanal no inferior a 30 horas en el cómputo global a lo que se añade la de garantizar al menos el salario mínimo interprofesional.

El tercer requisito que hay que cumplir y que no ha experimentado ningún cambio es el relativo al parentesco con extranjeros residentes o bien la presentación de un informe de arraigo que acredite la integración social, que justifica la regularización y que ha de ser emitido por la Comunidad Autónoma en la que el extranjero tenga su domicilio habitual⁵. Ciertamente, los requisitos conectados con el informe sobre arraigo no han experimentado apenas cambios, únicamente cabe mencionar la sustitución de la expresión «medios económicos suficientes» por una más concreta: «medios económicos suficientes que supongan, al menos, el 100 % de la cuantía de la renta garantizada del IMV con carácter anual» a los efectos de eximir al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo. Nótese que cuando no se exime de dicho requisito se exige la presentación de un contrato con el que se garantice el SMI o el salario mínimo de convenio y, en cambio, a la hora de acreditar «medios económicos suficientes» que permitan exonerar de la obligación de presentar un contrato de trabajo se identifican con el IMV, cuya cuantía es bastante inferior al SMI.

2.3 Arraigo Familiar

Como se sabe, el art. 124 REX junto a los supuestos de arraigo laboral, social y para la formación, al que nos referiremos en el siguiente apartado

5 El informe de arraigo social debe ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud y en él ha de constar, entre otros factores de arraigo el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales. Simultáneamente y por medios electrónicos, la Comunidad Autónoma deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente (art. 124.2 REX).

de este epígrafe, también regula la posibilidad de obtener una autorización por arraigo familiar. En relación con este supuesto la modificación llevada a cabo por medio del RD 629/2022, de 26 de julio, supone, por una parte, la incorporación al ordenamiento jurídico de un nuevo supuesto en el que determinadas circunstancias excepcionales permiten solicitar una autorización basada en el arraigo familiar y por otra supone el traslado desde el régimen comunitario al régimen general de un supuesto ya conocido y que afecta a ciertos familiares de una persona con nacionalidad española.

En primer lugar, nos referiremos al supuesto en virtud del cual se permite la obtención de una autorización de residencia por arraigo familiar a los padres, madres o tutores de un menor de nacionalidad española, siempre que la persona progenitora o tutora solicitante tenga a cargo al menor y conviva con este o se encuentre al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. Este supuesto junto con el relativo a los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles ya estaba recogido en el art. 124 REX, la novedad que se introduce en este caso es la vigencia de la autorización que se puede conceder si concurren dichas circunstancias, pues en este caso concreto se puede solicitar una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia y que posteriormente permitirá una transición directa hacia la autorización de residencia permanente y, por tanto, al estatuto de residente de larga duración con todo lo que ello supone.

El supuesto verdaderamente novedoso que se incluye ahora en el art. 124 REX encuentra su origen directo en la reciente aprobación de 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 y supone la posibilidad de obtener una autorización por circunstancias excepcionales basadas en el arraigo familiar a quienes presten dicho apoyo a una persona con discapacidad de nacionalidad española, siempre y cuando la persona solicitante de la autorización cumpla dos requisitos⁶. En primer lugar, se exige que la persona con

6 La nueva normativa dispone que la persona con discapacidad podrá necesitar para ciertos actos o negocios, en función de su grado de discapacidad, la asistencia de una persona que le proporcione el apoyo necesario y complementario, pero siempre deberá respetar su

discapacidad esté a su cargo y en segundo lugar que conviva con ella. No se exige parentesco, lo que puede resultar chocante si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un supuesto de arraigo «familiar» y, como se podrá comprobar, en las demás situaciones que se prevén en este apartado, el solicitante es familiar de una persona española con la que existe el arraigo. Ciertamente, podría pensarse que lo habitual es que los apoyos que prevé el art. 250 del Código Civil (medidas de naturaleza voluntaria, guarda de hecho, curatela o defensor judicial) suelen ser llevados a cabo por familiares cuando han sido encomendados a una persona física, pero también es cierto que no siempre es así. En cualquier caso, desde una perspectiva de extranjería, en este caso se podría regularizar la situación de quien lleve a cabo los mencionados apoyos mediante la obtención de una autorización cuya vigencia es de cinco años y habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.

Por último, la otra modificación introducida por el RD 629/2022, de 26 de julio en el art. 124 REX consiste en aplicar el régimen general de extranjería al cónyuge o pareja de hecho acreditada de una persona de

voluntad, deseos y preferencias en la medida en la que pudieran conocerse. El art. 250 del Código Civil establece las siguientes medidas de apoyo: las voluntarias, las informales y las judiciales. Las medidas de apoyo voluntarias son prioritarias a las demás y son aquellas que ordena o dispone la persona con discapacidad. A falta de medidas de apoyo voluntarias puede entrar en funcionamiento la guarda de hecho, que constituye una medida de naturaleza informal, pues no exige nombramiento. Precisamente, este tipo de medida se erige en una figura que va a tener mucha relevancia práctica porque lo habitual es que no se proceda a designar una medida de apoyo existiendo alguien que se esté ocupando materialmente de la persona con discapacidad. En la práctica el guardador de hecho suele ser en la práctica un familiar cercano (los progenitores respecto de los descendientes con discapacidad, los descendientes respecto de los progenitores ancianos con problemas mentales o físicos) que se va a ocupar de la persona con discapacidad sin tener que hacerlo. No se trata de una figura coyuntural, sino que la ley la considera dotada de estabilidad y ha de colaborar con la autoridad judicial si fuera preciso. Incluso si fuera necesario, podría ser dotado de facultades especiales representativas, sobre todo, para determinados actos en cuyo caso deberá solicitarse autorización judicial. Al respecto *Vid.* AA. VV., J.M. RUIZ-RICO RUIZ, A. GÁLVEZ CRIADO y M^a. D. ARIAS DÍAZ (coords.). (2021). *Lecciones de Derecho Civil*, 3.º edic., Tecnos, Madrid, pp. 53 y ss.

nacionalidad española⁷, así como a sus ascendientes mayores de 65 años o menores de esa edad que estén a su cargo y a sus descendientes menores de 21 años o mayores de 21 años a cargo. Esa previsión también se aplica si los ascendientes o los descendientes lo son del cónyuge o la pareja de hecho de una persona española. Hasta el momento a este supuesto se le aplicaba el régimen comunitario, lo que implicaba cumplir una serie de requisitos diferentes a los que se han de cumplir a partir de ahora⁸. Adicionalmente, la nueva regulación permite obtener una autorización que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia durante cinco años en lugar de la tarjeta de familiar de comunitario.

Por último, el supuesto relativo a los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles, previsto en el art. 124.3.c) REX no ha sufrido variaciones, por lo que no podrán optar a una autorización por cinco años que habilite a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia. En este caso, tal y como prevé el art. 130 REX, «la autorización concedida... tendrá una vigencia de un año...».

2.4 El arraigo para la formación

Una figura nueva es la del arraigo para la formación. Su finalidad es doble, pues, por una parte, permite regularizar la situación administrativa de personas extranjeras que, careciendo de antecedentes penales y habiendo permanecido en España de manera continuada durante al menos dos años se comprometan a realizar una actividad

7 Merece la pena destacar que hasta ahora el régimen comunitario se aplicaba, entre otros, a los nacionales de terceros Estados que mantuvieran una unión análoga a la conyugal y estuviera inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo y siempre que no se hubiera cancelado dicha inscripción. En otras palabras, dicho régimen se aplicaba únicamente a las parejas de hecho registradas. Sin embargo, en estos momentos el art. 124.3.b) REX se aplica a las parejas de hecho acreditadas, lo cual abre la posibilidad a todas las parejas de hecho que no estén registradas y que puedan acreditar una unión análoga a la conyugal por medios diferentes a la inscripción en el registro correspondiente.

8 *Vid.* Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

formativa que presente ciertas características. El art. 124. 4.b) REX establece que ha de realizarse una formación reglada para el empleo o una formación dirigida a obtener un certificado de profesionalidad o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promovida por los Servicios Públicos de Empleo y orientada al desempeño de ocupaciones incluidas en el CODC o bien a la realización de cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales en el ámbito de la formación permanente que ofrezcan las universidades.

Se trata, en definitiva, aunque no solo, de dirigir la formación de las personas extranjeras en situación irregular, preferentemente hacia ciertos programas formativos que capaciten para desarrollar aquellas actividades en las que la mano de obra en España escasea. De este modo, se regulariza la situación de personas que ya están en el país, de hecho, han de haber permanecido en España como mínimo dos años y a la vez se persigue dirigir la demanda de formación hacia programas que permitan incrementar la capacidad de empleabilidad de quien recibe la formación.

Como se puede comprobar, el art. 124.4 REX cuenta con un denso párrafo en el que se hace referencia a diferentes tipos de formación de ahí que uno de los objetivos principales de las Instrucciones SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el art. 124 del REX, publicadas por la Dirección General de Migraciones en octubre del mismo año en el que se aprobó la reforma haya sido precisamente aclarar cuál es la tipología de acciones formativas susceptibles de ser cursadas para poder tramitar la solicitud de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo para la formación. En concreto, se distingue la formación reglada perteneciente al Sistema de Formación Profesional⁹, la formación conducente a la obtención de

9 A estos efectos se entiende por formación reglada los Títulos de Formación Profesional, los Cursos de Especialización, los Certificados de Profesionalidad (Certificados Profesionales) y los Certificados de Competencia. Toda la formación de carácter oficial, por tanto, acreditable, está regulada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, y por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de Ordenación e Innovación de la Formación

la certificación de aptitud técnica o la habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica¹⁰, la formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo¹¹, la formación permanente de la Universidad (cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales), la formación ofrecida en el marco de un máster universitario y desde julio de 2023 la formación conducente a la obtención de microcredenciales basadas en experiencias de aprendizaje de corta duración de todos los niveles educativos. Por otra parte, no hay que perder de vista que las Instrucciones aprobadas en 2022 fueron modificadas en julio de 2023 para flexibilizar algunos aspectos

Profesional y debe ser impartida por centros que estén autorizados para la misma y que figuren inscritos en el correspondiente registro de centros autonómicos. A estos efectos se procederá a la comprobación del registro de la entidad que imparta dicha formación en el registro estatal de centros docentes no universitarios y en el registro autonómico (Instrucción primera 1.a) SEM 1/2022).

- 10 A estos efectos, el centro que imparta dicha formación deberá estar acreditado y reconocido por el departamento competente en la materia. A título ejemplificativo, la formación para la obtención del Certificado de Aptitud Profesional para la conducción de vehículos de transporte terrestre deberá ser impartida por centros habilitados por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (Instrucción primera 1.b) SEM 1/2022).
- 11 Esta formación deberá estar incluida en el Catálogo de Especialidades Formativas regulado en la orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, como especialidades formativas o especialidades de itinerario, tener identificadas las ocupaciones y puestos de trabajo relacionados con el contenido formativo de las mismas y tener una duración igual o superior a 200 horas. La impartición de esta formación se llevará a cabo por las entidades de formación inscritas en el Registro Estatal de Entidades de Formación regulado mediante Orden TMS/369/2019, de 28 de marzo. Las acciones formativas dirigidas a estas personas podrán contemplar la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas, vinculadas a dichas acciones formativas, previa suscripción de un acuerdo entre la empresa y la entidad de formación. Para poder participar en este tipo de formación, los solicitantes deberán previamente inscribirse como demandantes de servicios previos al empleo en los Servicios Públicos de Empleo una vez que tengan autorizado el arraigo por formación y dispongan de N.I.E. y sea programada y autorizada la acción formativa a recibir por el servicio público de empleo competente. Al finalizar la formación, los solicitantes que la hayan superado con evaluación positiva recibirán un diploma acreditativo expedido por la Administración Pública competente, en los términos recogidos en el artículo 3 del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio. Se establecerá un sistema de cooperación interadministrativa entre las oficinas de extranjería dependientes del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y los Servicios Públicos de Empleo que garantice la información necesaria a través de consultas (Instrucción primera 1.c) SEM 1/2022).

relacionados con las modalidades formativas con el objetivo de facilitar el acceso a este tipo de arraigo¹².

Se persigue, en definitiva, un compromiso de formación por parte de la persona extranjera que se encuentra en España de manera irregular en alguno de dichos programas. Una vez que se solicite esta autorización y se conceda, el solicitante tiene un plazo máximo de tres meses para aportar la acreditación de la matriculación en dicha formación y, si no se aporta la documentación pertinente, la Oficina de Extranjería podrá extinguir la autorización¹³.

El art. 124.4 REX incluye la referencia a un proceso de transición desde la situación de residencia formativa hacia la situación de residencia y trabajo, pues superada la formación, y, eso sí, durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado puede presentar la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y un empleador en el que se garantice al menos el SMI, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación en el momento de la solicitud. En este caso tampoco tiene trascendencia la modalidad del contrato, sino la garantía de unos ingresos mínimos, que en esta ocasión se objetivan en el SMI o en el salario fijado en el convenio. Tampoco se indica en el REX si el contrato ha de estar conectado con la formación recibida, aunque la lógica de todo este entramado normativo parece dirigirse hacia esta opción interpretativa, extremo que, por otra parte,

12 En mayo de 2023 el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones informaba de que se habían recibido 22.000 solicitudes de arraigo por formación. De esas 22.000 solicitudes se habían otorgado 12.000 y se podía observar que pocas mujeres lo solicitaban. Por esa razón se consideró oportuno flexibilizar los requisitos y adaptarlos a las necesidades familiares y en concreto se adoptaron tres medidas: en primer lugar, ya no se exige una duración mínima de 200 horas para los cursos; en segundo lugar, se reduce la presencialidad; y en tercer lugar se permite emplear sistemas de formación híbrida (Instrucción primera SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el art. 124 del Reglamento de extranjería, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril).

13 En los casos en los que la matriculación esté supeditada a períodos concretos de matriculación, se deberá remitir a la oficina de Extranjería prueba de la matrícula en un período máximo de tres meses desde la finalización de dicho plazo (art. 124. 4.b) REX).

ha sido posteriormente confirmado en la Instrucción Tercera. SEM 1/2022. Confirmación que va a acompañada de alguna exigencia adicional que no parecer tener soporte normativo en el REX, lo que hace dudar de su legalidad. En concreto, en relación con el tipo de contrato la Instrucción tercera mencionada regula de manera conjunta una serie de requisitos para las figuras de arraigo social y arraigo para la formación y, en particular, se afirma que «a efectos de presentación de un contrato de trabajo en las autorizaciones de arraigo social y arraigo para la formación se podrá aceptar cualquier modalidad contractual prevista en la normativa laboral siempre que se acredite la percepción del Salario Mínimo Interprofesional en cómputo global anual». Del mismo modo, también se podrán admitir contratos fijos, discontinuos o de naturaleza temporal, siempre que se cumpla el requisito de Salario Mínimo Interprofesional en cómputo global anual y el requisito de horas semanales previsto en el artículo 124.2 REX. Nótese que esta exigencia de horas no está prevista en la regulación reglamentaria del arraigo para la formación y se está imponiendo por medio de una Instrucción, lo que supone ir más allá de una mera aclaración interpretativa.

Quienes cumplan los requisitos mencionados obtendrán una autorización de dos años. Asimismo, teniendo en cuenta que la obtención de la autorización se vincula a la presentación de un contrato de trabajo, se puede inferir que el trabajo por cuenta propia no está amparado por esta autorización. Por otra parte, y debido a la propia naturaleza excepcional de la figura de arraigo para la formación, parece imposible que una misma persona sea titular de una autorización obtenida por esta vía más de una vez en un periodo de tres años. Por último, finalizado el período de vigencia de la autorización, que es de dos años, sería posible su modificación a través del procedimiento establecido en el art. 202 REX (precepto que no ha sido modificado) para obtener una autorización de residencia y trabajo inicial de 1 año, que posteriormente se renovarían por otros 4.

III. El procedimiento general: la importancia del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura

Con carácter general, la obtención de una autorización de residencia y trabajo en el marco de lo que comúnmente se conoce como procedimiento general depende de la situación nacional de empleo. A los efectos de determinar dicha situación, desde 2005 se emplea la información que reúne el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE, en adelante), de acuerdo con la que le proporcionan los servicios públicos de empleo autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita, en el CODC, que se publica cada tres meses y permite agilizar la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo, pues si la autorización se solicita para desarrollar alguna de las actividades publicadas en el Catálogo será suficiente acreditar dicho extremo para continuar la tramitación de la autorización.

Publicado el CODC correspondiente al primer trimestre del año 2023¹⁴ (el primero tras la reforma del REX) merece la pena destacar las novedades incorporadas por el RD 629/2022, de 26 de julio, respecto de su

14 En el BOE del 1 de marzo de 2023 se publicó el CODC correspondiente al primer trimestre del año 2023 aprobado por Resolución de 22 de febrero de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal. En este Catálogo se seguía haciendo referencia al mismo tipo de actividades que aparecían en el anterior. Así, no se incorporaron actividades a las que tanto desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones como desde el de Transportes se había hecho referencia y respecto de las cuales se había afirmado su inmediata incorporación. A este respecto, a finales de octubre de 2022 algunos medios de comunicación recogían los siguientes titulares: «el Ejecutivo promueve, contra el criterio de los sindicatos, que las empresas importen contingentes de trabajadores de la construcción. Las empresas españolas tendrán más fácil que nunca la contratación de trabajadores de la construcción en el extranjero. A partir del lunes, el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, una lista que recoge el perfil de profesionales que, en teoría, no hay en España para poder ficharlos en otros países, se ampliará con 31 oficios, todos relacionados con la construcción» (El país 28-10-2022). Hay que recordar que dicho Catálogo nunca se publicó. Y, por otra parte, también hay que señalar que esta posibilidad no parecía contar con el beneplácito de los sindicatos, tal y como también se refleja en la prensa en esas mismas fechas: «España contratará a extranjeros para oficios relacionados con la construcción. Sindicatos rechazan la propuesta del Gobierno de ampliar el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, que recoge el perfil de los profesionales que no hay en España para poder contratarlos en otros países» (Vozpopuli 28-10-2022).

elaboración. En primer lugar, se suprimió el párrafo sexto del apartado uno del art. 65 REX, que establecía lo siguiente: «podrán no ser incluidas en Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo» y cuya existencia parecía justificar el desajuste existente entre el contenido del CODC y las necesidades reales del mercado de trabajo¹⁵. En segundo lugar, destaca la novedosa posibilidad de incorporar de manera automática las ocupaciones pertenecientes a aquellos sectores económicos que se determinen por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y, en fin, otra novedad interesante es la referencia al hecho de incluir el grado de especialización requerido para el desempeño de la actividad susceptible de ser incluida en el CODC. Ciertamente, hubo que esperar hasta agosto de 2023 para encontrar un CODC que incluyese, junto a las ocupaciones vinculadas al deporte profesional o al sector naval, que se venían incorporando durante años, otro tipo de ocupaciones vinculadas al sector de la construcción¹⁶.

Por otra parte, al margen del CODC, resultan de interés dos novedades que también están vinculadas al procedimiento que se sigue en el régimen general para acreditar si la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura. En estos casos el empleador ha de acreditar ante la Oficina de Extranjería la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores

15 Precisamente, la supresión de este párrafo haría posible que el CODC incorporase muchas más actividades que las relacionadas con la marina mercante y el deporte profesional a las que se vienen refiriendo los Catálogos de manera exclusiva en los últimos años.

16 En el CODC para el último trimestre de 2023 y para el primero de 2024 se incluyen para todas las provincias las siguientes ocupaciones: montadores de carpintería metálica, aluminio y PVC, instaladores electricistas de edificios y viviendas, instaladores electricistas, en general, conductores-operadores de grúa en camión, conductores-operadores de grúa fija, en general, conductores-operadores de grúa móvil (Resolución de 11 de agosto de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el tercer trimestre de 2023 y Resolución de 22 de diciembre de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el primer trimestre de 2024).

ya incorporados en el mercado laboral interno, para lo que dispone de una serie de plazos que el RD 629/2022, de 26 de julio ha reducido considerablemente¹⁷, pero, no solo eso, pues a partir de ahora la Oficina de Extranjería tendrá en consideración junto con el informe presentado por los servicios públicos de empleo el nivel de urgencia de la contratación susceptible de ser acreditado por la empresa.

Por último, una novedad importante en relación con el procedimiento general de obtención de autorizaciones de residencia y trabajo es que dichas autorizaciones tendrán, como ocurría anteriormente, una vigencia inicial de un año, pero la renovación será por cuatro años, de modo que se pone fin a las renovaciones intermedias que había que realizar cada dos años antes de alcanzar la residencia de larga duración, situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles (art. 32 LOEX).

IV. La gestión colectiva de contrataciones en origen

De acuerdo con el art. 39 LOEX «el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones puede aprobar, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, a los que solo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España». Se trata de una vía de acceso al empleo ya conocida en nuestro ordenamiento jurídico desde los años 90 del pasado siglo¹⁸, que presenta ciertas particularidades

17 En particular, el plazo para realizar la publicidad de la oferta pasa de 15 a 8 días; la espera del empleador para conocer el resultado de la gestión de la oferta pasa de 25 a 8 días y por último el plazo que tiene los servicios públicos de empleo para certificar la insuficiencia de mano de obra pasa de 5 a 3 días (art. 65.2 REX).

18 El antecedente inmediato de esta fórmula lo encontramos en el denominado «sistema de contingente» también conocido como sistema de «cupos» que para algunos autores es «una verdadera técnica de normalización organizada de flujos migratorios». Así lo afirma C. MOLINA NAVARRETE, en AA. CC., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería*

y que ha de diferenciarse de manera clara de los supuestos analizados en el epígrafe anterior.

El sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen (GECO, en adelante) es una forma de encauzar los flujos migratorios de carácter laboral. Se trata además de una vía dirigida únicamente a la tramitación de autorizaciones administrativas para trabajar por cuenta ajena y supeditada en todo caso a los datos que arroje la situación nacional de empleo. En otras palabras, es «un conjunto de procedimientos administrativos dirigidos a la tramitación y concesión simultánea de una pluralidad de autorizaciones de residencia y trabajo, presentadas por uno o varios empleadores respecto de extranjeros que no se hallan ni residen

e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001), Comares, Granada, 2001, p. 610. En efecto el origen de esta fórmula de planificación de los flujos migratorios laborales lo encontramos en 1991, cuando una proposición no de ley relativa a la situación de los extranjeros en España indicaba que era preciso organizar los flujos migratorios en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad española. En 1993 en cumplimiento del apartado primero de dicha Proposición no de ley, el Consejo de Ministros aprobó por primera vez en España un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros y a partir de esa fecha cada año se fueron aprobando los correspondientes Acuerdos del Consejo de Ministros para fijar el número de autorizaciones que iban a ser concedidas. No será hasta el año 2000 cuando se recoge expresamente en la LOEX esta fórmula de planificación. En su versión primigenia el art. 37 LOEX, bajo la denominación «el contingente de autorizaciones», establecía que: «el Gobierno, previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente un contingente de mano de obra en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España, con indicación de los sectores y actividades profesionales». Con la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/200, de 22 de diciembre, el art. 37 LOEX pasó a ser el 39 y mantuvo su denominación hasta 2009, momento en el que la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, la sustituyó por la de «gestión colectiva de contrataciones en origen». A través de estas modificaciones normativas, así como de la que tuvo lugar en 2003 a través de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, se fue desarrollando la regulación normativa de este procedimiento, que se complementa con lo establecido en los artículos 167, 168 y 169 del REX y con un instrumento especialmente importante como es la Orden Ministerial que concreta lo establecido en la LOEX y el REX en cifras, sectores de actividad e incluso lugares de procedencia.

en España, orientado exclusivamente a la migración con fines laborales»¹⁹. La selección de las personas extranjeras que van a acceder a un empleo por esta vía se realizará en el país de origen, teniendo en cuenta las ofertas presentadas por los empleadores.

El RD 629/2022, de 26 de julio, también introdujo novedades en esta vía de entrada al mercado de trabajo nacional. En concreto, tres artículos del REX, el 167, el 168, el 169 y el 170, fueron objeto de modificación. Con ello se persigue, tal y como se indica en su exposición de motivos «una mejora en los procedimientos de la gestión de contrataciones en origen y de la migración circular, fidelizando a aquellas personas que cumplan con todos los compromisos adquiridos, especialmente el de retorno» para lo cual se han introducido cambios que afectan, entre otros aspectos, a la elaboración de la previsión anual de la gestión colectiva de contrataciones en origen, al posible contenido de la norma y también a algunas cuestiones relacionadas con ciertas especialidades de los procedimientos por medio de los cuales se obtienen las autorizaciones.

El art. 167 REX fue modificado para incorporar expresamente la posibilidad de prever en la orden anual por la que se establece la contratación en origen tres figuras que corresponden a proyectos migratorios claramente diferenciados. En primer lugar, la migración de carácter estable²⁰, en segundo lugar, la migración circular²¹ y, por

19 Así se definía el sistema de Gestión colectiva de contrataciones en origen en la Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre (BOE 30-12-2021), por la que se regulaba dicha gestión para el 2022.

20 En la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2023 se define por migración de carácter estable «la contratación de trabajadores en origen de forma colectiva mediante la gestión simultánea de sus autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena para atender a la cobertura de puestos estables que no deban ser objeto de contratos fijos-discontinuos. Estas autorizaciones se concederán en los términos establecidos en el artículo 64 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su tramitación se realizará de forma colectiva, y se basará en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones» (art. 1.a).

21 En la Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2024, como ya hiciera para el 2023 la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre, se define por migración de carácter circular «la concesión de autorizaciones de trabajo de cuatro años de duración, que habilitan a trabajar por un periodo máximo de nueve meses al año en un único sector laboral, basadas en una contratación fijo-discontinua,

último, la migración cuyo objetivo es la búsqueda de empleo. Destacan las previsiones relativas a las autorizaciones susceptibles de ser obtenidas en el marco de un proyecto de migración circular por su novedad, no olvidemos que los otros dos supuestos ya eran conocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que se refiere a la migración circular, el art. 167.3 REX establece que las autorizaciones de trabajo previstas en la contratación colectiva en origen para esta modalidad de migración tendrán una duración de cuatro años y habilitarán para trabajar por un período máximo de nueve meses en un año y en un único sector laboral²² y en principio para un único empleador, sin perjuicio de las especificidades que pueda establecer la orden anual que regula la gestión colectiva de contrataciones en origen en relación con los requisitos de las concatenaciones entre provincias y cambios de empleador²³. En todo caso, la autorización susceptible de ser obtenida queda condicionada al cumplimiento del compromiso de retorno y al mantenimiento de las condiciones que justificaron su concesión.

Por lo que se refiere a la modalidad contractual a utilizar, es claro que la opción óptima es la del contrato fijo discontinuo. Transcurridos los cuatro

para atender a la cobertura de puestos con naturaleza estacional, de temporada o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos» (art.1.b).

22 La duración máxima establecida en la norma se ajusta a las previsiones de la Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del 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, según la cual: «los Estados miembros establecerán un período máximo de estancia de los trabajadores temporeros que no será inferior a cinco meses ni superior a nueve meses dentro de cualquier período de 12 meses. Transcurrido dicho período, el nacional de un tercer país abandonará el territorio del Estado miembro de que se trate, a no ser que este le haya expedido un permiso de residencia de acuerdo con el Derecho nacional o de la Unión para fines distintos del trabajo de temporada» (art. 14).

23 A este respecto, el art. 7 de la Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2024 prevé la posibilidad de que la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente por razón del lugar donde se vaya a iniciar la actividad laboral, autorice el cambio de empleados y el ámbito geográfico, no pudiendo modificarse en ningún caso la ocupación y el sector de actividad. Dicho cambio puede realizarse a solicitud de la persona que trabaja o de un nuevo empleador y con la conformidad de los trabajadores afectados, previa valoración de la justificación de la necesidad sobrevenida del cambio y del cumplimiento por parte del nuevo empleador de los requisitos que le hubieran sido exigidos de haber sido él el solicitante inicial.

años de vigencia de la autorización cabe su prórroga por iguales períodos de tiempo, siempre y cuando se sigan cumpliendo las condiciones que dieron lugar a su concesión. Además, y de manera alternativa, aquellos trabajadores que acrediten haber cumplido con el compromiso de retorno durante la vigencia de la autorización de trabajo podrán solicitar en el período de seis meses desde la finalización de dicha autorización una de residencia y trabajo, que tendrá una duración de dos años prorrogables por otros dos y que autorizará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.

Nos encontramos aquí con una vía abierta a que quien quiera emigrar pueda diseñar su proyecto migratorio. La migración circular es una solución adecuada para conciliar los intereses de quien quiere encontrar una oportunidad de trabajo en otro país, en este caso España, pero no quiere abandonar el suyo, así como para quien quiere acceder al mercado de trabajo español con el fin de poner en marcha posteriormente un proyecto migratorio definitivo que implique el abandono del país de origen.

La regulación de la gestión colectiva de contratación en origen se completa con la aprobación de la propuesta de previsión anual de puestos de trabajo, por ocupación laboral, que corresponde a la Secretaria de Estado de Migraciones, tal y como se establece en el art. 168 REX. Respecto a la elaboración de dicha previsión anual, no ha habido cambios notables en el REX salvo los relativos a la denominación de los órganos competentes para su elaboración. Sí destacan, en cambio, algunas novedades relacionadas con ciertas especialidades de los procedimientos a seguir en este caso. En concreto, en el art. 170. 1 REX se incluyen nuevos requisitos a tener en cuenta a la hora de obtener las autorizaciones en el marco de la gestión colectiva de contrataciones en origen. En particular, se reitera la obligación del trabajador extranjero de cumplir con el compromiso de retorno a su país de origen «en los términos previstos por el contrato fijo-discontinuo y en la vigencia de su visado, y la notificación de dicho retorno en los términos previstos en la Orden anual». Mención especial merece la referencia en este punto al contrato fijo-discontinuo, pues, en coherencia con la reforma laboral llevada a cabo a finales de 2021, parece que la modalidad contractual susceptible de ser utilizada en los casos de migración circular es la de fijo-discontinuo y el tenor literal de la norma no parece dejar más alternativa.

Por otra parte, y en la línea de lo que establecía el derogado art. 99.3. a) REX en relación con los requisitos para obtener la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, cuya supresión entró en vigor el 27 de julio de 2023²⁴, se impone al empleador la obligación de proporcionar al trabajador un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor y siempre que quede garantizada, en todo caso, la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento en los términos previstos en la Orden anual (art. 170.1. 3 REX)²⁵. Por último, también se impone al empleador, entre otras, la obligación de organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen y la asunción, como mínimo, del coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar de alojamiento, así como las actuaciones diligentes para garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen (art. 170.1.4. REX). En cuanto a la información relativa a los contratos de trabajo el art. 170.2 impone al empleador la obligación de incorporar en los contratos, al menos, los aspectos previstos en el Estatuto de los Trabajadores en materia de información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, así como una previsión del salario neto que percibirá el trabajador²⁶.

24 El artículo único 8 del RD 629/2022, de 26 de julio, suprime el capítulo VI, que comprende los arts. 97 a 102, que regulan la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

25 En estos momentos, la Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2024, incluye en su anexo IX las condiciones de habitabilidad de los alojamientos para trabajadores migrantes en la agricultura. En particular se detalla las condiciones generales de habitabilidad, así como las condiciones de las instalaciones y los servicios, los tipos de alojamiento, diferenciando entre vivienda tradicional, módulo-apartamento y unidad-dormitorio, así como las características generales de edificación, estructura, superficie de las dependencias, mobiliario y enseres.

26 En esta línea el art. 3.2.c) de la Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, impone al empleador la obligación de garantizar, antes del inicio del contrato, que el trabajador dispone de información clara y en un idioma que comprenda acerca de las garantías, derechos, y en su caso, obligaciones contraídas al participar en la gestión colectiva de contrataciones en origen en modalidad circular, sobre los términos y condiciones en los que se producirá su contratación y retribución, incluida la información contenida en la oferta de empleo de que la autorización trae causa, y además deberá resolver todas las dudas que puedan tener los trabajadores antes de iniciar el contrato. Adicionalmente,

Una actuación particular se prevé en el caso en el que se considere oportuno desarrollar cursos de formación en España o en el país de origen para trabajadores que hayan sido seleccionados o preseleccionados en el marco del GECO. Esta posibilidad que ya recogía el REX se ve ampliada por una previsión mucho más específica y dirigida a los casos en los que se esté seleccionando mano de obra en una ocupación que requiera una certificación de aptitud profesional o habilitación específica para el desempeño del trabajo, como ocurre, entre otras, en el sector del transporte. En estos supuestos, la autorización de trabajo estará supeditada a la obtención de dicha certificación, pero con el fin de facilitar su obtención se podrá conceder una autorización de residencia de seis meses para la formación, que, eso sí, no habilitará para trabajar. Una vez obtenida la certificación de aptitud o la habilitación específica y durante la vigencia de la autorización de residencia se deberá presentar la acreditación de haber completado la formación ante el área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno o, en el caso de Subdelegaciones de Gobierno, la Dependencia provincial del área de trabajo e Inmigración, que concederá la autorización de trabajo en las condiciones previstas por el REX. Ahora bien, si no se supera la formación, el trabajador estará obligado a retornar a su país de origen²⁷.

se incluye en la letra f) la obligación de facilitar a los trabajadores el acompañamiento, asistencia e información básicas, especialmente, respecto de las características de su contratación, la actividad a desarrollar, el registro diario de la jornada que permanecerá a disposición de los trabajadores y los derechos y obligaciones de aquellos, facilitando y promoviendo la intervención de la representación legal de los trabajadores o en su caso de las organizaciones sindicales presentes en la Comisión provincial de flujos migratorios, o en su caso, en la Comisión provincial relativa a las campañas agrícolas. Igualmente, se deberá facilitar información y formación específica y actualizada sobre las medidas específicas de prevención que se implanten para hacer frente a las emergencias de tipo sanitario.

27 El art. 17 de la Orden ISM/1417/2023, de 29 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para el 2024, describe con detalle el procedimiento a seguir para obtener una autorización provisional de trabajo supeditada a la obtención de una certificación o habilitación profesional para el ejercicio de una profesión.

V. Novedades en la transición de la situación de estancia por estudios, formación o prácticas a la situación de residencia y trabajo

El art. 199 REX introduce algunas novedades que, sin duda, van a facilitar el acceso al trabajo tras la finalización de ciertas actividades formativas. En particular, las reglas que prevé este precepto se aplican únicamente a tres supuestos. En primer lugar, a los extranjeros que hayan realizado o ampliado estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios. En segundo lugar, a quienes hayan llevado a cabo actividades de investigación o formación y, en tercer lugar, a quienes realicen prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada. Finalizadas dichas actividades, sin necesidad de solicitar un visado, por tanto, sin necesidad de salir del país, cabe solicitar una autorización de residencia y trabajo, que será concedido, tal y como establecía este precepto antes de la reforma, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para ello con carácter general con la única e importante excepción del relativo a la situación nacional de empleo.

Antes de la última reforma experimentada por el REX se exigían dos requisitos además del que se sigue exigiendo actualmente y que, como es natural, se refiere al hecho de haber superado los estudios, la formación o las prácticas con aprovechamiento a quienes tras haber finalizado sus estudios quieran trabajar en el país. Derogadas quedan ahora las exigencias relativas a la permanencia en España durante al menos tres años como titular de una autorización de estancia o al hecho de no haber sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo, españoles o del país de origen. La autorización de residencia y trabajo que, en su caso, se conceda tendrá la consideración de autorización inicial y su eficacia estará condicionada a la posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión.

Por último, se introduce como novedad una previsión específica relativa a los especialistas en ciencias de la salud, respecto de los cuales se abre la puerta a la posibilidad de trabajar mientras se tramita su autorización, lo que constituye una muestra más de las motivaciones a las que responde

esta reforma y que tienen que ver con las dificultades para encontrar mano de obra en el mercado de trabajo español respecto de ciertas actividades. Si en el epígrafe anterior hacíamos referencia a una previsión que parecía responder a las dificultades para encontrar personas que trabajen en el sector del transporte, ahora encontramos una previsión dirigida a cubrir las carencias que presenta el sector sanitario. En particular, el nuevo art. 199.4 REX establece que en los supuestos de los extranjeros que hayan obtenido la resolución favorable para el reconocimiento del título de especialista en Ciencias de la Salud, regulado en el Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se establecen las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea, la autorización de estancia adquirirá el carácter de autorización provisional de residencia y trabajo por cuenta ajena una vez admitida a trámite la solicitud de modificación y hasta que se resuelva el procedimiento. No obstante, si se deniega la modificación, la autorización provisional perderá de manera automática su vigencia «sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso».

VI. El trabajo por cuenta propia: favorecimiento del autoempleo

La reforma del REX llevada a cabo por el RD 629/2022, de 26 de julio, también ha incidido en el régimen de actividades por cuenta propia. Para ello se han modificado los artículos 71, 72, 105 y 109. Las razones por las cuales se ha llevado a cabo dicha modificación, recogidas en la exposición de motivos de la norma reformadora, tienen que ver con el hecho de que a juicio de quien reforma en estos momentos, la normativa reglamentaria no facilitaba el emprendimiento por parte de las personas extranjeras porque a las dificultades de carácter documental se unía el hecho de considerar que el trabajador por cuenta propia únicamente podía estar vinculado a una gran inversión, sin tener en cuenta la figura del emprendedor individual que realiza una inversión mínima acorde con las características de su proyecto laboral y que tiene como objetivo el autoempleo.

Como se sabe en relación con los emprendedores, además de las previsiones que establece la LOEX y el REX en materia de trabajo por cuenta propia, hay que tener en cuenta las que en 2013 incluyó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI, en adelante), que cuenta con un capítulo dedicado específicamente a este colectivo. Esta Ley diseñaba un régimen de extranjería particular para aquellas personas extranjeras que quisieran emprender. Ahora bien, dicho régimen «privilegiado» no se aplica a cualquier tipo de proyecto o iniciativa emprendedora, de hecho, el art. 70 LAEI considera actividad emprendedora únicamente «aquella que presente carácter innovador y un especial interés económico para España». De acuerdo con este precepto, a la hora de conceder la autorización correspondiente a la persona extranjera que quiera emprender se tendrán en cuenta varios criterios, siendo prioritario el de la creación de puestos de trabajo en España y sin perder de vista otros como el perfil profesional del solicitante, su formación y experiencia profesional, así como su implicación en el proyecto. Este régimen, por tanto, no es el que podríamos calificar como general en materia de trabajo por cuenta propia, pues, aunque se aplica a este tipo de trabajo, resulta obvio que presenta unas características muy particulares.

De otra parte, como ya se ha dicho, la LOEX y el REX recogen la posibilidad de trabajar por cuenta propia sin que resulte necesario que la actividad que se va a llevar a cabo presente un «especial interés económico para España», como se exige, en cambio, en el art. 70 LAEI, pero, eso sí, a la hora de conceder una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia el art. 105 REX impone el cumplimiento de una serie de condiciones de diversa índole, destacando, por lo que aquí interesa, las condiciones en materia de trabajo. Varias eran hasta la entrada en vigor del RD 629/2022, de 26 de julio, las condiciones que en materia de trabajo se exigían. En concreto, era y es preciso cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; poseer la cualificación profesional legalmente exigida o la experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera y acreditar la suficiencia de la inversión prevista para la implantación del proyecto y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo. La novedad introducida por el RD 629/2022 consiste en la consideración del

autoempleo a los efectos del requisito de creación de empleo exigido por la normativa, por tanto, la creación de puestos de trabajo sigue teniendo importancia a efectos de obtener una autorización de trabajo por cuenta propia si el proyecto empresarial así lo requiere, pero el hecho de no hacerlo no es impedimento para su obtención.

Por otra parte, resulta especialmente importante a la hora de remover obstáculos para desarrollar una actividad por cuenta propia en el caso de una persona extranjera la supresión de la exigencia establecida en la letra d) del apartado 3 del art. 105 REX, donde se imponía que el extranjero solicitante de la autorización de residencia por cuenta propia contase con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, debiendo realizar su valoración una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad en aquellos casos en los que los recursos acreditados derivasen del ejercicio de la actividad por cuenta propia.

Por último, en cuanto a la vigencia de la autorización de trabajo por cuenta propia, la inicial seguirá teniendo una vigencia de un año, pero la renovada será de cuatro y habilitará para seguir trabajando por cuenta propia y también por cuenta ajena sin que resulte necesario llevar a cabo el procedimiento de modificación de autorizaciones al que hace referencia el art. 203 REX, cuyo apartado segundo parece haber quedado vacío de contenido con la nueva previsión en virtud de la cual toda autorización inicial ya sea de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia puede ser renovada si se cumplen los requisitos que ya venía exigiendo la normativa. Asimismo, tras su renovación se obtendrá una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia y en cualquiera de los dos casos su vigencia será de cuatro años y habilitará para trabajar indistintamente por cuenta ajena o propia (art. 72.1 REX para el trabajo por cuenta ajena y art. 109.7 REX, para el trabajo por cuenta propia). De este modo se trata de alcanzar uno de los objetivos perseguidos con la reforma, cual es facilitar en las renovaciones la máxima compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia «para incentivar el emprendimiento entre las personas migrantes» según establece la propia exposición de motivos del REX.

VII. Reflexión final

Nos encontramos ante una reforma que persigue objetivos ambiciosos teniendo en cuenta además que se trata de la modificación de una norma reglamentaria, que en todo caso está limitada por la vigencia de la LOEX, cuya reforma no parece contemplarse a corto plazo, a diferencia de lo que ocurre con el reglamento, que una vez más será objeto de modificación durante el primer semestre del 2024²⁸. Al margen de las propuestas para el futuro, la reforma objeto de análisis en este trabajo presenta las limitaciones propias del marco reglamentario y su objetivo claro ha sido poner en marcha una serie de mecanismos que presentan un elemento común, cual es facilitar el acceso al empleo y a la formación de nacionales de terceros Estados. Para lograrlo se ha actuado sobre las diferentes vías a través de las cuales se pueden obtener autorizaciones de residencia y/o trabajo, principalmente respecto de nacionales de terceros Estados que se encuentran en España de manera irregular o que se encuentran todavía en sus países de origen.

Podría decirse que tres son los elementos principales de esta reforma. En primer lugar, la flexibilización de algunas vías de regularización frente al endurecimiento de otras. En segundo lugar, la modificación de los órganos que participan en la elaboración del CODC, uno de los instrumentos más importantes a la hora de articular el acceso al empleo en España de nacionales de terceros Estado y en tercer lugar una modificación en el enfoque de la gestión colectiva de contrataciones en origen, haciendo posible la puesta en marcha de proyectos de migración estable y circular.

Estamos ante una reforma que sobre el papel parece adecuada y equilibrada, pero que va a ser difícil de llevar a la práctica por la complejidad de algunos procedimientos. Sobre todo, en lo que se refiere al denominado arraigo por formación. Es clara la finalidad, regularizar y formar principalmente en aquellas actividades en las que no hay mano de obra, pero una vez más se trata de una solución puntual para hacer frente a un problema estructural de nuestro mercado de trabajo en la línea de

28 Así ha sido anunciado por la Moncloa (<https://www.inclusion.gob.es/w/elma-saiz-anuncia-una-reforma-del-reglamento-de-extranjeria-para-simplificar-tramites-y-mejorar-la-proteccion-de-los-derechos-de-los-migrantes>) (consultado el 10-1-2024).

lo que se ha venido haciendo durante años, esto es, manejar la migración como la solución a un problema vinculado a las necesidades de mano de obra que existen en el país, pero sin tener en cuenta un enfoque más amplio, que, por otra parte, no parece ser compartido con carácter general por las políticas migratorias de los Estados, ni siquiera por las de aquellos que expulsan a su propia mano de obra al no hacer lo debido para que sus territorios se conviertan en lugares en los que resulte posible desarrollar una buena vida sustentada en la dignidad del ser humano.

La necesidad de una reforma profunda del derecho sancionador laboral en materia de extranjería

Mercedes Martínez Aso

Inspectora de Trabajo, Doctora en derecho y actual Consejera de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en Suiza

Sumario

I. Introducción, 308 **II. ¿Y por qué a la actuación de la ITSS?, 309**
2.1. Reglamentación anterior a la ley 4/2000, 311 2.2. Panorama sancionador tras la ley orgánica 4/2000, 315 2.3. La importante modificación operada por lo 2/2009, 317 2.4. La interacción de la responsabilidad de la persona extranjera con el nuevo art. 127.2 del reglamento de extranjería, 327 **III. La coexistencia legal de las infracciones laborales en materia de extranjería en dos textos normativos diferentes, 336** **IV. Conclusiones, 342** **V. Abreviaturas, 344**

Con el presente escrito quiero rendir un pequeño homenaje al catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el profesor Rojo Torrecilla, hoy «oficialmente» jubilado, pero manteniendo una activa producción científica y una puntual docencia que nos permitirá no solo seguir aprendiendo de él, sino contemplar y examinar la realidad sociolaboral desde su particular disección positiva impregnada de sugerente crítica.

Debo reconocer que mi interés investigador por la materia de inmigración es responsabilidad suya debido al enorme compromiso que advertí en su forma de dirigir la Cátedra de Inmigración de Derechos y Ciudadanía de la Universitat de Girona, y a su sensibilidad respecto del entonces hecho creciente de la inmigración. Además, me dio la oportunidad de cohonestar mi bagaje profesional como inspectora de trabajo con mi incipiente camino en la investigación. Ello me ayudó en las dos actividades: en la primera para observar que las irregularidades administrativas escondían relaciones laborales con mayor grado de desigualdad, y con tendencia a la vulnerabilidad de una de las partes. En el campo de la investigación me proporcionó la reflexión necesaria sobre el marco normativo vigente y la exploración de sus vías de reforma.

¡Gracias, Eduardo, por estar tan presente en todo mi camino profesional!

I. Introducción

Hablar hoy de inmigración es hablar de muchas cosas y desde puntos de vista muy diversos: sociológicos, económicos, humanitarios y, por qué no, políticos: «Cuanto más cercanas son las elecciones, más centralidad adquiere el tema de la inmigración. La correlación es directa. La explicación no está en la realidad de los hechos, sino en la lógica electoral: mientras sirva para movilizar votos, hablar de inmigración será rentable»¹.

1 DIARIO EL PAÍS (27 de febrero de 2024): <https://elpais.com/opinion/2024-02-27/la-trampa-de-la-inmigracion.html>

Por contraste con la amplitud del tema migratorio, este escrito tiene una dimensión jurídica discreta y se ciñe a analizar un aspecto poco conocido por la ciudadanía y con escasa (nula) repercusión mediática, pero de trascendencia para la persona migrante en cuanto a seguridad jurídica en el procedimiento sancionador y garantía de sus opciones de regularización. Nos referimos a los desajustes normativos del espacio sancionador laboral de extranjería, o como también se denomina el campo de las «infracciones laborales en materia de extranjería», entendiendo el término laboral como relativo al *trabajo*², proponiéndose una reforma del marco regulador a los efectos de dotar de cierta coherencia, sobre todo, a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en materia migratoria.

II. ¿Y por qué a la actuación de la ITSS?

La respuesta se encuentra en la pluralidad, a veces dispar, de las competencias de la ITSS: por un lado, tiene una función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias en materia de trabajo de extranjeros³; pero, por otro lado, debe garantizar el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros⁴. A esto se añade que el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, varía el contenido del art. 127.2 y prevé una especial intervención de la ITSS en la autorización excepcional por colaboración con la administración laboral, cuando la persona extranjera acredite ante la propia ITSS estar trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año. En resumen, todos estos cometidos de la ITSS no armonizan bien entre ellos si los analizamos bajo el presupuesto legal de que la persona trabajadora extranjera en situación

2 Según la Real Academia de la Lengua, el adjetivo laboral se define como perteneciente o relativo al trabajo, en su aspecto económico, jurídico y social, www.rae.es.

3 Art. 12.1. de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social

4 Art. 67 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

administrativa irregular puede ser objeto de sanción administrativa a propuesta de la propia ITSS.

A lo expresado en el párrafo anterior hay que añadir la existencia de una doble reglamentación de conductas infractoras en esta esfera sancionadora: por un lado, la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX)⁵ y, por el otro, el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS)⁶.

Conviene precisar que el régimen sancionador en materia de extranjería es poco conocido, quizá se exceptúa lo común de él, como son las infracciones que obedecen a los flujos clandestinos o irregulares⁷, y no tanto las que se relacionan en materia laboral y su terreno procedimental.

Es oportuno recordar ahora que la Ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Dña. Elma Saiz, ha anunciado una reforma del Reglamento de la Ley de Extranjería⁸ con el objetivo de reducir las figuras de permisos ahora vigentes, simplificar documentación y trámites y reforzar la protección de los derechos de las personas migrantes. Podría ser también una buena oportunidad para la revisión de este contenido, si bien somos conscientes de los límites de la potestad reglamentaria.

La persona trabajadora extranjera como sujeto responsable de infracción por el mero hecho de trabajar.

Puede resultar algo sorprendente que el acto de trabajar constituya una conducta objeto de infracción administrativa, no obstante, es tradicional en el ámbito sancionador que analizamos su tipificación cuando la persona trabajadora tiene la condición de extranjera, y así se desprende de la observación cronológica de las normas tras la Constitución de 1978

5 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12/01/2000.

6 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, BOE núm. 189, de 08/08/2000.

7 BORRAJO INIESTA, J. (2006). «Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en *Derechos laborales y seguridad social de los inmigrantes*, López López, J. (coord.), *Centro de Documentación Judicial*, p. 145-168.

8 <https://www.inclusion.gob.es/w/elma-saiz-anuncia-una-reforma-del-reglamento-de-extranjeria-para-simplificar-tramites-y-mejorar-la-proteccion-de-los-derechos-de-los-migrantes>

2.1. Reglamentación anterior a la ley 4/2000

En primer lugar, nos encontramos con el Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, que desarrollaba el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980⁹, que solo hacía una remisión a la normativa reglamentaria sin contemplar un elenco de infracciones laborales. Este reglamento calificaba como infracción muy grave en su art. 2.1.3. e) «La realización de trabajo de los extranjeros sin la obtención del preceptivo permiso de trabajo, por cuenta propia o ajena», lo que abría la posibilidad de interpretar que se regulaba como infracción en una norma exclusivamente laboral la conducta de un trabajador extranjero por cuenta ajena que trabajase careciendo de la correspondiente autorización para trabajar¹⁰. Si bien, recordaré que la norma desarrollaba el art. 57 del ET, concretamente su capítulo IV de infracciones y sanciones, cuyo título era *Infracciones laborales de los empresarios*, sin alusión alguna a que el causante o responsable de la infracción fueran otros sujetos diferentes del empleador.

La norma reglamentaria fue anulada por el Tribunal Supremo (TS) en sentencia de 10 de noviembre de 1986¹¹ por contravención del principio constitucional de legalidad y tipicidad, y en este pronunciamiento se consideró que la descripción que hacía de actos u omisiones constitutivas de infracción laboral era materia propia de una disposición con rango de Ley y no de un nivel reglamentario.

Precisamente, la necesidad de promulgar una norma con rango de Ley que desarrollase las infracciones y sanciones administrativas en el orden laboral, estableciendo en ella los tipos y sanciones que el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores solo enunciaba a título general, motivó la promulgación de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS). A esa necesidad de cubrir un vacío legal, como

9 Aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo.

10 CAMAS RODA, F. (2003). «La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la comparabilidad entre las sanciones previstas en la Ley del Orden Social y en la Ley Orgánica de Extranjería», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, pp. 191-222

11 STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo de 10 de noviembre de 1986, Aranzadi, 6.647.

destaca su exposición de motivos, se le unieron razones de oportunidad y conveniencia de agrupar e integrar en un texto único, en una ley general, las diferentes conductas reprochables contrarias al orden social, incluyendo las producidas tanto en el área del empleo, como en las áreas o capítulos de seguridad social, migración y emigración, y trabajo de extranjeros.

En la sección 2 del capítulo VI de esta ley se consagran las infracciones en materia de permiso de trabajo de extranjeros, y el art. 35.1 califica como infracción muy grave el hecho de que los extranjeros ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, *por cuenta propia*, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no haberlo renovado. Se observa que la infracción queda acotada al trabajo por cuenta propia, acorde con la delimitación de sujetos responsables que hace el art. 2.5 del propio cuerpo legal, que solo relaciona a empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros.

El panorama quedaría incompleto si no hacemos referencia a la legislación en materia de extranjería vigente en esa época. En este período estaba en vigor la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la cual en su art. 28 recogía la infracción por excelencia, la relativa a la empresa: la utilización de trabajadores extranjeros, sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, calificándola como muy grave y remitiendo al procedimiento sancionador del art. 57 del ET.

Respecto de la persona trabajadora, la situación de no haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, se contemplaba como una circunstancia posible de expulsión (art.26), incluso si contaba con permiso de residencia válido. Sin embargo, el TS hizo una distinción entre la conducta de quien eludía intencionadamente los controles administrativos y desarrollaba actividades lucrativas subrepticias, y la de quien acreditaba el cumplimiento de tales controles, entre ellos el permiso de residencia y la titularidad de un permiso de trabajo anterior, pero cuya renovación, a pesar de haberse solicitado, no se había producido, aunque ejerciera una actividad lucrativa para la que precisara dicho permiso de trabajo¹². La

12 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), Sentencia de 19 febrero 2000. RJ 2000\2886.

no equiparación de conductas hallaba su justificación en la que en este último supuesto podía ser la propia demora de la Administración la que impedía conocer si tenía o no derecho a su renovación.

Durante la vigencia de esta ley orgánica hubo dos reglamentos de desarrollo: el primero, el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, enumeraba como infracción la condición de encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o teniéndolo caducado, siempre que fuera obligatoria su tenencia (art. 75.3), correspondiendo su vigilancia conforme el art. 78 a la ITSS, de acuerdo con la ley ordenadora de la época, ley de 21 de julio de 1962. Y la remisión procedimental se hacía al anulado Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, que desarrollaba el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores. Además, el reglamento establecía un cauce de comunicación interorgánica de infracciones de forma que las autoridades gubernativas y los servicios policiales debían comunicar a la Dirección General del Instituto Español de Emigración (instituto hoy desaparecido), a la ITSS y a las Direcciones Provinciales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (también desaparecidas), los hechos que pudieran constituir infracciones laborales contra lo dispuesto en el presente Reglamento.

Es conveniente destacar que durante el período de aplicación de este reglamento desplegó su eficacia la LISOS que, como se ha indicado, solo reflejaba la infracción de encontrarse trabajando respecto de los trabajadores por cuenta propia, no por cuenta ajena. Por tanto, una interpretación sistemática del reglamento y de la LISOS debería concluir que la conducta de encontrarse trabajando sin permiso de trabajo por cuenta ajena quedaba al margen del ordenamiento sancionador laboral y, exclusivamente, podría constituir conforme a la ley orgánica de 1985 una situación que diera lugar a la expulsión.

De hecho, diversos pronunciamientos judiciales corroboran lo afirmado. Por ejemplo, la sentencia del TS de 23 de marzo de 1993¹³, examina el recurso interpuesto por un ciudadano alemán contra la resolución por la que se había ordenado su expulsión del territorio español, con prohibición

13 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 23 de marzo de 1993, (RJ 1993\4961).

de entrada durante tres años, por estar trabajando sin el preceptivo permiso de trabajo. En el recurso, el recurrente niega la imputación de que estuviese trabajando, y alega que en el procedimiento no se han efectuado otras pruebas que puedan llevar a la convicción de la realidad de los hechos en los que se basó la orden de expulsión. A ello, el TS responde que el determinante de la sanción es, no solo la afirmación «... de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que acompañaron a la Inspección de Trabajo, sino que también lo testimonia la propia actuación de la Inspección, que levantó Acta de Infracción a la empresa para la que consideró que el demandante trabajaba». Y concluye que es una actividad probatoria suficiente para destruir la presunción de inocencia¹⁴.

Es decir, los hechos constatados por la ITSS en el expediente sancionador de la empresa podían constituir prueba suficiente para acreditar la conducta culpable del trabajador y proceder a su expulsión, pero no era la ITSS la que determinaba el inicio del procedimiento sancionador. De todos modos, estas resoluciones del TS colisionaban con la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) que entendía que la expulsión, con abstracción de su naturaleza jurídica, era una sanción administrativa a los efectos del art. 25.1 de la CE por constituir una limitación de derechos basada en la conducta de una persona¹⁵. Y esta calificación comportaba automáticamente el traslado de los principios punitivos del orden penal al orden administrativo sancionador¹⁶.

El segundo de los reglamentos de ejecución de la LO 1985, aprobado 10 años más tarde, fue el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que mantiene el tipo infractor de encontrarse trabajando en España sin permiso de trabajo cuando este es necesario, o lo tenga caducado más de 3 meses y no se hubiera solicitado la renovación en plazo. No obstaba a

14 En el mismo sentido, las STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) de 30 enero 1993. RJ 1993\416, y de 4 mayo 1993.

15 Sirva como ejemplo, la STC (Sala Primera), sentencia núm. 116/1993, de 29 marzo. RTC 1993.

16 NUÑO JIMÉNEZ, I; PUERTA SEGUIDO, F. (2016). «Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionadora», *GABILEX*, núm. 5.

la concurrencia del tipo el hecho de que la persona trabajadora dispusiera de permiso de residencia válido (art. 98.3. del reglamento).

El art. 99.8 de esta norma contemplaba que si se imponía una sanción a esta conducta y la persona extranjera realizaba una actividad lucrativa por cuenta propia, se debía comunicar de oficio por la autoridad gubernativa a la ITSS, para evitar que el mismo hecho pudiera ser sancionado también en el orden social. En definitiva, reconocía la existencia de dos procedimientos: el gubernativo y el que tenía origen en la actuación de la ITSS cuando la actividad profesional era exclusivamente por cuenta propia.

En conclusión, en esta etapa regulatoria la actuación de la ITSS respecto de la persona trabajadora extranjera se restringía a la condición del trabajo por cuenta propia.

2.2. Panorama sancionador tras la ley orgánica 4/2000

La redacción original de la LOEX también introdujo tipos infractores relativos a la situación de encontrarse trabajando: una infracción leve, la de encontrarse trabajando sin haber solicitado permiso de trabajo, cuando se cuente con permiso de residencia temporal, o cuando este se le haya denegado (art. 48.c.), y otra, que califica como grave si el hecho de trabajar se realiza sin haber solicitado permiso de trabajo o autorización administrativa para trabajar, y no se cuenta con autorización de residencia válida (art. 49. b). Por tanto, se distinguían grados de irregularidad en función de la existencia o no de autorización de residencia.

La contigua publicación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LOEX¹⁷, vuelve a modificar los tipos infractores: la calificación de leve se reserva para la situación de trabajo por cuenta propia con permiso de residencia temporal, pero sin autorización para esa actividad autónoma (art. 52.c.) y la grave se reserva para el escenario de irregularidad total de trabajar sin haber obtenido permiso de trabajo y sin autorización de residencia válida (art. 53.b.). Quedaba exonerada

¹⁷ «BOE» núm. 307, de 23/12/2000.

de responsabilidad la situación de trabajar por cuenta ajena cuando se dispone de autorización de residencia.

En el ámbito de la competencia sancionadora, la redacción original de la LOEX solo contemplaba que las infracciones recogidas en la ley orgánica fueran competencia del Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales. Hay que hacer expresa advertencia que cuando se publicó la Ley Orgánica LO 4/2000, todavía no se había publicado el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La temprana modificación de la LOEX, realizada por la LO 8/2000, asignó esas infracciones (art. 55.2) al procedimiento sancionador iniciado por acta de la ITSS, con la precisión de que la infracción grave de la persona extranjera trabajadora solo se llevaría a término mediante acta inspectora cuando se *tratase de trabajadores por cuenta propia*. Y en los mismos términos lo reprodujo el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la LOEX.

No está de más recordar que cuando se aprobó la LO 8/2000 ya se había publicado el TRLISOS, el cual en su art. 2 definía y delimitaba los sujetos responsables de las infracciones, determinando, de forma clara que son solo los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros (2.5), alejando del contorno sancionador laboral a la persona trabajadora extranjera por cuenta ajena.

En conclusión, se mantenía el sistema anterior y se percibía cierta coherencia y armonía normativa entre la reglamentación de extranjería y la laboral en cuanto circunscripción de sujetos responsables. La actividad de la ITSS, claramente, solo se desarrollaba ante el trabajo por cuenta propia, sin injerencia en procedimientos sancionadores de trabajadores por cuenta ajena.

En este punto conviene hacer una pequeña digresión en el sentido de que el establecimiento de un régimen sancionador en materia laboral en la LOEX separado de la TRLISOS rompió el espíritu de homogeneidad y sistematicidad que había pretendido con su publicación. Sin embargo, tampoco se derogaron, como veremos más adelante, las conductas infractoras correspondientes a extranjeros, por lo que tampoco podemos

afirmar que esta ley dispusiera de una vocación global unitaria de la tutela y defensa de las condiciones de empleo y de trabajo y solo se aplicará la LOEX en exclusivos términos de emigración¹⁸.

2.3. La importante modificación operada por lo 2/2009

La publicación de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero¹⁹ cambió totalmente el panorama sancionador desde la perspectiva de la ITSS, ya que atribuyó a esta la competencia de proponer una sanción de multa al trabajador extranjero en situación administrativa irregular que presta sus servicios laborales por cuenta ajena. Entre los objetivos de la reforma se propugnaba el de aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, además de la necesidad de incorporar determinadas Directivas que se habían dictado en el espacio europeo como era la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecían normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular²⁰. Sin embargo, ninguno de ellos justificaba la modificación efectuada y que hoy permanece generando un desajuste de la función inspectora en la actividad de extranjería.

En primer lugar, el refuerzo de los medios de control se dirigía a quienes facilitaban el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, no a las personas trabajadoras que buscaban sobrevivir a través de un trabajo. Y, por otro lado, la incorporación de la norma europea preveía medidas sancionadoras para los empleadores, no para las personas trabajadoras. Fortalece esta interpretación la obligación que impone la Directiva de que los Estados miembros controlen que se lleven a cabo en su territorio inspecciones efectivas y adecuadas para controlar el empleo de nacionales

18 CAMAS RODA, F. «La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la comparabilidad ...», *op. cit.*

19 BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

20 DOUE de 30 de junio de 2009.

de terceros países en situación irregular (art. 14.1), pero *siempre* garantizando que esas inspecciones no afecten ni desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo a las inspecciones llevadas a cabo para evaluar el empleo y las condiciones de trabajo (considerando 31). Difícilmente podría cumplirse esta garantía si la inspección que calibra las condiciones de trabajo a las que está sometido el extranjero, a su vez, debe sancionar a la persona extranjera.

Hasta la reforma del año 2009, como hemos visto en el laberíntico recorrido cronológico, la ITSS nunca había tenido la atribución de competencias sancionadoras respecto de trabajadores por incumplimientos no relacionados con el disfrute o la obtención de determinadas prestaciones de Seguridad Social, y en ningún caso con la posibilidad de proponer una sanción de carácter económico (multa)²¹.

La introducción de esta competencia sancionadora fue discreta, sin debate parlamentario previo (ni gran debate doctrinal posterior, al menos hasta donde he podido conocer), pero constituye algo inédito desde la perspectiva sancionadora inspectora y la técnica de incorporación entrevé más que se trató de un desliz, que de una decisión razonada y estudiada.

Veamos: si recordamos, el art. 53.1.b) de la LOEX, que se mantiene en los mismos términos desde la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, tipifica como infracción del trabajador extranjero que se encuentre trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. En consecuencia, el tipo exige que a la falta de autorización para trabajar se sume la carencia de autorización de residencia válida. A sensu contrario, el trabajador extranjero por cuenta ajena con autorización de residencia válida y sin haber obtenido autorización administrativa previa para trabajar no incurre en infracción alguna a la normativa de extranjería, con independencia de que la contratación de su prestación de servicios sí sea sancionable para el empresario. En fin, que no queda bien delimitado el alcance laboral del

21 Una especie de dogma en las normas sancionadoras del orden social, según GARCÍA MURCIA, J. (2003). «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una duplicidad inevitable?», *Relaciones Laborales*, núm. 1, p. 6.

tipo, pero se infiere que en el trabajo por cuenta ajena el verdadero factor de tipificación es la ausencia de permiso de residencia, y no tanto de autorización para trabajar²².

Conviene advertir que si lo que se sanciona realmente es la estancia irregular y no tanto la ausencia de autorización para trabajar, esta situación ya se encuentra tipificada en el tipo anterior²³, el del 53.1. a), donde se sanciona el encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización.

Y en esta línea parecen enmarcarse los pronunciamientos del TS, el cual concibe que desempeñar a actividad profesional no tiene una connotación desfavorable a la hora de graduar la sanción u optar entre expulsión y sanción por permanencia ilegal²⁴. Es decir, desde una perspectiva puramente sancionadora, no se encuentra una justificación razonable a la existencia de la conducta de hallarse trabajando cuando se desempeñe por cuenta ajena, debido a que el reproche punitivo ha de enfocarse en la figura de la empresa que realiza tal contratación prohibida por el ordenamiento de extranjería. Y menos explicación tiene residenciar el procedimiento en la propuesta de la ITSS.

Por ello es fácilmente comprensible que mantengamos una posición de que la reforma del año 2009 ha transformado —y directamente perturbado— la tradicional relación de sujetos responsables en la esfera sancionadora laboral. Incluir al trabajador extranjero como sujeto responsable en el ámbito laboral *por el hecho de su propia contratación*, otorgando a la ITSS la facultad de iniciarle un expediente sancionador es totalmente inconsecuente. Ser sujeto responsable de una infracción no es baladí, es una figura clave del procedimiento administrativo sancionador,

22 GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una...?», *op. cit.*, p. 8.

23 En este sentido, BURGOS GINER, M.A. (2012). «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España, Atelier*, p. 193.

24 Vid, entre otras, Sentencias del TS de 9 de marzo de 2007 (Rec. 9887/2003); de 19 de julio de 2007 (Rec. 1801/2004) y de 24 de junio de 2008 (Rec. 1320/2005).

puesto que en definitiva es quien resulta imputado en el mismo, quien es objeto de las correspondientes actuaciones administrativas en orden a sancionar su conducta, a quien corresponde rebatir los cargos que contra él se formulen, y quien resulta tutelado mediante la garantía efectiva de los derechos para su defensa en el seno del propio procedimiento sancionador²⁵.

La técnica de la LOEX para determinar los sujetos responsables elude la técnica de listado, únicamente una referencia genérica a los que sean autores o participen en cualquiera de las infracciones que la norma relaciona (art.51.1), siendo esta regla amplia de barrer por la norma a todos los posibles sujetos responsables de infracciones la característica de toda la ordenación legal de esta materia²⁶. Sin embargo, la redacción del artículo 55 que introdujo la reforma del año 2009, si consignó que en los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52.c), d) y e), graves del artículo 53.1.b), y 53.2.a), y muy grave del artículo 54.1.d) y f), el procedimiento sancionador *se iniciara por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social.

La gran diferencia con la redacción anterior a 2009 estribaba en que el tipo del 53.1. b), el único antes de la reforma perteneciente al ámbito laboral en que podía incurrir el trabajador extranjero, llevaba la coetilla de «cuando se trate de trabajadores por cuenta propia», con clara exclusión del campo de la vigilancia laboral al trabajador extranjero por cuenta ajena. A partir de la reforma del 2009, la situación es totalmente diferente, el trabajador extranjero por cuenta ajena se convierte en sujeto responsable del procedimiento sancionador laboral a iniciar por la ITSS.

Cuando hablo de desliz estoy pensando en los vaivenes legislativos de la redacción del reglamento de la LOEX en cuanto a la supresión de la apostilla «de cuando se trate de trabajadores por cuenta propia». La

25 MINONDO SANZ, J. (2000). *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 379.

26 LÓPEZ LÓPEZ, J. (2001). «Infracciones administrativas y extranjería», *Justicia Laboral*, núm. extraordinario, pp. 195-215.

prueba más manifiesta la describe el profesor ROJO TORRECILLA²⁷ en su repaso histórico: el borrador del vigente Reglamento de extranjería²⁸ (RELOEX) presentado en público el día 8 de febrero de 2011 recuperó el texto del RD 2393/2004 y añadía la coletilla que había desaparecido en la LO 2009, lo que volvía a acotar la infracción a este tipo de trabajadores, y así se publicó el 30 de abril de 2011 (art. 254). Sin embargo, la corrección de errores, publicada el 18 de junio de 2011, deja de ser una corrección de errores como tal y se convierte en sustancial al eliminar la frase aclaratoria: *En la página 43988, en el artículo 254.1, donde dice: «... 53.1.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y 53.2.a); y muy graves del...», debe decir: «... 53.1.b) y 53.2.a); y muy graves del...»,* volviendo a desaparecer la alusión a la categoría de trabajadores por cuenta propia, incluyendo a todas las personas trabajadoras con independencia de su vínculo contractual.

A este respecto se ha de indicar que la corrección de errores no alcanzó al artículo 254.5 que también disponía de la coletilla de trabajadores por cuenta propia. De hecho, el contenido del artículo prevé que si el empresario infractor es extranjero e incurre en la infracción de contratar trabajadores en situación de irregularidad (tipo infractor del art. 54.1.d LOEX), o incide en la conducta de estar trabajando sin autorización de residencia del art. 53.1.b) de la LOEX *cuando se trate de trabajadores por cuenta propia*, el acta de infracción de la ITSS debe hacer constar expresamente que «el órgano competente para resolver podrá aplicar la expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa». Ello lleva a razonar, a sensu contrario, que cuando se trate de trabajador por cuenta ajena, en el acta de infracción no se hará constar la sanción alternativa. Lo que refuerza la idea de que no había una intención premeditada de asignar la potestad sancionadora a la ITSS.

27 ROJO TORRECILLA, E. (2011). «La corrección de errores del Reglamento de extranjería..., y otras “correcciones” jurídicas ¿De forma o de fondo?», Texto publicado en el blog del autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2011/06/la-correccion-de-errores-del-reglamento.html> (última consulta, 18 de enero de 2024).

28 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, BOE, núm. 103, de 30/04/2011.

En resumen, el RELOEX, una vez modificada su redacción por vía de corrección de errores, mantiene total coherencia y subordinación al cambio que supuso la reforma del 2009, que, insisto, pasó desapercibida incluso en un sector doctrinal que siguió manteniendo que en la infracción del art. 53.1.b), el sujeto infractor es únicamente el extranjero que se encuentra trabajando por cuenta propia²⁹, o que la sanción será impuesta de acuerdo con el procedimiento para la imposición de infracciones del orden social únicamente cuando la conducta la desarrolle un trabajador por cuenta propia³⁰.

Esta descripción del iter normativo quedaría incompleta si no recordáramos que la infracción grave del art. 53.1.b) no es la única infracción de orden laboral en que la reforma del 2009 de la LOEX determinó la exigencia de responsabilidad por parte de la ITSS al trabajador extranjero por cuenta ajena. La extensión se hizo a la infracción leve de encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado en la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular (art.52.d). Esta conducta no existía con anterioridad a la ley orgánica 2/2009 y respecto de la cual el RELOEX nunca añadió la adición de la expresión «por cuenta propia» ni, por tanto, hubo modificación en su corrección de errores.

Manifestamos nuestro disenso por esta ampliación de las atribuciones sancionadoras a la ITSS por diferentes motivos, pero el principal es que se prima y potencia la estricta vigilancia de la regularidad del trabajo de extranjeros, en contradicción con el enfoque y las premisas de la OIT, manifestadas a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en el Estudio General de 2006³¹, que señala que la principal obligación de los inspectores del

29 BURGOS GINER, M.A.: «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en Régimen jurídico del ..., *op. cit.*, p. 193.

30 BOZA MARTÍNEZ, D.: «El régimen sancionador en la normativa de extranjería», en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. y MOYA MALAPEIRA, D.(2010). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la ley 12/2009*, Tiranch lo Blanch, p. 478.

31 [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2006\)1B.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2006)1B.pdf) (última consulta enero 2024).

trabajo es proteger a los trabajadores y no velar por el cumplimiento de las leyes de inmigración.

Este informe de la OIT, de forma clara e inequívoca, expresa que la infracción consistente en el empleo ilegal únicamente puede ser reprochada al empleador, ya que, en principio, se considera víctimas de ella a los trabajadores afectados. Se reconoce que la facultad que tiene la ITSS de entrar en las empresas sin autorización previa le permite más fácilmente poner fin a las condiciones de trabajo abusivas de las cuales son frecuentemente víctimas los trabajadores extranjeros en situación irregular y garantizar que dichos trabajadores gocen de los derechos que les son reconocidos. En consecuencia, la función de control de la legalidad del empleo debe tener por corolario el restablecimiento de los derechos que la legislación garantiza a todos los trabajadores para ser compatible con el objetivo de protección de la inspección del trabajo, que únicamente se puede alcanzar si los trabajadores amparados están convencidos de que la vocación principal de la inspección es velar por el respeto de la legislación relativa a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores.

Nuestra opinión es que, difícilmente, los trabajadores extranjeros podrán alcanzar esa percepción si el órgano que ha de intentar custodiar sus derechos puede ejercer contra ellos su potestad sancionadora, lo que se traduce, adicionalmente, en dificultades de orden práctico como es la escasa, generalmente insuficiente, colaboración de los trabajadores extranjeros para la detección de situaciones de abuso o explotación laboral. Resulta absurdo pensar que cooperarán con la Inspección de Trabajo, si como consecuencia del objeto de su denuncia pueden ser sancionados por el propio organismo al que acuden y sobre la base de los hechos que ellos mismos han revelado³².

32 Como señala PAJARES, M., en *Inmigración irregular en Cataluña: análisis y propuestas*, CERES, 2004, p. 54: «La normativa de extranjería nunca ha facilitado la lucha contra el empleo sumergido de inmigrantes en situación irregular, ya que los más perjudicados de las actuaciones de la Inspección podían ser los trabajadores si eran expulsados de España. Eso ha provocado que los primeros en esconderse ante la presencia de la Inspección hayan sido esos trabajadores, y apenas se haya podido contar con su colaboración».

Como complemento a lo expresado, la Abogacía del Estado mantiene una opinión proclive a la sanción por parte de la ITSS. En un informe del año 2022 (número de referencia 123/2011)³³, asevera que es la ITSS la que deberá realizar el acta de infracción en los supuestos tanto de la nueva infracción leve del art. 52.d, como en la infracción grave del art. 53.1.b) cuando se trate de personas trabajadoras por cuenta propia y ajena. Ambas infracciones, como se ha ido delimitando e insistiendo, se refieren a supuestos de encontrarse trabajando, bien sin autorización para ese ámbito geográfico u ocupación, o bien sin autorización de residencia. El razonamiento esgrimido por la Abogacía del Estado se basa en el objetivo de la LO 2009 de aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores y *en la razón de que si la norma no distingue y sabido que donde no distingue la ley no debemos distinguir nosotros* (sic). Para dicho servicio jurídico, la supresión de la restricción es suficientemente ilustrativa de la voluntad del legislador de extender las competencias de la ITSS a todo el elenco subjetivo de posibles infractores. Continúa el informe, que no es óbice para tal entendimiento el art. 2.5 de la LISOS que señala como sujetos responsables a los «empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa de extranjeros», siempre que se trate de acciones y omisiones tipificadas en la presente ley, y no cuando las infracciones en materia de extranjería se hallen en otra sede legal. Insiste en que, cuando el art. 55.2 de la LOEX invoca el ámbito de infracciones del orden social, lo hace solo en lo atinente al procedimiento sancionador, no a la tipificación ni a la determinación de responsables.

Situándonos en la perspectiva práctica, lo curioso es que el cambio procedimental tan relevante en la actuación de la ITSS no ha tenido ningún reflejo reglamentario en el procedimiento inspector: el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, no contiene ninguna particularidad al

33 El documento fue obtenido solicitándolo al Portal de Transparencia debido a que no figuraba en las páginas oficiales en donde se publican determinados informes de la Abogacía del Estado.

respecto, como sí que la tiene el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social (arts. 37 y ss.). Ello supone que el acta a la persona trabajadora extranjera debería contener los requisitos generales del art. 14 del RD 928/98 y, en consecuencia, conocer los datos referentes al domicilio de la persona extranjera, dato no problemático si se halla empadronado, pero de difícil obtención en caso contrario. Igualmente, delicado sería, para la determinación de la cuantía de la multa, conseguir información sobre la capacidad económica de la persona (art. 254 LOEX) dado que su actividad se enmarca en lo que se denomina *economía informal*, sobre la que es difícil obtener datos ciertos. Tampoco se ha dictado con posterioridad al año 2009 una instrucción, un criterio operativo o una nota informativa del centro directivo de la ITSS (hoy Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, OEITSS) sobre cómo proceder en estos supuestos, lo que denota cierta indiferencia en el desarrollo de esta competencia adquirida hace más de 14 años.

Tampoco podemos evaluar, en el período que abarca desde la reforma del 2009 hasta el año 2022 (último informe estadístico de actuaciones de la ITSS publicado)³⁴, la dimensión de las actuaciones inspectoras respecto de las personas trabajadoras extranjeras por cuenta ajena. La complicación se presenta por cuanto los datos no hacen esa distinción. Podríamos basarnos en lo que en el argot inspector denominamos «Noticia»: la dirección del OEITSS, para la elaboración de la información estadística, relaciona unas claves de actuación que direccionan a los preceptos infringidos de las diferentes normas en función de las materias y cada expediente sancionador se identifica con una clave. El desglose que hace la noticia respecto de las infracciones de la LOEX es:

34 ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL:
https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2022_3.pdf

Tabla 1

18E	Permisos de trabajo cuenta propia (art. 52.c, d y 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000)
19E	Permisos de trabajo cuenta ajena (art. 54.1.d de la Ley Orgánica 4/2000)
27E	Permisos de trabajo cuenta ajena (arts. 52e y 53.2.a de la Ley Orgánica 4/2000)

Fuente: elaboración propia.

Se advierte fácilmente que no hay clave para identificar los expedientes sancionadores relativos a las infracciones de los trabajadores cuanto estos tengan una relación por cuenta ajena, solo se distingue la clave para los expedientes o actas iniciados contra los trabajadores por cuenta propia (18E) y el resto de los códigos se asocian a infracciones cometidas exclusivamente por empresas.

En definitiva, la modificación, apenas ha tenido un reflejo en la actividad inspectora cotidiana que sigue dirigiendo su esfuerzo sancionador a los genuinos causantes de la conducta infractora, las empresas. De cualquier modo, en tanto no desaparezca de la LOEX esta facultad inspectora, se corre el riesgo de que despliegue todo su potencial y sea el ámbito de extranjería el único en el que las diferencias entre la contratación regular y la irregular no repercutan exclusivamente en la parte empleadora, y pierda la legislación sancionadora de extranjería su función de ser un elemento lo suficientemente coercitivo como para que se desista de hipotéticos empeños de hacer *dumping* social a costa de las personas nacionales de Estados extracomunitarios³⁵.

35 CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (2008). *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Bomarzo, p. 255.

2.4. La interacción de la responsabilidad de la persona extranjera con el nuevo art. 127.2 del reglamento de extranjería

Como se señalaba en el apartado anterior, la posibilidad legal de sancionar a la persona extranjera por haber sido contratada por una empresa siendo su situación de irregularidad administrativa, no anuncia una gran contribución por su parte a la hora de detectar situaciones de empleo irregular, de aprovechamiento abusivo del trabajo y de debilitamiento de las legales condiciones de trabajo.

Y en esta línea puede acontecer que la nueva redacción del art. 127.2 del RELOEX no obtenga los resultados previstos.

La reforma, introducida por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, reconoce en su preámbulo la existencia de personas en situación irregular que trabajan para sobrevivir y que se ven obligadas a acudir a las denominadas autorizaciones de residencia por circunstancia excepcionales, circunstancia que propicia que el gobierno articule medidas que permitan avanzar en el ajuste del mercado laboral español desde una perspectiva de regularidad documental. Y dentro de esas medidas se encuentra el precepto que analizamos³⁶.

En este artículo se regulan las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, concretamente en circunstancias de colaboración con autoridades, por razones de seguridad nacional o interés público. Y la novedad de la reforma es añadir un apartado segundo que da pleno protagonismo a la ITSS. Se posibilita que la Dirección General de Migraciones otorgue una autorización de colaboración con la administración laboral competente a aquellas personas que acrediten ante la ITSS, mediante cualquier medio de prueba, estar trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año. Esta autorización tendrá un año de duración y habilitará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.

36 MARTINEZ ASO, M.: La nueva redacción del artículo 127 del reglamento de extranjería: ¿podremos dar respuesta desde la Inspección de Trabajo a alguna de las situaciones de irregularidad preexistentes?, Blog de Eduardo Rojo Torrecilla, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/la-nueva-redaccion-del-art-127-del.html>.

La solicitud podrá ser presentada por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral, e incorporará la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Con anterioridad al reglamento de extranjería del año 2011 se había publicado la Instrucción 5/2006³⁷, de 5 de junio, de la entonces Dirección General de la ITSS, sobre la actuación a realizar por la ITSS en relación con el arraigo laboral de los trabajadores extranjeros y la colaboración con autoridades administrativas. Esa instrucción permitía considerar al personal inspector y subinspector autoridad administrativa a efectos de colaboración, pero para valorar la colaboración no bastaba una simple denuncia, indicaba la instrucción, sino que debía suponer un valor añadido a la actuación de la ITSS y, además, era preciso valorar los resultados de la colaboración e, incluso, el riesgo asumido o el grado de implicación del denunciante. En definitiva, resultaba complejo instar a la autoridad competente una autorización de esta modalidad de colaboración, dado que las cooperaciones obtenidas casi siempre han sido vía denuncia cuyo grado de intervención no encajaba en los estrictos requisitos de la instrucción.

Por el contrario, la nueva redacción prevé la colaboración con la ITSS en términos más flexibles. Un análisis detallado del actual precepto revela que la autorización no se condiciona a que se interponga una denuncia ante la ITSS de la persona trabajadora extranjera, aunque será el mecanismo habitual de colaboración para rogar la actuación de este organismo. Sin perjuicio de que, desde un plano teórico y con ocasión de una intervención de la ITSS por iniciativa o actividad planificada o rogada, ante la constatación de una prestación de servicios en situación administrativa irregular, la persona trabajadora colabore y aporte las pruebas que estime pertinentes al objeto de acreditar una relación laboral de seis meses en el último año. Lo que ocurre, por eso hablaba desde una perspectiva teórica, es que el procedimiento inspector en la fase de

37 Derogada por la Instrucción 6/2023, de 23 de diciembre, sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con la administración laboral.

investigación no contempla ningún acto de concesión de audiencia o solicitud de información a la persona trabajadora a la que se refiere la infracción, fuera de las preguntas y cuestiones que se le plantean en la visita de inspección en la que se comprueba la comisión de la infracción, y que van dirigidas al tiempo de prestación de servicios en la empresa. Ahora bien, si su respuesta se ajustara al período del precepto para la obtención de la autorización, aunque el proceso no lo exija, se debería solicitar su participación y colaboración encaminada a obtener los medios de prueba que sostengan su afirmación.

Continuando con la regulación, se reclama que la persona extranjera demuestre que ha estado trabajando en situación irregular durante el periodo mínimo indicado, pero este período de trabajo no tiene que ser para una empresa, puede ser para varias, por lo que es posible que en el momento de la denuncia/colaboración ya no preste servicios en alguna de las empresas denunciadas y sea imposible la constatación directa por parte del personal de la ITSS. Llegados a este punto, conviene advertir que son los hechos constatados por el personal funcionario de la ITSS los que tienen presunción de certeza (art. 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Y, precisamente, estos hechos, que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el personal inspector, son los que incorporados al acta de infracción otorgan a esta el valor de esta presunción. Siendo reiterada la doctrina jurisprudencial del TS³⁸, que fundamente esta presunción en «... La imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al personal actuante, así como en la objetividad que rodea a quienes, sin ningún interés particular, obran en defensa del interés público».

Al hilo de lo expresado, lo que importa subrayar es que, en el procedimiento previo de imposición de infracciones en el orden social, incluidas las relacionadas con extranjería, no se les confiere valor alguno a las pruebas aportadas por el denunciante. Estas pueden llegar a fijar la convicción mental inspectora de que la persona trabajadora dice la verdad, pero ello debe motivarse en el acta de infracción. Y difícilmente se sostendrá si no hay una comprobación directa y plena de la comisión

38 Valga como ejemplo la Sentencia de 24 de junio de 1991, RJ 1991, 7578.

de la infracción, acompañada de la confesión y reconocimiento del sujeto responsable de que la persona extranjera lleva trabajando todo el periodo que ella señala en la visita de inspección o en la denuncia interpuesta. De modo que el problema es que los medios de prueba proporcionados por las personas trabajadoras pueden, desde su punto de vista, probar la realidad de la relación laboral (fotografías con el/la empresario/a, capturas de WhatsApp, información del centro de trabajo, etc.), pero es factible que no sean suficientes para el razonamiento jurídico que exige el procedimiento sancionador de la inspección. Y ya anticipo que es difícil un reconocimiento empresarial de todo el ciclo de trabajo que ha prestado la persona extranjera, dado el importe elevado de la sanción a la que se expone, que no solo comprende la multa asociada a la infracción, sino también el incremento de la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios (art. 48 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), incremento cuya naturaleza es sancionadora, a pesar de que se calcule en función de las cuotas de seguridad social no ingresadas. En definitiva, a mayor período de relación laboral, mayor sanción.

Por simplificar, se carece de un proceso reglamentado de presentación y práctica de la prueba y de principios generales que valoren los diferentes elementos de convicción fuera de los dispuestos ordinariamente para el ámbito judicial.

No obstante, aunque existiera este procedimiento, corresponde preguntarse ¿cuál sería la aportación de la persona trabajadora? Diferentes razones podrían llevarle a no expresar las reales características de su relación de trabajo, y sin duda en ello tiene un peso importante la capacidad de ser sancionada por el órgano mismo con el que debe colaborar.

En este contexto es imprescindible subrayar, además, que la solicitud de autorización excepcional por colaboración con la ITSS debe ir acompañada de la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A saber, hay una exigencia ineludible de iniciar un procedimiento sancionador por parte de

la ITSS y que este haya sido confirmado en vía administrativa o judicial, lo que retrasará notablemente el procedimiento de autorización si el acta es objeto de impugnación por los sujetos responsables.

Por otro lado, el acompañamiento de la resolución confirmatoria del acta de infracción como requisito procedimental recuerda a la redacción anterior del artículo 124 relativo al arraigo laboral y en el que la sentencia del TS de fecha 25 de marzo de 2021³⁹ especificó que el párrafo segundo de este 124.1 no implicaba que la acreditación de la relación laboral y de su duración debiera llevarse a cabo exclusivamente a través de los medios establecidos en él (resolución judicial o acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), sino que podrá demostrarse por cualquier medio de prueba válido en derecho. En la nueva redacción del arraigo laboral se intenta dar acogida al pronunciamiento judicial y obliga al interesado a que presente cualquier medio de prueba (el término «deberá» no ofrece dudas) que acredite la existencia de una relación laboral previa, si bien la constriñe a que haya sido realizada en situación legal de estancia o residencia. Esta redacción choca con la propia introducción del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, que expresamente explica, en relación con la reforma del arraigo laboral, que: «Aunque en principio la norma estaba prevista para personas en situación irregular que trabajaran en la economía informal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que este instrumento puede ser utilizado *también* por personas que hayan trabajado de manera regular y que se encuentren en situación irregular en el momento de la solicitud».

No solo a mí me genera incertidumbre esta redacción, el día 10 de agosto de 2022, el profesor Eduardo Rojo decía en su blog: «¿si la relación laboral se hace desde la irregularidad administrativa, no es válida para obtener esta autorización?, ¿para la persona que está en situación administrativa irregular o cuya relación laboral no pudiera ser dada de alta en el

39 STS, sala de lo Contencioso de 25 de marzo de 2021, núm. 452/2021.

sistema, ¿no vale cualquier medio de prueba? ¿Serán medios de prueba específicos?»⁴⁰.

La única explicación que cabe es que el arraigo laboral se circunscriba a situaciones de irregularidad sobrevenida⁴¹, y las relativas a las personas trabajadoras en situación irregular deban canalizarse a través del nuevo procedimiento del art. 127.2 y con intervención de la ITSS, lo que evitaría ciertos fraudes de simulación de relaciones laborales para la obtención de autorización de residencia e instituiría la figura del confidente o de colaboración con la autoridad laboral⁴². En consecuencia, el antiguo arraigo laboral sufre una especie de desdoblamiento: por un lado, se reserva para la irregularidad sobrevenida tras una situación de regularidad administrativa en la que se ha desarrollado actividad laboral. Por otro lado, se desarrolla para las relaciones laborales clandestinas o irregulares, sin necesidad de acreditar permanencia previa en el país, siempre que haya colaboración con la ITSS y puedan acreditarse 6 meses de trabajo⁴³.

De ser cierta esta interpretación se estaría endureciendo el acceso a la regularización de las personas en situación administrativa irregular, dado que el período de certificación de la relación laboral mínima de 6 meses se reduce al último año y no a dos como en el arraigo laboral. Relacionado

40 ROJO TORRECILLA, E. «Examen de las modificaciones introducidas por el RD 629/2022 de 26 de julio en el Reglamento de Extranjería. Memoria, Dictamen del Consejo de Estado e introducción», Blog de Eduardo Rojo, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/examen-de-las-modificaciones.html>

41 DE CARLOS CASTILLO, A. (2022). «Análisis del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el reglamento de la Ley de extranjería», *Aranzadi digital* núm. 1/2022 parte Estudios y comentarios que afirma, en relación con la reforma, que en el caso del arraigo laboral, se limita la figura preexistente para personas que se encuentran en situación irregular, pero han realizado una actividad laboral en situación regular durante los dos últimos años.

42 ALONSO ARANA, M. (2022). «Se reforma el Reglamento de extranjería (Análisis normativo RD 629/2022, de 26 julio)», *Aranzadi digital*, núm. 1/2022, parte Estudios y comentarios.

43 PEY GONZÁLEZ, J.M. (2022). «Los arraigos tras la última reforma del Reglamento de Extranjería», *Diario LA LEY*, núm. 10153.

con este aspecto, la STS de 21 de abril de 2021⁴⁴ limita la posibilidad de obtener la autorización de residencia temporal en España a quienes tengan una especial vinculación con nuestro país por razones de arraigo laboral, social o familiar, y, según el alto Tribunal, carecería de sentido permitir «que esa autorización —que, enfatizamos, es excepcional— pudiera ser obtenida también por otras personas que no tuvieran esa vinculación especial con nuestro país, ya sea porque nunca la tuvieron o porque, aun habiéndola tenido en el pasado, aquella desapareció por razón de su lejanía temporal —superior a dos años, en nuestro caso— respecto del momento de la solicitud».

Coincidimos totalmente con el análisis del Prof. Rojo⁴⁵ y su interés en el estudio del mercado de trabajo y de cómo afectan las situaciones de crisis a la estabilidad de la población migrante. Por ello hay que preguntarse si dos años (o un año, como es este caso) es un período «suficiente» desde el momento de la solicitud para haber perdido relación con este y limitar el acceso a la solicitud de autorización. Al menos, deberían haber quedado equiparados a 2 años los períodos en los que se desarrolla el trabajo en todas las autorizaciones excepcionales, dada la movilidad ocupacional y los períodos inactivos del colectivo migrante, más aún cuando están en situación de irregularidad. E incluso, es cuestionable el período de 6 meses si una persona, por ejemplo, es explotada laboralmente, ¿tendrá que esperar seis meses bajo el régimen de explotación para intentar solicitar la correspondiente autorización de residencia? La imposición de este plazo podría suponer una revictimización de la persona víctima y en realidad elude el auténtico objetivo de este artículo: la lucha contra la explotación laboral⁴⁶.

Este apartado quedaría incompleto si no hacemos referencia a la interesante Instrucción 6/2023, de 22 de diciembre de 2023, dictada por

44 Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Cuarta), núm. 480/2021, de 7 de abril. Recurso de casación núm. 2479/2020.

45 ROJO TORRECILLA, E. (2021). «Ampliación de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por arraigo laboral», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5.

46 ROJO TORRECILLA, E. «Reforma de la normativa de extranjería. Historia de dos años de cambios. De las medidas “anti-Covid” al Real Decreto 629/2022 de 26 de julio», <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/reforma-de-la-normativa-de-extranjeria.html>

la Dirección del OEITSS sobre la actuación de la ITSS en relación con la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con la administración laboral.

En primer lugar, la instrucción se ocupa de aclarar que el RELOEX ya no prevé la intervención de la ITSS para los supuestos de arraigo laboral del artículo 124.1 y de colaboración con autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales previsto en el artículo 127.1. Su actuación se restringe a la autorización excepcional del art.127.2 RELOEX.

Seguidamente, las directrices de la Dirección del OEITSS son que la acreditación de la relación laboral ante la ITSS podría entenderse cumplida con la denuncia acompañada de sentencia del Juzgado de lo Social, firme, en la que se reconozca como hecho probado haber prestado servicios por cuenta ajena durante 6 meses continuados o no continuados en el último año anterior a la interposición de la demanda. Aunque se permite que la acreditación podrá entenderse producida en aquellos casos en los que se llevase a cabo la presentación de denuncia y esta contenga datos de suficiente entidad que permitan al funcionario actuante, tras la realización de las oportunas actuaciones comprobatorias, y gracias a los datos aportados por la persona extranjera, determinar la situación de irregularidad. Finalmente, también se considerará que ha prestado colaboración a los efectos de lo dispuesto en el art. 127.2, la persona trabajadora afectada que no interponga la denuncia ante la ITSS, pero aporte durante el transcurso de la actuación inspectora datos relevantes de que disponga, a efectos de acreditar la relación laboral y su duración en los términos del referido precepto.

Como es obvio, también se ocupa de señalar que corresponde en todo caso el personal inspector que actúe, a partir de las comprobaciones que realice en el curso de la actuación inspectora, incluyendo las que se refieren a las pruebas que el extranjero pueda aportar, hacer una valoración de todas ellas, a los efectos de concluir si resulta o no acreditada la existencia de relación laboral durante 6 meses en el último año.

De comprobarse la relación laboral en los términos exigidos en el artículo y quedar demostrada la *colaboración* de la persona trabajadora extranjera, el personal inspector iniciará el expediente sancionador a la empresa y emitirá un informe comprensivo al denunciante, si la denuncia existe,

relativo al resultado de las actuaciones y de que por parte de la ITSS se da traslado de informe a la Autoridad Laboral competente a los efectos de que esta proceda a solicitar de oficio la referida autorización prevista en el artículo que analizamos. En caso de que el interesado no sea denunciante, y *siempre que haya prestado la colaboración prevista*, se le informará de que se ha comprobado la prestación de servicios exigida y que se ha dado traslado a la Autoridad para que inste, en su caso, la autorización que corresponde a esta situación fáctica.

Por último, la Instrucción prevé un informe adicional dirigido a la Autoridad laboral, que no formará parte del expediente administrativo sancionador, comunicando el resultado de la actuación e incorporando los datos necesarios para identificar y contactar con la persona interesada, en particular, pasaporte y un número de teléfono y correo electrónico, siempre que sea posible y haciendo constar que la persona extranjera *ha prestado su colaboración*. Este elemento informativo es trascendente en las situaciones en las que haya mediado denuncia debido a que la ITSS debe considerar confidencial cualquier denuncia que se interpone y sobre ella pesa una prohibición de revelar el origen de la actuación, por lo que difícilmente la colaboración a través de denuncia puede ser desvelada en un procedimiento sancionador. De igual forma, sería conveniente que, este informe adicional contuviera las declaraciones, testimonios y documentos aportados o recogidos en la fase de actuación inspectora de comprobación y que no han podido ser valorados por la ITSS, pero sobre los que puede haber una conexión indiciaria con la duración de la relación laboral.

Merece una valoración positiva la Instrucción en cuanto que los términos de colaboración que configura son flexibles y ni siquiera los supedita a una denuncia. Tampoco hay objeción procedimental a lo expuesto en esta Instrucción una vez constatada la relación laboral, pero sí es más destacable lo que ignora que lo que expone. Me refiero a que declina directamente expresar la posibilidad legal de que la comprobación de trabajo irregular es sancionable por la propia ITSS que la ha constatado y respecto de la misma persona trabajadora extranjera *colaboradora*, y que ello puede alterar su necesaria intervención en este tipo de autorización, si bien comprendemos que una Instrucción no es el instrumento adecuado para inducir al personal inspector a la inobservancia de la legalidad, pero tampoco es solución ignorar la competencia inspectora de sanción

y su incoherencia con este procedimiento excepcional. Por otro lado, la Instrucción no puede sustituir a una norma reglamentaria, pero sí aconsejar un proceso orientador de actuación al personal, y en este punto hubiera sido deseable que siempre se interesara, a modo de audiencia, una declaración del inmigrante en situación irregular sobre su concreta relación o relaciones laborales. En definitiva, instar la cooperación y no esperar a que esta se produzca

Para finalizar con el examen de este precepto, y siendo conscientes de que uno de los mayores problemas de su efectividad será la dificultad probatoria de la relación laboral, podría ser recomendable incorporar al reglamento el considerando 17 de la ya anotada Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, que contempla una presunción de duración de la relación de trabajo de la persona trabajadora extranjera de *al menos tres meses*, de modo que la carga de la prueba recaiga en el empleador por lo que respecta a este período.

III. La coexistencia legal de las infracciones laborales en materia de extranjería en dos textos normativos diferentes

Según García Murcia⁴⁷, con el que coincido en esta reflexión, uno de los problemas arrastrados por la legislación de extranjería en relación con el régimen de faltas y sanciones procede, concretamente, de un singular fenómeno de entrecruzamiento y concurrencia de normas y de instancias competentes, tal vez nacido de la peculiar fisiología de la normativa de extranjeros (siempre a medio camino entre el control administrativo y la regulación del trabajo).

La existencia de unos tipos infractores en la LOEX y la permanencia de los dispuestos en la TRLISOS, con redactados similares o contenidos equivalentes, genera una problemática de seguridad jurídica en uno de sus dominios más sensibles, el ámbito sancionador.

47 GARCÍA MURCIA, J. (2003). «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una duplicidad inevitable?», *Relaciones Laborales*, núm. 9.

Como ya se destacó en párrafos precedentes, la LISOS dedicaba un capítulo específico a las «infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros». Y esta ley tipificaba en su artículo 35 como conducta constitutiva de infracción muy grave la de los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo o su renovación, precisando que se incurría en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado. Estas infracciones se sometían al régimen común de las infracciones en el orden social.

Más adelante, y es conveniente volver a hacer referencia para evitar cierta confusión normativa, la aprobación del TRLISOS conlleva la derogación de su antecesora, si bien en materia de infracciones de permisos de trabajo de extranjeros transpone literalmente el contenido de anterior, exceptuando únicamente la numeración del capítulo y del precepto correspondiente (que pasa a ser el art. 37). Ahora bien, si como se destacó una de las finalidades del Texto Refundido, era la de retomar una perspectiva unitaria respecto al Derecho administrativo sancionador en materia social, es decir, la de unificar en un único texto legal, ya consolidado, toda la materia de infracciones y sanciones en materia laboral y de Seguridad Social, para con ello solucionar la situación de dispersión que había afectado a la vigencia de la LISOS 1988, una de sus primeras quiebras se encuentra justamente en las disposiciones sancionadoras relativas al trabajo de extranjeros en España⁴⁸.

Ni la LO 4/2000 ni la LO 8/2000 solucionaron el problema. La redacción inicial recogía en materia de infracciones una serie de conductas ya

48 CAMAS RODA, F. «La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros...», *op. cit.*, p. 122.

tradicionales en este ámbito sancionador⁴⁹, pero no hubo una derogación formal de la regulación contenida en esta materia en la LISOS, que todavía hoy continúa con su sección específica para infracciones en materia de extranjería. De esta situación se hizo eco la Asociación Española de Derecho del Trabajo que, en las Conclusiones de su XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tras indicar que «en la legislación vigente se aprecia una regulación confusa y descoordinada de las infracciones laborales, por el solapamiento de la ley de extranjería y de la ley de infracciones y sanciones en el orden social», y finalizó afirmando que «estos graves problemas no se pueden resolver con criterios simples y contundentes como, por ejemplo, la derogación del art. 37 de la segunda de las leyes citadas» (Conclusión Cuarta)⁵⁰.

Por otro lado, el entonces órgano directivo de la ITSS (la DGITSS) en su Instrucción 101/2001, expresó que con la entrada en vigor de la LO 8/2000, y por aplicación de su disposición derogatoria única, quedaban derogados los tipos previstos en el art. 37 del TRLISOS. La consecuencia directa derivada de la instrucción era la necesaria observancia por la ITSS, en su función competencial en materia de extranjería, de las infracciones y sanciones contenidas en la LOEX. Y en este contexto, la introducción del RD 306/2007, de 6 de marzo, por el que se actualizaban las cuantías de las sanciones establecidas en el TRLISOS indicó que, aunque su artículo 40 menciona las infracciones en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, los tipos contenidos en el art. 37 quedaron derogados con motivo de la entrada en vigor de la LO 8/2000. En

49 Como señalaban MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C. (2000). en «Notas al nuevo Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», *Relaciones Laborales*, núm. 23: Resulta significativo que determinadas conductas tipificadas por la LISOS, por ejemplo la discriminación laboral (art. 8.12) o la utilización de mano de obra extranjera sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo (art. 37.1), resultan igualmente sancionadas por la LO 4/2000; así el art. 50 d) sanciona como falta muy grave la conducta consistente en «la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el art. 21 de la presente Ley», y el ap. e) «la contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos».

50 *Idem*, p. 126.

consecuencia, afirmaba, las cuantías sancionatorias que se modifican no pueden afectar a las establecidas en la mencionada legislación orgánica y sus normas complementarias.

Sin embargo, la cuestión jurídica no quedo cerrada: el órgano de dirección de la ITSS, en contra de la instrucción ya dictada y mediante la distribución de notas internas de carácter informativo, sostenía que, en aquellos supuestos donde había una falta de adaptación de la conducta al tipo infractor del art. 54.1.d) LOEX (la contratación de personal trabajador extranjero sin autorización de residencia y trabajo), debería aplicarse el tipo infractor previsto en el art. 37.1. TRLISOS, cuya sanción económica, hay que destacar, es sensiblemente inferior. Estas notas se emitieron en supuestos como el del personal trabajador rumano cuando se activó el período transitorio del acta de adhesión en 2011, limitando su acceso al mercado de trabajo⁵¹, de igual manera con los nacionales croatas durante el período de restricción o, simplemente, en los supuestos en los que se disponía de autorización de residencia que no permitía la posibilidad de trabajar. Situaciones en las que se entendía que encajaban en la conducta de la TRLISOS por exigir solo ausencia de permiso de trabajo.

Siempre hemos disentido de la resurrección del artículo 37.1 de la norma sancionadora del orden social por varios motivos: en primer lugar, por cuanto en la Instrucción del año 2001 se afirmaba la derogación de los tipos infractores del TRLISOS y este instrumento interno administrativo no ha sido sustituida por otro, sino por una simple nota comunicativa. En segundo lugar, en la primera nota informativa, la única variación de circunstancias que hubo fue la reactivación del período transitorio para los ciudadanos de nacionalidad rumana lo que, dada su ciudadanía europea, la conducta infractora relativa a su contratación sin autorización, no se ajustaba al tipo infractor de la LOEX. Cuando se adoptó la medida gubernamental en julio de 2011, ya se expresó la atipicidad de la conducta, al hilo de los principios que deben informar la potestad sancionadora de

51 Orden PRE/2072/2011, de 22 de julio, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se establece la reactivación del periodo transitorio en relación con la libre circulación de los trabajadores de Rumanía.

la administración y a favor de una interpretación restrictiva en el ámbito sancionador ⁵².

Paralelamente, una parte de la doctrina consideró que podría haber una compatibilidad de sanciones entre el art. 37.1 de la LISOS y el art. 54.1.d) de la LOEX, que podría ser un instrumento más en la lucha, no tanto frente a la inmigración laboral de carácter irregular, como más bien contra la explotación que sufren los trabajadores extranjeros a manos de aquellos empresarios que incumplen la normativa social. El art. 37.1 LISOS se constituiría como un modo de controlar no tanto el flujo migratorio, como de salvaguarda de la desigualdad con los trabajadores nacionales que por su carencia de permiso de trabajo sufren condiciones abusivas en las que no se respeta la legislación laboral⁵³. Se me figura una interpretación un poco forzada en el sentido de que no pasaría el filtro judicial, dados los términos de la conducta infractora de la ley sancionadora laboral en los que es difícil justificar el plus de condiciones abusivas. Por otro lado, el mismo texto legal, ya incluye como infracciones en materia de relaciones laborales acciones y decisiones del empresario que supongan discriminación por diferentes motivos, entre ellos el origen (art.8.2).

En sede judicial podemos encontrar pronunciamientos muy diversos y en direcciones contrarias. Por ejemplo, una de las decisiones judiciales⁵⁴ basa la aplicación del art. 37.1 TRLISOS sobre la base de su enunciado y la interpretación del término «preceptivo». Se trata de un trabajador contratado por una empresa que no disponía de autorización de trabajo por cuenta ajena, pero sí por cuenta propia. Y en este contexto entiende que *preceptivo* debe tener el significado de como lo que es ordenado por un precepto y permiso preceptivo es el que corresponde a la actividad

52 MARTÍNEZ ASO, M. «Sobre la suspensión de la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena para los ciudadanos rumanos. Interrogantes jurídicos (y IV)» en el blog de Eduardo Rojo Torrecilla (2011), http://www.eduardorojotorrecilla.es/2011/07/sobre-la-suspension-de-la-libre_5469.html (última consulta febrero 2024).

53 CAMAS RODA, F. (coord.). (2010). *La atribución de competencias en materia de inmigración derivadas del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Instituto de Estudios Autonómicos (Generalidad de Cataluña), p. 113.

54 Juzgado de lo Social núm. 4 de Zaragoza, Sentencia 95/2018, de 20 marzo de 2018, Rec. 442/2017.

para la que se obtiene la autorización. Y si el art. 37.1 sanciona la contratación del trabajador extranjero que no dispone del permiso de trabajo correspondiente, que es el permiso de trabajo por cuenta ajena, y se contrata a un trabajador con un permiso o autorización no válido (no preceptivo) se incurre en esta infracción⁵⁵.

No obstante, en la órbita de suplicación existen sentencias que reconocen la problemática de la concurrencia de las dos leyes y la identidad de conductas sancionadoras⁵⁶. La solución propuesta pasa bien por aplicación del principio de «lex posterior» y de especialidad y, por tanto, se aplicaría la LOEX; o bien, considerar que ambas sanciones resultan compatibles y que su imposición conjunta no afecta a la prohibición del «bis in idem», considerando para ello la doctrina del TC según la cual, ese principio no se infringe cuando las sanciones se imponen en virtud de dos normas diferentes y la normativa que la impone pueda justificarse por contemplar los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar. A pesar de ello, las decisiones se inclinan, sin vacilación, por la aplicación de los tipos infractores de la LOEX.

Otros pronunciamientos, en cambio, analizan exclusivamente el carácter preferente de la norma especial, la LOEX, para la aplicación de sus tipos infractores.

Los informes de la Abogacía del Estado tampoco discurren de forma pacífica en términos interpretativos: el informe antes señalado con número de referencia 123/2011 dictamina que en los supuestos en los que no sea necesaria la autorización de residencia, ha de valorarse la posible sanción de la conducta de contratar trabajadores extranjeros de acuerdo con el

55 En igual sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Murcia, Sentencia 299/2021, de 15 noviembre de 2021, Rec. 401/2021. El análisis que hace es que debe distinguirse entre la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia y ajena a la que se refieren los artículos 37 y 38 de la LOEX, relativos al trabajo por cuenta propia o ajena; y el artículo 37.1 de la LISOS que, incluyendo el término «preceptivo», engloba ambos.

56 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 472/2004, de 18 de junio de 2004, Rec. 70/2004; Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 12/2022, de 14 enero de 2022, Rec. 120/2021.

art.37.1. TRLISOS. Por el contrario, el informe con número de referencia 307/2012 entiende que el art. 37 del TRLISOS está derogado tanto por la derogación general que impuso la LO 8/2000, como por la falta de sentido, desde un punto de vista de técnica normativa y de principio de economía de las normas, que una misma regla jurídica se sancione en dos textos legales distintos. Además, razona que las dudas debieron disiparse una vez publicado el RD 306/2007 que entendía derogado en su introducción los tipos de la ley sancionadora del orden social, sin que pueda dudarse del valor interpretativo que debe reconocerse a los preámbulos y exposición de motivos de las normas jurídicas, además del cometido que les atribuye el TS a la norma reglamentaria con posición de reglamento ejecutivo de una norma con rango de ley la de interpretar esta última⁵⁷.

Las posteriores reformas de la normativa de extranjería y la norma sancionadora laboral no han solucionado el problema, se mantiene la doble tipificación sancionadora Y si bien, la concurrencia podría solucionarse con las disposiciones derogatorias de la LOEX, la derogación no es expresa y el carácter implícito de la misma no cumple, en absoluto, con las exigencias de seguridad jurídica, dando pie, como hemos visto, a interpretaciones diversas sobre la vigencia de la LISOS⁵⁸.

IV. Conclusiones

Las reformas reglamentarias que se han ido publicando en materia de extranjería son positivas y con un objetivo razonable de adecuar a la legalidad las situaciones de irregularidad cada vez más crecientes en el ámbito del trabajo de las personas extranjeras. También hay que valorar que se dé participación a la ITSS en estos procesos de adecuación, lo que nos debería acercar más a este colectivo vulnerable y que no nos

57 STS de 25 de enero de 1991, 16 de enero de 1997 y 25 de noviembre de 2005, entre otras.

58 TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. (2002). «Las infracciones y sanciones en materia laboral en la nueva Ley de extranjería: el trabajo sin permiso o autorización y la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso», *Tribuna Social*, núm. 133, pp. 75-92.

observaran desde la pura óptica de control y sanción, sino como una oportunidad de aproximarse a la regularidad desde una colaboración directa con un servicio público en el que su esencia es el desarrollo de una función social hacia y por las personas trabajadoras. Sin embargo, un cumplimiento total del proceso exigiría una reforma de la LOEX en el sentido de que se restableciera la actuación inspectora solo respecto de los trabajadores por cuenta propia o, aún más lejos, que se eliminen los tipos infractores referidos a la conducta de trabajar, de prestar servicios profesionales o laborales una vez ya está tipificada la situación de irregularidad administrativa en otra disposición.

Una de las preocupaciones con las que se encontrará la persona extranjera que colabore con la ITSS para la obtención de esta autorización por circunstancias excepcionales es la acreditación de la relación laboral del período exigido. Por ello, facilitarían esta demostración la introducción, en la reglamentación de extranjería, de la propuesta que hace en su considerando 17 la Directiva 2009/52/CE de configurar una presunción de duración de la relación de trabajo de la persona extranjera de al menos tres meses, de modo que la carga de la prueba recaiga en el empleador por lo que respecta a este determinado período. Por un lado, posibilitaría el acceso a la autorización y, además, constituiría un elemento disuasorio de contratación irregular por el elevado coste de la sanción que supone incrementar la ya elevada multa con el importe de las cotizaciones impagadas. Sería una presunción que operaría una vez constatada la situación de empleo y en la que la empresa estaría en situación de desvirtuar aportando las pruebas que estimase procedente.

Por último, y no por ello menos fundamental, es evidente que debe modificarse la TRLISOS, bien derogando directamente los tipos infractores referidos a la materia de extranjería, o bien reformulándolos para que solo tengan cabida los pertenecientes a una norma de la rama social del Derecho.

V. Abreviaturas

DGITSS: Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LISOS: Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

LO: Ley Orgánica.

LOEX: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

OEITSS: Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

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

TC: Tribunal Constitucional.

TRLISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

TS: Tribunal Supremo.

Actualización del régimen jurídico sobre las competencias de la Generalitat de Cataluña en el ámbito de la extranjería e inmigración

Luis Ramos Poley

Investigador postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Universitat de Girona

«Quiero terminar pidiendo que cuando hablemos de inmigración, hablemos de todo aquello que aporta a la realidad económica y social catalana (y por supuesto también la española), y que todo debate que hagamos sea lo más objetivo posible(...). Pero no hay que desfallecer en el intento, recordando aquello que me explicó mi maestro, el jesuita Joan J. García-Nieto».¹

Sumario

I. Introducción, 346 II. La extranjería e inmigración: una competencia dentro del ámbito de la soberanía de los estados, 347 III. Las competencias en materia de inmigración en la comunidad autónoma de Cataluña partir de los estatutos de 1979 y 2006, 349 IV. Delimitación de competencias entre el estado y la CC. AA. de Cataluña en el ámbito de la extranjería e inmigración, 352 V. Mención especial a la competencia de la Generalitat en materia de autorización de trabajo, 357 5.1 Mecanismo de traslado de competencias en el ámbito de la autorización inicial de trabajo, 361 5.2 Actualización de las competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña respecto las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo, 364 VI. Conclusiones, 366 VII. Referencias bibliográficas, 369

¹ Eduardo Rojo Torrecilla.

Este trabajo analiza el marco constitucional de delimitación de competencias en materia de extranjería e inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En primer lugar, conectando estas materias con la soberanía de los Estados, como manifestación típica y exclusiva en las decisiones sobre esta materia. A partir de aquí se configuran una serie de competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas. De forma especial, este trabajo se fija en las competencias que se traspan y ejercen por la Comunidad Autónoma de Cataluña y que a raíz de la doctrina constitucional ha permitido esclarecer esa delimitación y compatibilidad con las competencias exclusivas que le corresponden al Estado. De forma especial se hace un tratamiento particular de las competencias ejecutivas de la Generalitat de Catalunya sobre la autorización inicial de trabajo de personas extranjeras que van a desarrollar su actividad laboral en Cataluña y en la práctica, de forma particular, se detalla de qué autorizaciones estamos hablando.

I. Introducción

Es un honor poder colaborar en la edición de este libro en homenaje al profesor Eduardo Rojo Torrecilla, para mí un referente académico en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y en el Derecho Migratorio y de Extranjería. El profesor Eduardo Rojo fue profesor en la Universitat de Girona, decano de la Facultad de Derecho y primer director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la misma Universidad. Junto con el profesor Ferran Camas Roda, han dedicado parte de su vida investigadora al estudio de la inmigración. Esta publicación se enmarca dentro de la jornada en homenaje al doctor Rojo que tuvo lugar en noviembre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universitat de Girona con motivo de su jubilación, donde se reunió una parte importante de la doctrina iuslaboralista española y catalana, junto con representantes de la administración, del ámbito político, académico y judicial, mostrándose parte del reconocimiento académico y personal de la trayectoria del profesor Rojo.

Este trabajo se centra en el estudio de la extranjería e inmigración dentro de lo que son el reparto de competencias en esta materia entre el Estado

y la Comunidad Autónoma de Cataluña. Las competencias en materia de inmigración, particularmente en Cataluña, forman parte de la extensa obra del profesor Eduardo Rojo, y en su homenaje se reservó un espacio particular para el tratamiento de esta disciplina.

Por otro lado, se ha creído conveniente incluir una actualización de la intervención de la Generalitat en esta materia y de la jurisprudencia, y así poder aportar, desde el ámbito investigador, al reciente debate político que se ha abierto para que la Generalitat pueda ampliar su marco de intervención en este ámbito.

II. La extranjería e inmigración: una competencia dentro del ámbito de la soberanía de los estados

Hablar de competencias es hablar de soberanía. Soberanía en el sentido de capacidad o poder soberano para decidir de forma independiente. Una autoridad que podría estar presente en diferentes ámbitos y, desde un punto de vista jurídico, en diferentes materias. En el marco constitucional español el principio de soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 Constitución Española, en adelante CE). Un principio que también se encuentra en el Derecho comparado y que es la máxima expresión y fundamento de la Constitución. Una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado la podemos encontrar en el ejercicio de las competencias. Nuestra Constitución indica una serie de temáticas donde se ejercen competencias y donde hay materias que son de competencia exclusiva del Estado (art. 149 CE) y otras que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas (art. 148 CE).

En este sistema de dos listas podemos ver que la Constitución abre la posibilidad a que las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) puedan asumir competencias y, por otro lado, que el Estado tiene competencias exclusivas que no necesitan de un título de atribución,

que es un efecto directo de las normas habilitantes de poderes². Que la Constitución realice esta reserva en exclusiva al Estado de estas materias se debe a que trata de asegurar los «elementos estructurales básicos que sostienen la construcción entera del Estado conjunto». En el artículo 149 CE podemos ver distintas materias que son objeto de esta competencia exclusiva del Estado. Acotando estas al objeto de este trabajo, encontramos a la nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (art. 149.1.2ª CE). La doctrina las ha calificado de competencias superiores y necesarias que atañen al ejercicio de la soberanía que reside en el pueblo español y que sin estas funciones no habría Estado, donde la atribución de estas comportaría a que las Comunidades Autónomas pasaran a ser soberanas de ellas mismas³.

Acotando lo que dispone el art. 149.1.2ª CE, podemos clasificar tres materias que afectan a los extranjeros: la inmigración, extranjería y el derecho de asilo, pero nos vamos a centrar en dos: la inmigración y extranjería. La Constitución distingue entre extranjería e inmigración, aunque podríamos considerar que ocupan una posición desubicada al situarse en el Título VIII, de la Organización Territorial del Estado, y dentro del Capítulo Tercero, de las Comunidades Autónomas. De ahí que no podamos establecer qué definición o contenido abarca a cada una de ellas, donde parecería que podría haber sido resuelto si se hubieran distinguido tales conceptos en el Capítulo Primero del Título I, para después establecer quién tiene competencia sobre las mismas en el Título VIII⁴.

Esto no es una cuestión baladí, y resulta enormemente complejo, ya que si la Constitución trata de diferenciar ese es el espíritu que hay que perseguir para su interpretación y esto va a tener un impacto en

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982). La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico. *Revista española de derecho constitucional*, núm. 5, p. 64.

3 *Ibid.*, pp. 63-73.

4 RAMOS POLEY, L. (2022). *Vías legales de acceso a España de personas migrantes con el objetivo de residir y trabajar. Especial atención al Pacto Mundial sobre Migración de Naciones Unidas*. Tesis doctoral, p. 123. <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/20834>

las competencias que asumen las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Por un lado, la extranjería se refiere al extranjero, que es toda persona que carece de la nacionalidad española. Aquí no hay problemas de interpretación, donde parece que empieza a complicarse la cuestión es cuándo nos adentramos en el término inmigrante, que hace referencia a un tipo de extranjero que tiene unas características adicionales y específicas que lo diferencia del resto de personas extranjeras. Es aquella persona que acude a nuestro país, básicamente por cuestiones laborales o profesionales, con una intención de residir y trabajar, de poder ejercer sus derechos y establecerse finalmente en España⁵. Y esto hace que la inmigración no pueda ser tratada con las normas básicas de extranjería que podríamos definir las como las que permiten la entrada de personas extranjeras en nuestro país, estableciendo los requisitos para ello, o las que se refieren a su estatuto jurídico. La inmigración es una realidad compleja y esta complejidad se va a trasladar a las competencias en materia de inmigración que contiene unas particularidades específicas que van a colisionar con las competencias exclusivas que tiene el Estado produciéndose ciertas matizaciones en lo que ha de entenderse por esa exclusividad⁶.

III. Las competencias en materia de inmigración en la comunidad autónoma de Cataluña partir de los estatutos de 1979 y 2006

El 22 de diciembre de 1979 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña, formando parte del proceso de recuperación de las libertades democráticas, donde el pueblo de Cataluña recupera sus instituciones de autogobierno, básicamente constituyéndose como Comunidad Autónoma, donde el Estatuto pasa a formar parte de la norma institucional básica, y

5 GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (2009). La distribución de competencias en materia de inmigración. *Temas Laborales*, núm. 100, pp. 236-237.

6 *Ibid.*, p. 239.

el Estado lo reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 CE). En el mismo podemos encontrar algunas referencias a los extranjeros y a la inmigración, donde podríamos considerar que no habría colisión con las competencias aquí tratadas. Por un lado, en el Título Primero sobre las competencias de la Generalitat, y un ámbito, como después veremos, que será de relevancia, la ejecución de la legislación del Estado en materia «laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales», quedando «reservadas al Estado todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias» (art. 11.2 Estatuto de Autonomía de Cataluña 1979, en adelante EAC 1979).

Por otro lado, la reserva, en todo caso, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre otras materias, las referentes al «control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes, documento nacional de identidad» (art. 13.4 EAC 1979).

Después de casi treinta años, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, reforma el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Una reforma que fue objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad, donde las sentencias STC 31/2010, de 28 de junio, rec. 8045-2006, STC 137/2010, de 16 de diciembre, rec. 8675-2006, y STC 138/2010, de 16 de diciembre, rec. 9330-2006 estimaron de forma parcial la inconstitucionalidad de parte del contenido de la norma estatutaria catalana inicialmente aprobada y la interpretación que debía de darse a determinados artículos. Esto sirvió de base para posteriormente interpretar el alcance de las distintas competencias en el resto de los Estatutos de autonomía, donde esta doctrina constitucional fue de enorme impacto⁷.

7 CAMAS RODA, F.; BASEIRIA MARTI, J.; GIRONA DURÁN, R.; LÓPEZ ROCA, C.; MARTÍNEZ ASO, M. y ROJO TORRECILLA, E. (2010). *L'atribució de competències en matèria d'immigració derivades de l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Ed. Institut d'Estudis Autonòmics, p. 24.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (en adelante EAC 2006) inicialmente aprobado incluía en su art. 138 que correspondía a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, incluyéndose las actuaciones sociosanitarias y de orientación, y en el marco de sus competencias, el desarrollo de la política de integración estas; el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica y para su participación social; y el establecimiento por ley de un marco de referencia para su acogida e integración.

Por otro lado, también se hacía referencia a que le correspondía a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrollara en Cataluña, pero ejerciéndose esta competencia con la necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros. Por lo tanto, no trasladando esta materia, específicamente de extranjería y en relación con la soberanía, a la Generalitat. La competencia que se asumía era concretamente: la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena; la tramitación y la resolución de los recursos que se presentaran con estas y la aplicación del régimen de inspección y sanción.

Por último, se hacía referencia a la participación de la Generalitat en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña, particularmente, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros –lo que hoy conocemos por Gestión colectiva de contrataciones en origen- a través de los mecanismos previstos en el Título V, de las relaciones institucionales de la Generalitat. Lo que comprendía una mejor valoración de las necesidades laborales del territorio catalán, si bien dentro del ámbito de la participación en la elaboración de la propuesta y no de decisión en la fijación de los puestos de trabajo⁸.

8 ROJO TORRECILLA, E. (2009). *Análisis de la competencia estatal traspasada a Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena (I)*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2009/10/analisis-de-la-competencia-traspasada.html>

No menos importante son las diversas acciones dirigidas a la población migrante con el objetivo de lograr la cohesión y el bienestar social a través del establecimiento de un régimen de acogida y la promoción de políticas dirigidas a garantizar el reconocimiento y la efectividad de sus derechos y deberes, la igualdad de oportunidades, las prestaciones y las ayudas que permitan su plena acomodación social y económica, así como su participación en los asuntos públicos (art. 42.6 EAC 2006). Y otra cuestión también de envergadura trasladada al ámbito local respecto a competencias propias que han de ser ejercidas por estas entidades con plena autonomía, entre otras, la regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes (art. 84.2.m EAC 2006).

IV. Delimitación de competencias entre el estado y la CC. AA. de Cataluña en el ámbito de la extranjería e inmigración

Como hemos comentado anteriormente, la reforma estatutaria catalana fue objeto de varios recursos de inconstitucionalidad que cuestionaban la adecuación, entre otros, de los artículos 84.2 y 138 EAC 2006, donde la hoy importante STC 31/2010, de 28 de junio, se pronunció al respecto. En primer lugar, sobre la inconstitucionalidad del art. 84.2 EAC 2006. Los demandantes denunciaban su inconstitucionalidad sobre la base de que se quería sustituir el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que concretaba las distintas competencias propias del Municipio, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, queriendo el EAC 2006 copiar su sistema, confirmando que sería el legislador catalán el que estableciera las competencias municipales en esas materias, sin concurso del legislador estatal, limitando al Estado la facultad de establecer normas básicas sobre las competencias locales. La sentencia desestima su impugnación.

En primer lugar, se concreta que el art. 84.2 EAC 2006 enumera una serie de materias que han de tener en todo caso los gobiernos locales como competencias propias, que es una previsión dirigida al legislador autonómico y que son materias sobre las que la Comunidad Autónoma ha

asumido competencias. Por otro lado, el precepto no desplaza ni impide el ejercicio de la competencia estatal en materia de bases del régimen local, donde al legislador estatal le corresponde «fijar unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales de los entes locales constitucionalmente necesarios», en concordancia con lo ya expuesto en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, rec. 610-1985 y varios acumulados. Por lo que se refiere concretamente a la letra m. del art. 84.2 EAC 2006, el Tribunal no entra en el fondo del asunto al considerar que hay un planteamiento genérico e indeterminado de los recurrentes, aduciendo de forma genérica que se tratan de competencias del Estado exclusivas y compartidas.

En segundo lugar, se impugna el art. 138 EAC 2006 en su totalidad. El Tribunal trata de fijar una línea básica: «la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado de conformidad con el art. 149.1.2 CE». Sin embargo, a partir de aquí hay que detenerse en el alcance material de las concretas competencias o potestades atribuidas a la CCAA, teniendo en consideración que la competencia estatal en esta materia no es un título horizontal de alcance ilimitado que debilite las competencias de las CCAA de carácter sectorial con incidencia en la población migratoria. Evidenciando, como hoy en día podemos corroborar, que la inmigración es una cuestión compleja donde intervienen, desde el punto de vista jurídico y no jurídico, diversas materias.

Respecto al primer apartado del art. 138 EAC 2006, el tribunal determina que las competencias o potestades en él enumeradas están insertadas en el contexto de la integración social y económica de la población migrante, teniendo un carácter asistencial y social que el EAC atribuye a la Generalitat, sin relegar la competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración. Particularmente se hace referencia a la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de primera acogida de las personas migradas (art. 138.1.a) EAC 2006) que queda circunscrita a las primeras actuaciones sociosanitarias y de orientación, que es una manifestación de la competencia asumida en materia de asistencia social, quedando limitada por la competencia exclusiva reservada al Estado en materia de inmigración.

En segundo término, se pasa a determinar la adecuación del apartado 2º del art. 138 EAC 2006 que atribuye a la Generalitat «la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña», donde esta «se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros». Se señala que esta es una materia que queda dentro del ámbito de la extranjería y la inmigración, donde solo cabe la competencia exclusiva del Estado, y que el propio EAC 2006 lo reconoce, ya que condiciona el ejercicio de esta competencia a la coordinación con el Estado. Aun así, cabe reducir la cuestión al objeto que se refiere esta competencia que no es otra que, a la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral, donde el Estado no puede separarse de las competencias sectoriales atribuidas a las CCAA, y donde esto se traslada al extranjero en calidad de inmigrante que desarrollará su relación laboral en Cataluña, que es a la que ha de circunscribirse las facultades atribuidas en el EAC 2006 a la Generalitat. Determinando que al Estado le corresponde con carácter exclusivo la competencia donde se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición. Por otro lado, a la Generalitat le puede corresponder aquella competencia que opera sobre el extranjero inmigrante y que se refiere estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña.

En último lugar, respecto al art. 138.3 EAC 2006, en relación con la participación de la Generalitat en las decisiones sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, de forma particular, en la participación preceptiva previa en la determinación de los puestos de trabajo en la hoy llamada Gestión Colectiva de Contrataciones en Origen. Los recurrentes lo tachan de inconstitucional al incluir que esta participación pueda preverse en un Estatuto de Autonomía. El Tribunal señala que el EAC 2006 no es una sede normativa, con una perspectiva constitucional, para prever mecanismos o fórmulas cooperativas como las que recoge en asuntos relativos a la inmigración cuando estos tengan especial trascendencia para Cataluña. Por otro lado, a la que le corresponde determinar los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Generalitat es a la legislación estatal, donde han de quedar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente

implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado.

Finalizando que el art. 138 EAC 2006 cuando se refiere a la inmigración y interpretado en estos términos no se corresponde con esta materia constitucional, competencia exclusiva del Estado, sino que afecta a otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma de Cataluña, determinando así que ello no es contrario a la Constitución.

Podríamos considerar que esta sentencia zanjó la cuestión sobre el tema que aquí se está tratando; sin embargo, en el ámbito normativo y político sigue siendo motivo de controversia y discusión. Recientemente, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha tenido que resolver sobre ello y determinar la delimitación de competencias en esta materia.

La primera sentencia que ha tratado sobre ello es la STC-CA 1760/2022, de 23 de diciembre, rec. 3587/2021, con interés casacional que consiste en aclarar, completar, reforzar o, en su caso, matizar la jurisprudencia de la Sala en relación con los artículos 149.1.2ª y 148.1.20ª CE, en concreto las STS-CA 2520/2016, de 28 de noviembre, rec. 456/2015 y STS-CA 55/2019, de 24 de enero, rec. 1972/2016, y la doctrina constitucional que las interpreta, con el objetivo de determinar si la modificación de la Orden ESS/1423/2012, de 29 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras para concesión de subvenciones en el ámbito de integración de los inmigrantes, solicitantes y beneficiarios de protección internacional, apatridia y protección temporal, a través de la Orden ESS/109/2017, de 10 de febrero, respeta el marco competencial. Las posiciones de las partes, por un lado, la abogacía del Estado, sostenía que la competencia de esta materia correspondía al Estado en aplicación del art. 149.1.2ª CE, de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, por otro lado, la abogacía de la Generalitat, exponía que el título competencial quedaba dentro del ámbito del art. 148.1.20ª CE, de la posibilidad de que las CCAA puedan asumir competencias en materia de asistencia social.

En la exposición de motivos de la Orden ESS/109/2017, entre otras, se declaraba, respecto a las materias afectadas, que la modificación se producía con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa española y comunitaria en materia de acogida a personas

solicitantes y beneficiarias de protección internacional cuya competencia corresponde al Estado. Dar conformidad al art. 74.3 del RD 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Seguir la recomendación que el Tribunal de Cuentas Europeo hizo a la Comisión respecto a ampliar los pagos y porcentajes a tanto alzado con el objetivo de reducir la probabilidad de error y la carga administrativa a los promotores de proyectos. Y, por último, adaptar diversos artículos a los cambios introducidos por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, en diversos artículos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

En primer lugar, el Tribunal Supremo, invocando la jurisprudencia constitucional en materia de ayudas y subvenciones en materia de integración de los inmigrantes, señala, admitiendo que el fenómeno migratorio impide configurar la competencia estatal como un título horizontal de alcance ilimitado, que hay que diferenciar entre la entrada y residencia de extranjeros que se introduce dentro del ámbito de la inmigración y extranjería, y, por otro lado, las ayudas que tienen por objeto la integración de inmigrantes que se circunscribe dentro de la asistencia social. Por otro lado, reseña que esta materia tampoco puede fundamentarse en la competencia del Estado sobre la hacienda en general (art. 149.1.14^a CE) o sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18^a CE).

También invoca a la jurisprudencia constitucional que define el alcance de la asistencia social y que la diferencia como una técnica de protección distinta al sistema de la Seguridad Social, que trata de alcanzar a aquellas personas en situaciones específicas de necesidad que no alcanza el sistema de la Seguridad Social.

Una vez delimitada la materia al ámbito de la asistencia social, es cuando el TS entra a clarificar qué Administración es competente de conformidad con las normas de distribución de competencia que establece la propia Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

A partir de aquí, indica que el art. 148.1.20^a CE permite que las CCAA puedan asumir competencias en materia de asistencia social, que es lo que hizo la CCAA de Cataluña en el art. 166 EAC 2006, que

atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de servicios sociales. Se centra en determinar si la Orden impugnada se encuadra en el título competencial de la inmigración del art. 149.1.2ª CE, y por ello rechazar que el otorgamiento de las subvenciones pertenezca a la asistencia social que es competencia de las CCAA, algo que considera descartado de conformidad con la doctrina constitucional, llegando con ello la misma conclusión. Trayendo a colación diversas sentencias que declararon la nulidad de varias normas reglamentarias por no respetar las competencias de las CCAA, concretamente de Cataluña, y respecto a la asistencia social, se fija especialmente en la STS-CA 1639/2020, de 1 de diciembre, rec. 281/2019, que estableció unos criterios para la delimitación entre la competencia estatal comprensiva de las actuaciones de primera acogida de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y la competencia autonómica de asistencia social en relación con la integración de la inmigración y solicitantes y beneficiarios de protección internacional.

Para fundamentar su fallo clarifica lo que son dos sujetos distintos que son objeto de las normas, por un lado, los solicitantes y beneficiarios de protección internacional, que no se refieren a inmigrantes en general, con actuaciones dirigidas únicamente a estos y que son de competencia estatal al estar estrechamente relacionadas con su entrada en territorio español —materia que se circunscribe al ámbito de la extranjería y la inmigración de conformidad con la STC 31/2010, de 28 de junio, rec. 8045-2006—. Es decir, actuaciones que se realizan en primer lugar, que son previas a la derivación a los recursos del sistema, y que no comprende otras como la acogida y asistencia ordinaria de quienes piden o tienen reconocida la protección internacional que es la que alcanzaría a las CCAA para prestar la asistencia social, que es sobre las que la citada Orden no respetó.

V. Mención especial a la competencia de la Generalitat en materia de autorización de trabajo

Como hemos comentado anteriormente, la extranjería e inmigración es una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2ª CE), pero también ha

admitido la jurisprudencia constitucional que si bien al Estado le corresponde con carácter exclusivo la competencia donde se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición, a la Generalitat de Cataluña le puede corresponder aquella competencia que opera sobre el extranjero inmigrante y que se refiere estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña, es decir, la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral que afecta a las personas inmigrantes trabajadoras.

En primer lugar, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7ª CE) Es una materia en la que el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación restrictiva de una simple posibilidad de regulación por parte de las CCAA.

La jurisprudencia constitucional más reciente reseñada en la STC 39/2021, de 18 de febrero, en el conflicto positivo de competencia núm. 4491-2020, promovido por el Consejo de Gobierno de la CCAA de Andalucía, frente el art. 5.3.a) RD 498/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Formación Profesional, ha señalado que la CE atribuye al Estado la ordenación general de la materia laboral, sin que quede espacio de regulación externa por parte de las Comunidades Autónomas, siendo esta una materia exclusiva y plena de competencia estatal, lo que comprende la promulgación tanto de normas con rango de ley como reglamentarias, lo que excluye a las CCAA la intervención legislativa en esta materia. Señalando que lo les queda a las CCAA es una competencia de «mera ejecución de la normación estatal».

En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 177/2019, de 18 de diciembre, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1882-2019, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la DA 13ª de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medida fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre estancias en establecimiento turísticos. Dicha disposición establecía un supuesto de extinción del contrato de trabajo al llegar a los 65 años del personal laboral del Instituto Catalán de la Salud, conllevando con ello una jubilación forzosa de este personal

llegada a la citada edad. El Tribunal señaló que la Generalitat invadió la competencia estatal en la materia de legislación laboral al modificar un aspecto medular de la regulación laboral general, como la extinción del contrato de trabajo sobre la siguiente base.

En primer lugar, la expresión «legislación» que recoge el art. 149.1.7ª CE ha de ser entendida en sentido material, con independencia del rango formal de las normas, que incluye a las leyes y a los reglamentos, y que por la exigencia de uniformidad que informa el título competencial del Estado sobre esta materia determina que ningún espacio de regulación externa les queda a las CCAA, que solo pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normativa estatal. La ejecución de la legislación laboral incluye la promulgación de reglamentos internos de organización de los servicios necesarios, de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y en general el desarrollo del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto de relaciones laborales, así como la potestad sancionadora en esta materia.

Por otro lado, la mención que se hace al término «laboral» no es un indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo, sino que es forzoso «dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido al trabajo por cuenta ajena, entendiendo por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral», tanto el aspecto individual como colectivo.

A partir de esta interpretación, que hay que utilizar para el entendimiento de la citada competencia exclusiva del Estado en legislación laboral, lo que impide a los Estatutos de Autonomía asumir competencias de naturaleza legislativa en materia laboral, las CCAA han ido asumiendo potestades de ejecución en sus respectivos Estatutos⁹. Concretamente, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 señalaba que correspondía a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral (art. 11.2 EAC

9 CASAS BAHAMONDE, M^a. E. (2018). Artículo 149.1.7ª. Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. En la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1271-1272.

1979) y el EAC de 2006 indicaba que correspondía a esta la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales, incluyendo una serie de materias que quedaban dentro de este ámbito (art. 170 EAC 2006). No este espacio para responder al motivo que restringe esta competencia con exclusividad a la legislación laboral surgida del Estado, pero se fundamentaría básicamente en mantener una regulación unitaria en la materia laboral, persiguiendo los objetivos de unidad e igualdad¹⁰.

Llegados a este punto nos encontramos con la competencia que corresponde a la Generalitat en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (art. 138.2 EAC 2006). Es una materia que queda en el ámbito de la extranjería e inmigración, competencia exclusiva del Estado, pero que no es un espacio reservado a este, ya que las CCAA han ido -han podido- ir asumiendo determinadas competencias –llamadas competencias sectoriales- en otro tipo de materias que también inciden en la población migrante y más concretamente de la persona trabajadora migrante que va a desarrollar su trabajo en Cataluña, como es la ejecución de la legislación laboral, que se trasladaría a una actuación administrativa ejecutiva típica de materia laboral¹¹, aunque no se trate formalmente de legislación¹², una cuestión compartida por los profesores Rojo Torrecilla y Camas Roda¹³ que declaraban con ello una mayor presencia autonómica en la toma de decisiones que afectaría a la vida laboral de muchas personas.

10 *Ibid.*, p. 1274.

11 TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (2012). Artículo 38. Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*, Ed. Comares, Granada, p. 645.

12 MOLINA NAVARRETE, C. (2006). Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto competencial en las materias de empleo, trabajo y protección social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 83, p. 112.

13 ROJO TORRECILLA, E. (2009). Inmigración y mercado de trabajo en Cataluña. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2009/06/inmigracion-y-mercado-de-trabajo-en.html>

5.1 Mecanismo de traslado de competencias en el ámbito de la autorización inicial de trabajo

El traslado de competencias en este campo se llevó a cabo mediante el RD 1463/2009, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de inmigración: autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Si bien pronto se advirtió un error: suprimiendo el término de «inmigración» de la citada norma reglamentaria¹⁴. Aunque la doctrina advirtió que este cambio era más que un simple error, parecería más un «miedo jurídico» de que pudiese servir de excusa a la Generalitat para reclamar más competencias en esta materia¹⁵.

Por otro lado, el Decret 148/2009, de 28 de septiembre, dando cumplimiento al art. 23.2 de la Llei 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat i del Govern, asignó al Departament de Treball las funciones y los servicios traspasados a la Generalitat de Catalunya en materia de inmigración, relativos a las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia y ajena de las personas extranjeras que desarrollen su relación laboral en Cataluña.

El citado RD 1463/2009 se dictó de conformidad con el art. 149.1.2ª CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, con el art. 149.1.7ª CE que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CCAA. Dando cumplimiento a la previsión establecida en el art. 138.2 EAC 2006, que indica que corresponde a la Generalitat en materia de inmigración la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo

14 BOE núm. 262 de 30 de octubre de 2009. Corrección de errores del Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña.

15 ROJO TORRECILLA, E. (2024). *Cataluña. Pacto político en materia de inmigración. Los deseos (de algunos), por una parte, la realidad jurídica por otra (actualización a 16 de enero)*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, p. 12. Disponible en: https://www.academia.edu/113477447/Catalu%C3%B1a_Inmigraci%C3%B3n_Los_deseos_de_algunos_y_la_realidad_jur%C3%ADdica

de los extranjeros cuya relación se desarrolle en Cataluña, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, y que incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena, por otro lado, la tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a estos expedientes y la aplicación del régimen de inspección y sanción. También, dando cumplimiento al art. 138.3 EAC 2006, sobre la participación de la Generalitat en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, de forma particular, la participación preceptiva en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros. Por último, el citado RD se dicta en aplicación del RD 1666/1980, de 31 de julio, que determina las normas y el procedimiento a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado en Cataluña, que se aplica al acuerdo que la Comisión Mixta de Transferencias adoptó el día 12 de enero de 2009 sobre traspaso de las funciones y servicios señalados anteriormente.

El RD 1463/2009 contiene cuatro artículos que determinan la aprobación del acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias adoptado por el Pleno, el traspaso de las funciones y servicios, así como los medios personales y los créditos presupuestarios correspondientes, la efectividad del traspaso, que surtiría efectos a partir del día 1 de octubre de 2009. Y por último, y el artículo 4 hace referencia a la aplicación transitoria del coste del traspaso mientras se produzca la revisión del Fondo de Suficiencia como consecuencia de su incorporación. Contiene el citado RD una disposición adicional única aclaratoria sobre la referencia a la Subsecretaría de Administraciones Públicas que deberá entenderse realizada a la Subsecretaría de la Presidencia, y por último, una disposición final única, indicando la fecha en vigor a partir del día siguiente a su publicación, el 18 de septiembre de 2009.

A partir de estos cuatro artículos y dos disposiciones lo que hace básicamente el RD 1463/2009 en un Anexo es trasladar el acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias. Dicho acuerdo contiene diversos apartados entre los que hay que destacar las funciones de la Administración General del Estado que se traspasan a Cataluña, que se circunscribe a la autorización inicial de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña,

concretamente, las funciones que ya venía desempeñando la AGE en este ámbito y los servicios relativos a la iniciación, instrucción y resolución de procedimientos y notificación de resolución, así como los procedimientos de recurso administrativo.

A efectos de incluir otro tipo de supuesto de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena que pueda prever la normativa, en cada momento se reseña que será analizado caso a caso por la Comisión Bilateral Generalitat-Estado a los efectos de encuadrarse en el art. 138.2 EAC 2006.

En relación con este último punto, el acto formal de constitución de la Comisión Bilateral se realizó el 26 de febrero de 2007 y hasta el momento de realizar este trabajo se han reunido en 11 ocasiones, la última el día 18 de febrero de 2022. El 19 de julio de 2011 se adoptó por la Comisión el Acuerdo relativo a nuevos supuestos de autorizaciones iniciales de trabajo de personas extranjeras cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, que se publicó a través de la Resolución GRI/2066/2011, de 23 de agosto. A la Subcomisión Bilateral de Cooperación Generalitat-Estado es a la que le corresponde el análisis de estos nuevos supuestos para su encaje en el art. 138.2 EAC 2006, que fueron instaurados por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante RELOEx.). A través de dicho Acuerdo se consideró la inclusión de diversas vías de acceso a Cataluña para residir y trabajar que se detallarán más adelante.

Siguiendo con el traspaso de funciones que se referencian a las que ya venía desempeñando la AGE y los servicios relativos a la Gestión colectiva de contrataciones en origen en lo que se refiere a los trámites de carácter laboral estos comprenderían: recepción de solicitudes de ofertas de trabajo y, en su caso, solicitud de la Dirección General de Inmigración de modificación o reasignación de la gestión colectiva; verificación de las ofertas, comprobación de estas con la gestión colectiva y de la verificación de las obligaciones tributarias y Seguridad Social; valoración de los expedientes y emisión, si fuera el caso, de informe favorable; traslado del expediente a la AGE para proseguir con la tramitación; resolución de la autorización inicial de trabajo dictada de forma conjunta y coordinada

con la resolución sobre la autorización de residencia de la autoridad competente de la AGE -en este punto hay que seguir el procedimiento previsto en el art. 171 RELOEx.-; notificación a los interesados del procedimiento; y tramitación y resolución del procedimiento de recurso administrativo en su ámbito de competencias, que se resolverá de forma conjunta y coordinada con la AGE.

En el ámbito de las autorizaciones mediante los visados de búsqueda de empleo, la competencia de la Generalitat se traslada a: recepción de solicitudes y de los contratos de trabajo; resolución sobre las autorizaciones de trabajo; y notificación al solicitante y al trabajador.

Por otro lado, con ánimo de dejar patente o clarificar la delimitación de competencias entre el Estado y la Generalitat, en la letra C) del acuerdo se detallan las funciones que se reserva la AGE: legislación aplicable en materia de autorizaciones de trabajo a los extranjeros; negociación y celebración de los instrumentos internacionales en el ámbito de la extranjería e inmigración, la representación en los ámbitos de la Unión Europea u otros foros internacionales; la decisión sobre la orientación de las ofertas a determinados países, la relación con sus autoridades en las fases de preselección y selección en origen, en el ámbito de la gestión colectiva; y la tramitación y resolución de todas aquellas autorizaciones de residencia y trabajo que no constituyan el objeto del traspaso.

Otros apartados que incluye el Acuerdo son los referentes a las fórmulas institucionales de cooperación, personal objeto de traspaso, relación de puestos de trabajo vacantes que se traspasan, valoración de las cargas financieras del traspaso, documentación y expedientes de los servicios que se traspasan y fecha efectiva del traspaso.

5.2 Actualización de las competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña respecto las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo

En la actualidad, con lo que se ha podido contrastar a través del Anexo adjuntado en el RD 1463/2009, conjuntamente con la Resolución GRI/2066/2011 y la web del Departament de Treball de la Generalitat, en este trabajo se ha tratado de actualizar el ámbito competencial que ejerce

la Generalitat en estos momentos y que se circunscribe en su intervención sobre las siguientes autorizaciones.

En el ámbito de las autorizaciones iniciales de trabajo o de residencia y trabajo por cuenta ajena y propia: autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 63 RELOEx.); autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia (art. 104 RELOEx.); autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena para titulares de visado de búsqueda de empleo para hijos o nietos de español de origen (art. 176 RELOEx.); autorización de trabajo por cuenta ajena y propia para titulares de residencia por circunstancias excepcionales (arts. 129 y RELOEx.); autorización inicial de trabajo por cuenta ajena y propia para trabajadores transfronterizos y su prórroga (art. 183 y 184 RELOEx.); autorización inicial de trabajo por cuenta ajena y propia solicitada por los extranjeros que se encuentren en Cataluña y dispongan de la correspondiente autorización de estancia por estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado y su prórroga (art. 42 RELOEx.); hasta el 27 de julio de 2023, por derogación a través del Real decreto 620/2022, de 26 de julio, de modificación del RELOEx., autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada y su prórroga de altos directivos, artistas y deportistas profesionales; autorización inicial de trabajo para investigadores y movilidad de los mismos (arts. 73 y 84 RELOEx., actualmente derogados por el RDL 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y que han pasado a regularse por el art. 72 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) y que como novedad ha configurado otro procedimiento que es competencia exclusiva del Estado y que se tramita por la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos (art. 76 Ley 14/2013); autorizaciones iniciales de trabajo para profesionales altamente cualificados y titulares de una tarjeta azul-UE y movilidad de los mismos (arts. 86 y 95 RELOEx., actualmente derogados por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de transposición 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, actualmente regulados por el art. 71 y 71 bis de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre); autorización de trabajo por cuenta ajena para titulares de residencia como menor no acompañado (art. 196 RELOEx.).

Para finalizar, también es competencia de la Generalitat la tramitación de las autorizaciones que comportan la modificación de las situaciones previstas en los artículos 199, 200, 202 y 203 RELOEx. siempre que se traten de modificaciones que, una vez aprobadas, comporten una autorización inicial de trabajo. Y, por otro lado, las compatibilidades previstas en el art. 201 RELOEx.

VI. Conclusiones

Hablar de competencias es hablar de soberanía. Una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado la podemos encontrar en el ejercicio de las competencias en materia de extranjería e inmigración. La extranjería y la inmigración son competencias superiores y necesarias que atañen al ejercicio de la soberanía. Nuestra Constitución indica una serie de temáticas donde se ejercen competencias y donde hay ámbitos que son de exclusividad del Estado (art. 149 CE) y otros que pueden ser asumidos por las Comunidades Autónomas (art. 148 CE).

La Constitución distingue entre extranjería e inmigración, trata de diferenciar, y ese es el espíritu que hay que perseguir para su interpretación, y esto va a tener un impacto en las competencias que asumen las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. La inmigración no puede ser tratada con las normas básicas de extranjería, esta complejidad se va a trasladar a las competencias que pueden ser asumidas por las CCAA y que van a colisionar con las competencias exclusivas que atañen al Estado.

El art. 138 EAC 2006 contiene la competencia en «inmigración», y fue objeto de recurso de inconstitucionalidad donde el TC en la STC 31/2010, de 28 de junio, desestimó tal pretensión y sirvió de base para

la interpretación que debía de hacerse respecto a este artículo, dejando claro que «la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado de conformidad con el art. 149.1.2 CE». No obstante, a partir de aquí hay que detenerse en el alcance material de las concretas competencias o potestades atribuidas a la CCAA, teniendo en consideración que la competencia estatal en esta materia no es un título horizontal de alcance ilimitado que debilite las competencias de las CCAA de carácter sectorial con incidencia en la población migratoria. Evidenciando, como hoy en día podemos corroborar, que la inmigración es una cuestión compleja donde intervienen, desde el punto de vista jurídico y no jurídico, diversas materias.

Particularmente, respecto al segundo apartado del art. 138 EAC 2006, señaló que al Estado le corresponde con carácter exclusivo la competencia donde se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición. Y que a la Generalitat le puede corresponder aquella competencia que opera sobre el extranjero inmigrante y que se refiere estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña.

Sin embargo, en el ámbito legislativo-político sigue siendo motivo de controversia y discusión de ahí que recientemente el Tribunal Supremo haya tenido que pronunciarse al respecto para aclarar, completar, reforzar o, en su caso, matizar su jurisprudencia, especialmente en aquellas acciones que quedan encuadradas en el ámbito de asistencia social, concretamente en las actuaciones de primera acogida de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y la competencia autonómica de asistencia social en relación con la integración de la inmigración y solicitantes y beneficiarios de protección internacional.

La extranjería e inmigración es una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2^a CE), pero también ha admitido la jurisprudencia constitucional que si bien al Estado le corresponde con carácter exclusivo la competencia donde se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatamente vinculadas a esa condición, a la Generalitat de Cataluña le puede corresponder aquella competencia que opera sobre el extranjero inmigrante y que se refiere estrictamente a su condición como trabajador

en Cataluña, es decir, la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral que afecta a las personas inmigrantes trabajadoras.

El Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7ª CE). Es una materia en la que el Tribunal Constitucional actualmente, y siguiendo su tradicional doctrina, ha realizado una interpretación restrictiva de una simple posibilidad de regulación por parte de las CCAA. En la actualidad se impide a los Estatutos de Autonomía asumir competencias de naturaleza legislativa en materia laboral, pero sí es permisible que las CCAA asuman, de hecho han ido asumiendo, potestades de ejecución en sus respectivos Estatutos, como lo ha hecho Cataluña donde corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (art. 138.2 EAC 2006), es decir, se ha podido asumir una competencia sobre la base de que en la inmigración inciden otras materias, llamadas competencias sectoriales, que las CCAA han podido ir arrogándose y que inciden en la población migrante trabajadora.

El traslado de competencias en este campo se llevó a cabo mediante el RD 1463/2009, de 18 de septiembre. La Comisión Bilateral Generalitat-Estado desde su constitución en el año 2007 se ha reunido en 11 ocasiones. El año 2011 tiene una especial trascendencia, ya que se adoptó por la Comisión el Acuerdo relativo a nuevos supuestos de autorizaciones iniciales de trabajo de personas extranjeras cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, analizado su encaje en el art. 138.2 EAC 2006 por la Subcomisión Bilateral Cooperación Generalitat-Estado, a partir de los nuevos supuestos instaurados por el RD 557/2011, de 20 de abril.

Toda esta asunción de competencias tiene un impacto en la práctica de ahí que este trabajo haya tratado de concretar de forma actualizada cómo se desenvuelve el ámbito competencial que ejerce la Generalitat en estos momentos, circunscrito en su intervención sobre unas determinadas autorizaciones administrativas y qué otras autorizaciones han dejado de formar parte de este marco al aprobarse recientemente diversas normas que reconfiguran otro espacio diferenciado de intervención única estatal.

VII. Referencias bibliográficas

- CAMAS RODA, F.; BASEIRIA MARTI, J.; GIRONA DURÁN, R.; LÓPEZ ROCA, C.; MARTÍNEZ ASO, M. y ROJO TORRECILLA, E. (2010). *L'atribució de competències en matèria d'immigració derivades de l'Estatut d'autonomia de Catalunya*. Ed. Institut d'Estudis Autònomic.
- CASAS BAHAMONDE, M^a. E. (2018). Artículo 149.1.7^a. Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. En la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II. Ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982). La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico. *Revista española de derecho constitucional*, núm. 5.
- GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (2009). La distribución de competencias en materia de inmigración. *Temas Laborales*, núm. 100.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2006). Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto competencial en las materias de empleo, trabajo y protección social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 83.
- RAMOS POLEY, L. (2022). *Vías legales de acceso a España de personas migrantes con el objetivo de residir y trabajar. Especial atención al Pacto Mundial sobre Migración de Naciones Unidas*. Tesis doctoral. <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/20834>
- ROJO TORRECILLA, E. (2009): Inmigración y mercado de trabajo en Cataluña. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/06/inmigracion-y-mercado-de-trabajo-en.html>
- ROJO TORRECILLA, E. (2024). *Cataluña. Pacto político en materia de inmigración. Los deseos (de algunos), por una parte, la realidad jurídica por otra (actualización a 16 de enero)*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales,

p. 12. Disponible en: https://www.academia.edu/113477447/Catalu%C3%B1a_Inmigraci%C3%B3n_Los_deseos_de_algunos_y_la_realidad_jur%C3%ADdica

ROJO TORRECILLA, E. (2009): *Análisis de la competencia estatal traspasada a Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena (I)*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/10/analisis-de-la-competencia-traspasada.html>

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (2012). Artículo 38. Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*, Ed. Comares, Granada.

**IV. El empleo en el sector
de cuidados como ámbito
de investigación específico
en la Universitat de Girona**

Condiciones de trabajo del personal trabajador de cuidados y cartografía sobre el principio de no discriminación por razón de género y condición migratoria

Ferran Camas Roda

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universitat de Girona. Responsable en la Universitat de Girona del Proyecto de investigación Horizon Europe (2023-2025), *Care4Care, Cuidamos a las personas que cuidan*, para el estudio del principio de antidiscriminación por razón de género y la condición migratoria de las personas que trabajan en el sector de cuidados

Sumario

I. Introducción, 373 II. Una delimitación específica sobre los empleos de cuidados, 375 III. Condiciones de trabajo del personal trabajador de cuidados, 380
3.1 El perfil del personal trabajador que cuida, 381 3.2. Condiciones de trabajo del personal trabajador de cuidados, 385 IV. Mapeo de supuestos de discriminación por razón de género y condición migratoria de las personas, 393 V. A modo de coda final, 399 VI. Bibliografía, 400

I. Introducción

El Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social del Departamento de Derecho Privado de la Universitat de Girona (UdG) está viviendo un momento especialmente intenso en lo relativo a investigación, ya que al margen de este proceso de actividades en homenaje al profesor Eduardo Rojo Torrecilla con motivo de su jubilación que iniciamos en noviembre del 2023 y que finalizaremos con el libro para el cual realizo esta aportación, disponemos de un Proyecto de investigación *Horizon Europe* (2023-2025), titulado *We Care for those who Care (Cuidamos a las personas que cuidan)*, con el acrónimo (Care4Care)¹. Del consorcio de este proyecto forman parte las Universidades de Florencia (la cual es la líder del proyecto en su conjunto), Lund, Sevilla, Frankfurt, Rzeszow, Burdeos y la de Girona, además de las entidades *Tuscan Organisation of Universities and Research 4 Europe* (Tour 4 EU); la *Federation Europeenne des Emplois de Famille* (EFFE) y la *European Federation for Services to Individuals* (EFSI).

De forma simplificada, puede avanzarse en este artículo que el proyecto tiene por objeto investigar desde una perspectiva comparativa y multidisciplinar las condiciones de vida y de trabajo de las personas que de forma remunerada trabajan cuidando a otras personas, con una especial atención al trabajo doméstico. A su vez, en función de que las personas cuidadoras son mayoritariamente mujeres e inmigrantes, el sector de los cuidados en un campo interesante para verificar las dinámicas de segregación y exclusión que afectan al mercado laboral. Bajo esas premisas, el proyecto de investigación se fija como principales objetivos desarrollar herramientas adecuadas para mejorar la calidad del empleo y contrastar la discriminación que puede habitar entre los trabajadores del cuidado, para lo cual se propone lanzar acciones como las siguientes: la elaboración de estrategias políticas para hacer frente a la infravaloración del trabajo asistencial o de cuidados, con especial atención al papel clave que pueden desempeñar los sindicatos, las asociaciones de empresarios,

1 Se trata de un proyecto perteneciente al Call: Horizon-CL2-2022-Transformations-01. Granting Authority: European Research Executive Agency. Proyecto número: 101094603, iniciado el 1 de enero de 2023, con fecha de finalización de 31 de diciembre de 2025.

así como los organismos de igualdad y de control de las situaciones de discriminación; el diseño de programas de formación para capacitar a los sindicatos y asociaciones patronales para mejorar la calidad del empleo en el sector; así como la creación de un observatorio permanente sobre el trabajo asistencial, que ponga en marcha una plataforma accesible a los trabajadores asistenciales, con el fin de mejorar el conocimiento de sus derechos.

En este marco, el grupo de investigación que he puesto en marcha en tanto que responsable del proyecto en la Universitat de Girona está formado por los profesores Marc Sáez y Antonia Barceló (ambos economistas); la profesora Dolors Juvinyà (proveniente de los estudios de enfermería), y las Sras. Andrea Cano, Técnica de investigación jurídica y profesora sustituta de la UdG y Anna Molina, contratada predoctoral del proyecto. A este equipo de personas el proyecto nos asigna una misión específica, consistente en identificar y abordar las situaciones de discriminación que se pueden producir en el sector de los cuidados en función de dos motivos singulares, el género y la condición de migrantes de las personas que trabajan cuidando a otras. En este sentido, nuestro equipo de investigación debe analizar, desde una perspectiva comparada, es decir, tanto en el ámbito español como en el conjunto de países cuyas universidades forman parte del proyecto, si en relación con las condiciones de trabajo en el ámbito de los cuidados o por parte de los sistemas de protección social aplicables a aquel, se pueden constatar déficits en el reconocimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación, bien por razón de sexo, bien por razón del estatuto de persona migrante del trabajador o la trabajadora cuidadora.

En el momento de escribir este artículo estamos en pleno proceso de investigación sobre nuestro encargo en el marco del proyecto, si bien los resultados del trabajo que estamos realizando deben ser presentados necesariamente antes de agosto de 2024. La coincidencia entre el estado de nuestros avances en el estudio de la discriminación en el sector de cuidados por razón de género y condición migratoria de las personas trabajadoras, con el periodo que la Editorial que va a publicar este libro nos ha concedido para poder enviarle todas las aportaciones, me ha decidido a que la mía en esta obra tenga por objeto justamente el análisis del sector de cuidados en España desde un punto de vista laboral.

Con esa decisión como base, en este estudio voy a tratar varias cuestiones: en un principio, voy a delimitar el tipo de trabajadores «de cuidado» sobre el que voy a centrar mi estudio partiendo de la base que no voy a incluir a las personas que cuidan a otras en el hogar de ambas y que no son remuneradas por su labor (familiar, podría decirse); en segundo lugar, realizaré un repaso a cuáles son a las características principales de las condiciones de trabajo de las personas cuidadoras; y finalmente, en el último apartado, abordaré la cuestión de la garantía del principio antidiscriminatorio por razón de género y condición migratoria de la persona trabajadora que cuida a otras personas.

II. Una delimitación específica sobre los empleos de cuidados

La tarea de delimitar que tipos de empleos (por tanto, voy a centrarme en el trabajo de cuidados remunerado) pueden incorporarse al sector de cuidados no es tarea fácil, ya que para ello se ha de partir en todo caso sobre lo que se entiende por cuidados, también lo que significa personal trabajador de cuidados, y finalmente sobre el alcance de los sectores específicamente de cuidados.

Una labor de aproximación de mucho interés ha sido llevada a cabo por la Organización Internacional del Trabajo en su informe «El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente» de 2019², que expresa la existencia de dos tipos generales de actividades de cuidado, por un lado, las *actividades de cuidado directo, presencial y relacional* (a las que algunas veces se hace referencia como cuidado «de crianza» o «relacional»), como dar de comer a un bebé, cuidar de un cónyuge enfermo, ayudar a una persona mayor a bañarse, realizar controles médicos o enseñar a niñas y niños pequeños; y por otro, *las actividades de cuidado indirecto*, que no conllevan cuidados personales

2 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente*. Oficina Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_737394/lang—es/index.htm

presenciales, como limpiar, cocinar, lavar la ropa y otras tareas de mantenimiento del hogar (a las que algunas veces se hace referencia como «cuidados no relacionales» o «trabajo doméstico»), que proporcionan las condiciones previas para la prestación de cuidados personales.

Con esa base, la OIT tilda a las trabajadoras y los trabajadores del cuidado como aquellas y aquellos que trabajan a cambio de beneficio o remuneración y cuyas profesiones implican la prestación de un servicio presencial que desarrolla las capacidades humanas del receptor de los cuidados (cuidados personales o cuidados «afectivos»); de esta forma, señala la OIT que se englobarían como trabajadores de cuidado el personal médico y de enfermería, la educación de la primera infancia, los docentes de la escuela primaria y secundaria y sus asistentes, los terapeutas y los trabajadores de los cuidados personales, pero también, al decir del informe que estoy reseñando, los trabajadores domésticos, básicamente porque la prestación de cuidados comprende no solamente al personal del cuidado, sino también al «trabajo de cuidados indirecto»³.

En este sentido, una primera aproximación sobre los empleos relacionados con las funciones de cuidado en España serían los siguientes: en primer lugar, se incluirían las personas que «prestan servicios para el hogar familiar» (que podrían definirse en inglés como «home caregivers»).

Por una parte, se ha de tener presente que empresas proveedoras de servicios personales también pueden contratar a personas trabajadoras para ir a cuidar a otra en su domicilio, en cuyo caso, esta relación laboral es de carácter común, es decir, como la prevista para cualquier trabajador por cuenta ajena, sometida, por tanto, al *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante LET). Ahora bien este régimen se exceptúa cuando se trata de la relación laboral que se concierta entre el titular de un hogar familiar y una persona que trabaje en dicho hogar para que realice tareas domésticas, la cual se pone al amparo 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*; se ha de recordar que

3 *Idem*, p. 168.

según el art. 1 de este Real Decreto 1620/2011, el objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, «así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar», y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos. Por lo tanto, es variada la función que se asigna a estas personas, aunque cabe confirmar que desde la normativa aplicable no se les exige cualificación específica de cuidados para llevar a cabo sus funciones. En todo caso se observa que la prestación de funciones de cuidado pueden llevarse a cabo bajo el paraguas de diferentes regímenes jurídicos laborales, resultando que el de carácter «especial» (Real Decreto 1620/2011) se caracteriza por rebajar de forma general los derechos mínimos que se aplican al personal trabajador en comparación con la regulación del régimen común o estándar (de forma general, más protector para el trabajador), diferencias que ya han sido calificadas como «protection gaps»⁴.

A esa constatación de la bifurcación de regímenes normativos que se puede producir respecto del personal común que va a cuidar a otras personas a sus domicilios, laboral común, por un lado, laboral especial por otro, se le ha de sumar la emergencia de las plataformas tecnológicas que gestionan servicios de cuidado sin la cobertura de la normativa propia del trabajo por cuenta ajena, sino bajo las propias del trabajo autónomo o ya directamente sin paraguas formal alguno, y a las que no les sería aplicable la Disposición adicional vigesimotercera de la LET que regula la presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía.

Ahora bien, debe recordarse que el art. 2 del Real Decreto 1620/2021, que regula la relación laboral especial de prestación de servicios en el

4 Véase el estudio Job Quality and Industrial Relations in the Personal and Housejold Services Sector –Reference: VS/2018/0041 PHS-Quality Project; Countru Report Spain: J.R. Mercader Uguina; FJ. Gómez Abelleira; AB. Muñoz Ruiz; P. Gimeno Díaz.

hogar familiar, excluye de su aplicación aquellas relaciones laborales que sean concertadas por las empresas proveedoras o las realizadas a través de empresas de trabajo temporal (a las cuales se aplicaría el régimen común o estándar); pero también las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, de acuerdo con la *Ley 39/2006, 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*; y finalmente las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada de acuerdo con la Ley 39/2006, ya referenciada.

De hecho, las citadas relaciones de trabajo remunerado acuerdo con la *Ley 39/2006* del ámbito del sistema de dependencia sirve para conectar con la noción de los cuidadores profesionales, que en inglés podrían ser incluidos dentro de la noción de «Basic care workers», si por tales se entiende profesionales que, acreditada la realización de un curso de formación, realizan tareas asistenciales o de cuidado variadas y de baja complejidad, básicamente para cuidado personal, la ayuda doméstica y servicios higiénico-sanitarios.

Estas personas suelen trabajar con personas mayores, drogodependientes o menores, por lo general en entornos como residencias de ancianos o en centros de día o también en atención domiciliaria. De hecho, este tipo de personas trabajadoras que realizan sus funciones de cuidado a personas en situación reconocida de «dependencia» ya sea en un hogar o ya sea en una residencia o centro, se incluyen dentro del *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* (SAAD) derivada de la Ley 39/2006.

Dentro de este régimen de cuidadores profesionales o profesionalizados, también se podrían incluir auxiliares de enfermería o técnicos en cuidados auxiliares de enfermería, que están contratados por empresas proveedoras de servicios de cuidados para prestar sus servicios en domicilios. De hecho, esos auxiliares de enfermería, que en inglés se incluirían en una noción general de «Social and care worker» (no confundir con lo que denominamos en España como trabajadores sociales, sino más bien como ayudantes o auxiliares de enfermería), disponen de unos estudios secundarios para poder acceder a la realización de cursos o estudios de

formación acreditados específicamente por organismos públicos. Las tareas a que les habilitan incluyen ocuparse de la higiene de los pacientes, prestar apoyo logístico a las actividades de médicos y enfermeros, apoyar a los pacientes en la administración de alimentos, etc. y pueden trabajar tanto en régimen trabajo autónomo, como también estar empleados en residencias y hospitales.

En tercer lugar, muy próximo al grupo anterior, de hecho, podrían haberse incluido en un mismo grupo a no ser principalmente por los estudios superiores que deben obtener para realizar las funciones que les corresponden como tales, se encuentran los profesionales de la salud como (médicos, enfermeras, parteras, fisioterapeutas, etc.) que trabajan en instituciones públicas (residencias, hospitales), ya sean públicos o privadas, incluyéndose también los que lo hagan en régimen autónomo si se cumplen los requisitos de la legislación laboral para calificarse de ese modo. En todo caso, se debe traer a colación que, en el marco de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, las personas que han adquirido el rango de funcionarias públicas están sometidas a un régimen especial regulado por la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*.

Finalmente, en cuarto y último lugar, se ha de tener en cuenta que según el Informe de la OIT anteriormente comentado⁵, partiendo del hecho de que adopta una perspectiva amplia sobre lo que es cuidado (sobre todo de carácter relacional), al atraer a aquellas profesiones que implican la prestación de un servicio presencial que desarrolla las capacidades humanas del receptor de los cuidados, también incluye como a persona trabajador de cuidado a maestros y maestras de la primera infancia (hasta los 3 años), docentes de la escuela pre-primera (desde los 3 años hasta la edad de escolarización) y la básica, así como los docentes de la escuela secundaria y sus asistentes, si bien en este trabajo no van a ser objeto de tratamiento.

En todo caso, en este trabajo, que como he expresado deriva directamente del Proyecto de investigación Horizon Europe (2023-2025), titulado *We Care for those who Care* (Cuidamos a las personas que cuidan),

5 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente*, op. cit. p. 168.

me voy a ajustar al objeto previsto en la solicitud la convocatoria que se realizó por el consorcio que lo conforma, y en este sentido, se previó una investigación de los empleos y ocupaciones descritos anteriormente exceptuando al personal médico así como al personal docente del sistema educativo. Respecto del primero, por cuanto se consideró por los miembros del proyecto la prevalencia de su perfil estrictamente sanitario: de hecho, a modo de justificación de ello en el ámbito español debe recordarse que en la *Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias*, se expresa la realización de prestaciones personales de cuidado no en relación con el personal médico, sino con relación a «Diplomados sanitarios», entre los que se incluyen enfermeros, fisioterapeutas, o terapeutas ocupacionales entre otras profesiones (véase su art. 7). Respecto de los docentes, particularmente más allá del trabajo que realizan con respecto con la infancia de más de tres años, se decidió no analizarlos por su inclusión específica en el ámbito de Educación más que en el del Cuidado conforme al sistema ocupacional previsto en varios países: de hecho, vale la pena traer a colación como en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, las referencias al cuidado no lo son en cuanto a su atribución al personal docente, sino en cuanto finalidad que el sistema educativo que este debe dispensar a niños, niñas o personas adultas que lo cursen: así, cuando en el art. se habla de que «el sistema educativo debe capacitar para el ejercicio de actividades profesionales, de cuidados y de colaboración social» (art. 2), o de que la Educación Secundaria Obligatoria debe afianzar los hábitos de cuidado y salud corporales (art. 23), o finalmente, respecto a la educación de personas adultas, que tiene por objetivo que adquieren conocimientos de la economía de cuidados (art. 66).

III. Condiciones de trabajo del personal trabajador de cuidados

Para empezar, en este apartado se va a realizar un análisis sobre cuáles son las principales características subjetivas del personal trabajador de cuidado básicamente en relación con el género y, en función de lo expresando anteriormente, en función de la condición migrante del personal de

cuidados allí donde haya datos que lo muestren. En segundo lugar, este apartado abordará las condiciones de trabajo de aquel personal en función de las diferentes ocupaciones en las que se encuadren allí donde también haya datos o comentarios que lo atestigüen.

3.1 El perfil del personal trabajador que cuida

Empezando por el personal trabajador doméstico en España se ha de traer a colación que según el Informe de la Organización Internacional del Trabajo de 2019 *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente* al que ya se ha hecho referencia, está altamente feminizado y compuesto por población inmigrante, aportando como datos para justificarlo que las trabajadoras y los trabajadores domésticos representan en España el 6,5 % del empleo femenino (y el 0,7 % del empleo masculino), con un 55 % de nacidos en el extranjero⁶.

Para detallar en lo posible esas cifras, cabe decir que si nos centramos en el ámbito de la prestación de servicios del hogar familiar, en concreto respecto de las personas afiliadas al Sistema Especial de Empleados del Hogar, conforme a los datos del Ministerio de Seguridad Social y Migraciones del Gobierno de España en marzo de 2024 se hacen constar una afiliación media de 371.918,33 personas a aquel régimen de protección social, de las cuales, 16.421,76 son hombres, y 355.366,10 son mujeres (por cierto, que el 72 % de ellas tienen una edad entre 40 y 64 años⁷, sin contar el visible porcentaje a partir de los 65 años, lo que es prueba que se trata de un régimen de protección social que acoge a trabajadores que no han cotizado el suficiente número de años en otros sectores⁸). Estas cifras permiten visualizar como dicho sistema de

6 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente*, op. cit., p. 214.

7 Véase la estadística: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: AFILIACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291>

8 DURÁN, M.A. (202). *La riqueza invisible del cuidado*, op. cit., p. 293.

protección social está intensamente feminizado, ello tanto si hablamos de nacionalidades españolas como de extranjeras.

Por otra parte, si se revisan las estadísticas correspondientes a las personas trabajadoras extranjeras afiliadas al sistema especial de empleados del hogar de la Seguridad Social en alta laboral en los datos que se publican en marzo de 2024, resulta que de un conjunto de afiliación media de 371.918.33 personas, un total de 169.370,62 es extranjera (de la cual a su vez, 138.131,81 no tiene una nacionalidad de un Estado Miembro de la Unión Europea), por tanto, suponen el 45,5 % de la afiliación total a la Seguridad Social de las personas incluidas en el Sistema especial de Empleados del Hogar. En todo caso, de esos 169.000 extranjeros que están afiliados al Sistema especial de Empleados del Hogar, 159.700,29 son mujeres⁹. En consecuencia, el sector del servicio doméstico en España se caracteriza por tener un alto componente de mujeres inmigrantes. De hecho, como dice la profesora María Ángeles Durán, el trabajo de cuidados genera potentes flujos migratorios, ya que entre otros factores, el ejército de reserva del mercado mundial de trabajo remunerado de cuidado, especialmente del doméstico, es casi inagotable¹⁰. En consecuencia, nos encontramos en que hoy en día, la mayoría de las personas que se dedica al cuidado de las personas (especialmente de la gente mayor), son mujeres y en un importante número de casos (en relación con la relación laboral documentada o formalizada) migrantes, muchas de ellas sin formación sin estudios superiores ni posibilidades económicas.

Desde el reverso de la moneda, también se puede afirmar que el hecho de que el servicio del hogar familiar se haya convertido más bien en un nicho laboral para las trabajadoras extranjeras, en el marco de un proceso de progresiva sustitución de las mujeres nativas, ha tenido efectos positivos en estas últimas, ya que el hecho de que muchas mujeres españolas pudiesen ir delegando, laboralmente hablando, las tareas propias del

9 Véase la estadística: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: AFILIACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL (AFILIACIÓN POR NACIONALIDAD) <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST292>

10 Véanse las reflexiones de DURÁN, M.A. (2020). *La riqueza invisible del cuidado*, Col·lecció Honoris Causa, Universitat de València, pp. 263 y ss.

servicio doméstico a otro personal, sobre todo extranjero, les ha permitido acceder al mercado de trabajo y así aumentar su tasa de actividad en el mercado de trabajo¹¹, aunque ello suponga que las mujeres extranjeras paguen el elevado precio de desconiliar el cuidado y el empleo en sus lugares de origen.¹²

No obstante, uno de los problemas de ese marco de trabajo extranjero en el servicio doméstico es que buena parte del personal está en situación irregular. De hecho, cabe traer a colación que aunque no existen estadísticas sobre la presencia de personas trabajadoras extranjeras en situación irregular en España en el sector de cuidados en general, según el Informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, de 2022, sobre «La situación de las personas migrantes y refugiadas en España», en el ámbito del trabajo doméstico se calcula que más de 600.000 mujeres trabajan en este sector¹³. Entre ellas, el Informe se hace eco de que 70.000 se encuentran en situación irregular¹⁴. Prosigue el informe expresando que unas 40.000 mujeres trabajan como internas y 9 de cada 10 son extranjeras y concluye que muchas de las trabajadoras que se encuentran en situación irregular se ven obligadas a aceptar un trabajo precario para sobrevivir con jornadas excesivas, llegando a trabajar con pocos o ningún día de libranza, y están expuestas se exponen a sufrir violencia y maltrato por parte de sus empleadores/as, más aún en el caso de las cuidadoras internas.

11 DEFENSOR DEL PUEBLO. *La contribución de la inmigración a la economía española* [Monográfico anexo al Informe anual del Defensor del Pueblo de 2019]: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/II_Estudios_documentos_de_trabajo_2019.pdf

12 DURÁN, M.A. (2020). *La riqueza invisible del cuidado*, op. cit., p. 242.

13 FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES. «La situación de las personas migrantes y refugiadas en España», 2022: <https://www.inclusion.gob.es/documents/1652165/2966006/Situaci%C3%20B3n+de+las+personas+migrantes+y+refugiadas+en+Espa%C3%20B1a++Informe+Anual+2022.pdf/e55230f9-2aa9-3f4e-d64e-002b746e4551?t=1688465906066>

14 Esta afirmación la realiza el Informe del Foro que se ha citado a partir de los datos de la investigación de OXFAM INTERMON «Esenciales y sin derechos» de 2021: <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/esenciales-sin-derechos-informe-completo.pdf> [véase su p. 47]

Por lo que hace a enfermería, cabe traer a colación las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística sobre profesionales sanitarios colegiados, entre los que se incluyen el colectivo de personal de enfermería, que es el mayoritario (35,5 % del total), seguido de personal médico (30,9 %) y personal farmacéutico (8,4 %). Centrándonos en el primero, en el año 2022, se incluyen como enfermeros o enfermeras un total de 336.321 personas, de las cuales 53.023 son hombres y 283.928 son mujeres (de forma específica como personal de enfermería con título de matrona se constatan 656 varones y 9.206 mujeres). De hecho, el Instituto Nacional de Estadística confirma que la función sanitaria tiene una presencia mayoritariamente femenina, ya que en el año 2022 había más mujeres colegiadas que hombres en 13 de las 15 profesiones analizadas por esta estadística de profesionales sanitarios colegiados. Se afirma también que los colectivos con mayor porcentaje de mujeres fueron los de logopedas (el 93,1 % eran mujeres), terapeutas ocupacionales (90,4 %) y enfermeros (84,2 %)¹⁵.

También debo referirme a otros colectivos de cuidados como los denominados como cuidadores profesionales que prestan sus servicios para a la atención de personas dependientes, debe tenerse en cuenta que en el plano de la economía formal están compuestos por profesionales del ámbito sanitario, principalmente personal de enfermería (que según estudios realizados por el particular, desempeñan su profesión en instituciones públicas o financiadas en parte con presupuesto público proporcionando cuidados —no sanitarios— a personas dependientes¹⁶). En todo caso, debe hacerse mención a los datos publicados sobre las personas cuidadoras no profesionales (familiares), colectivo que se configura, a tenor del *XXIII Dictamen del Observatorio de la Dependencia, de la Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales*,

15 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2022). Profesionales sanitarios colegiados, https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176781&menu=ultiDatos&idp=1254735573175

16 INSTITUTO DE LA MUJER. (2008). Estudio realizado por Red2Red Consultores (S.L.): *Cuidados a personas Dependientes prestados por mujeres: valoración económica*, p. 69.

publicado en abril de 2023 por un 74 % de mujeres y un 26 % hombres¹⁷; de hecho, dos consideraciones conviene traer a colación de este Dictamen, en primer lugar, la afirmación de que muchas mujeres se convierten en cuidadoras no por libre elección, sino por imposición económica y social, mientras que los hombres no asumen equitativamente el papel de cuidadores, lo que redundaría en una asignación discriminatoria de las funciones de cuidado retroalimentando la desigualdad. Finalmente, quisiera reseñar también su afirmación de que es inaplazable la regulación de los perfiles profesionales más idóneos para llevar a cabo las labores de asistencia personal en el marco del sistema de dependencia, ya que la utilización de contratos de «servicio doméstico» para esta finalidad —que no reflejan el trabajo a realizar ni presuponen profesionalización y que obviamente desprotegen claramente a las trabajadoras y trabajadores—, no es el camino adecuado y las administraciones gestoras no deberían admitir estas fórmulas para lo cual deben habilitarse otras de manera urgente¹⁸.

En todo caso, en el ámbito de las residencias para personas mayores, los análisis publicados¹⁹ también ponen de manifiesto es el elevado grado de feminización: casi el 90 % (86,9 %) del total de trabajadores son mujeres, aunque se entrevé una presencia creciente de trabajadores masculinos: en 2019 representaban el 13,1 % de todos los trabajadores, frente al 11,7 % en 2015.

3.2. Condiciones de trabajo del personal trabajador de cuidados

Tratar de unificar las virtudes y deficiencias de las condiciones de trabajo de los trabajadores de cuidado en los que prestan sus servicios

17 ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTRAS Y GERENTES EN SERVICIOS SOCIALES. (2023). *XXIII Dictamen del Observatorio de la Dependencia*: <https://directoressociales.com/xxiii-dictamen-del-observatorio-de-la-dependencia/>

18 *Idem*, pp. 42-43.

19 Véase en especial el de MONTSERRAT CODORNIU, J. (2023). «El impacto de la pandemia en las residencias para personas mayores y las nuevas necesidades de personal en la etapa pos-COVID». *Revista Panorama Social*, núm. 33.

puede no resultar una cuestión útil desde el momento en que, como se ha visto anteriormente, dentro del personal trabajador de cuidados se incorporan perfiles laborales diversos bajo diferente régimen jurídico e incluso diferentes convenios colectivos caso de haberlos. Al contrario, puede resultar más de interés hacer un repaso a las cuestiones que se están planteando desde los agentes sociales o las mesas institucionales por colectivo o sector para conocer los problemas que afecten a estos, a no ser que se puedan aportar datos que puedan ser comunes a todos, y posteriormente expresar aquellas soluciones que pueden resultar de interés para todos los trabajadores del cuidado.

1. En el ámbito de las residencias para personas mayores, los estudios realizados han mostrado cómo se trata de un sector compuesto por trabajadores con un bajo nivel de formación, ya que más de la mitad de ellos (55,5 %) han completado únicamente estudios primarios, con o sin formación profesional de primer grado; mientras que el resto se distribuye entre un 20,5 % con estudios secundarios o postobligatorios y un 24 % con estudios superiores²⁰. La cuestión de la (poca) formación en el ámbito de los cuidados debe merecer una atención especial por cuanto para evitar las situaciones de precariedad laboral que se anudan en muchos casos de trabajo de cuidados es necesaria la profesionalización de los cuidados a través de la oferta de acciones de formación y dispensa de certificaciones profesionales de la experiencia adquirida, lo cual, debería por lo demás ir acompañado con fórmulas de formalización de las relaciones laborales (sobre todo en el ámbito de los cuidados en el hogar)²¹. En este ámbito es interesante traer a colación lo propuesto por el *Documento de Bases por los Cuidados* editado por el Instituto de las Mujeres, en abril de 2023, el cual reclama que en lo concerniente a trabajadoras de centros

20 MONTSERRAT CODORNIU, J. «El impacto de la pandemia en las residencias para personas mayores y las nuevas necesidades de personal en la etapa pos-COVID». *Revista Panorama Social*, ya citado.

21 Así lo concibe QUINTERO LIMA, MARÍA GEMA: «El valor de los cuidados: necesidad de profesionalización, aunque no sólo», en AA.VV.: *Economía de la Inclusión, el reto de la desigualdad y la vulnerabilidad social*, Edita Fundación Mutualidad de la Abogacía, 2023 (pp. 650 y ss.).

de cuidados y sanitarios (residencias de mayores, centros de salud mental, etc.), a auxiliares sociosanitarias, a asistentes personales o a empleo del hogar se les reconozcan sus habilidades profesionales a través de certificados de profesionalidad. Además, el documento expresa que cada una de las categorías profesionales debería contar con un plan formativo específico con el objetivo de mejorar las condiciones de las personas trabajadoras y sus usuarios²².

Por otra parte, los estudios especializados sobre las condiciones de trabajo en el sector de cuidados muestran como en la franja temporal que va del año 2015 al 2019 en el sector de establecimientos residenciales para mayores hay una alta proporción de empleos temporales y/o de jornada a tiempo parcial. De hecho, respecto de los primeros se ha comentado que el indicador «media de días contratados al año» de determinadas modalidades de contratos temporales, con valores alrededor de tres meses o incluso de cuatro meses induce a pensar que la función de estos no es «puntual», sino que los suscriben trabajadores que complementan la plantilla fija, realizando las funciones propias de esta²³.

Otro elemento de interés que ha sido detectado por los estudios realizados respecto del personal de residencias de personas mayores son las bajas cuantías de las remuneraciones medias anuales del personal, ya que en 2019 las sitúan en un 20 % (18.136 €) inferior a la media del sector servicios en España (22.723 €), y si se compara con el salario medio anual del conjunto de la economía en España, la diferencia alcanza el 26 %, cuestión que explicaría la dificultad de atraer trabajadores hacia este sector, ya que se expresa que aquellos con credenciales sociosanitarias prefieren trabajar en hospitales o centros sanitarios, donde las condiciones laborales son mejores²⁴.

22 INSTITUTO DE LAS MUJERES. (2023). Documento de Bases por los Cuidados: <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1969.pdf>

23 MONTSERRAT CODORNIU, J. «El impacto de la pandemia en las residencias para personas mayores y las nuevas necesidades de personal en la etapa pos-COVID», ya citado.

24 MONTSERRAT CODORNIU, J. «El impacto de la pandemia en las residencias para personas mayores y las nuevas necesidades de personal en la etapa pos-COVID», ya citada.

En cuanto a si esas remuneraciones salariales tienen o no un seso de género, se produce un interesante debate en el sentido de si los salarios en las residencias para personas mayores son bajos porque la mayoría de las personas trabajadoras son mujeres o bien porque el personal que ocupa la «primera línea de atención» —tres cuartas partes del total— está encuadrado en bajas categorías profesionales de la Seguridad Social, con salarios que rozan el salario mínimo interprofesional (SMI)²⁵.

En este punto, no se ha de perder de vista que como al efecto ha publicado Comisiones Obreras, respecto de los niveles salariales de los trabajadores de cuidados, los sectores con bajos salarios se caracterizan por tener un mayor peso el empleo femenino en relación con el masculino; así, sectores como el empleo doméstico o los servicios propios de cuidados personales disponían en 2022 de salarios medios mensuales muy inferiores a la media, el primero con 858 € y el segundo 1.450 €. De hecho, el sindicato Comisiones Obreras se hizo eco de que ese año se produjo una intensa conflictividad laboral, principalmente para pedir aumentos salariales y la mejora de otras condiciones de trabajo, como es la de favorecer la contratación a tiempo completo y no la contratación a tiempo parcial²⁶. Como consecuencia de ello, se firmó el *VIII Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal*, cuya vigencia se extiende hasta el 31 de diciembre de 2025, el cual, a juicio del sindicato, desarrolló importantes mejoras salariales, así como una resaltable mejora en las actividades laborales. En todo caso, en dicho convenio no se realiza ninguna mención al colectivo feminizado que suele cubrir sus puestos de trabajo.

25 En este último sentido lo defiende Julia Montserrat Codorniu: «El impacto de la pandemia en las residencias para personas mayores y las nuevas necesidades de personal en la etapa pos-COVID», ya citada.

26 Véase, COMISIONES OBRERAS. *Propuesta de Comisiones Obreras (CCOO) por un Pacto Integral y Estatal de Cuidados Grupo de Trabajo confederal Secretaria de Mujeres, Igualdad y Condiciones de Trabajo*: <https://www.ccoo.es/8788f3fd0193b984c5ab0ca9773d5930000001.pdf>

2. Cambiando de tercio, y yendo al trabajo doméstico vale la pena destacar la reforma que se produjo con el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre respecto de la prestación de servicios del hogar familiar, así como la entrada en vigor en febrero de 2024 en España del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)²⁷, significando en ambos casos un aumento de los derechos de las personas empleadas en el hogar familiar que ha sido valorado de forma positiva por agentes del sector de cuidados²⁸: así, por ejemplo, se les reconoce el Derecho a la seguridad y salud en el trabajo conforme a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que se aplica a todos los trabajadores y trabajadoras; se reconoce a las personas del servicio doméstico la obtención de prestaciones de desempleo cuando finalizan su relación laboral; también se pasa a dotar a las personas que trabajan en el servicio doméstico de la cobertura de la institución del Fondo de Garantía Salarial, en consecuencia, dicho Fondo podrá abonar salarios pendientes de pago en casos de insolvencia de la unidad familiar que ha contratado a las personas del servicio doméstico; también se impulsa la consideración de la contratación indefinida en el ámbito del trabajo doméstico y se garantiza que las personas trabajadoras del servicio doméstico reciban información de las condiciones esenciales de su contrato de trabajo; finalmente, se deroga la posibilidad de que el titular del hogar familiar pueda extinguir el contrato por su única decisión de desistir.

En todo caso, un problema a abordar en el sector del hogar familiar es la persistente informalidad del trabajo realizado al margen de la nacionalidad o del estatuto migratorio de las personas cuidadoras:

²⁷ Las disposiciones de este Convenio entraron en vigor para España el 29 de febrero de 2024 (véase el Instrumento de adhesión de 3 de abril de 2023 al Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, hecho en Ginebra el 16 de junio de 2011: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8304

²⁸ Así por ejemplo, la Mesa asesora de los Cuidados, que en su Documento de Bases por Los Cuidados, ha afirmado que esas medidas suponen un avance importante para la dignificación de los trabajos de cuidados, un adelanto para su profesionalización y una mejora para la consideración de las trabajadoras del sector en su conjunto (INSTITUTO DE LAS MUJERES. *Documento de Bases por los Cuidados*, ya citado anteriormente).

aunque nos sea posible constatar datos específicos sobre la informalidad, ya que esta naturalmente no queda registrada por su misma naturaleza, ahora bien, aquella se presume alta si se comparan los datos del conjunto de personas afiliadas al Sistema Especial de Seguridad Social que se publicaban en agosto de 2022: 373.101 personas, con las cifras que publica la Encuesta de Población Activa para el segundo trimestre de 2022 respecto del personal ocupado en hogares empleadores de personal doméstico, que arroja la cifra de 545.700. Por tanto, conforme a los parámetros diferenciales entre ambas latitudes, se constata que podrían existir unas 172.599 personas del servicio doméstico que, pese a prestar sus servicios para hogares empleadores, no estarían dadas de alta a la Seguridad Social. Como derivada de ello, se debe confirmar así de que el hecho de que se trate de un sector con alta informalidad constituye también un lugar propicio para que trabajadoras extranjeras en situación irregular lo consideren como una puerta de entrada prioritaria al mercado de trabajo, que además les puede permitir solicitar tiempo después a realizarlo una autorización excepcional de residencia y de trabajo por circunstancia de arraigo conforme a la legislación de extranjería.

Otra cosa es que ese trabajo informal dé lugar a situaciones de explotación laboral, lo que ha sido denunciado por entidades sociales como Cáritas²⁹, para la cual, esta situación es un caldo de cultivo para la indefensión en la mujer que, a menudo, no es consciente de sufrir explotación, normalizándola y pensando que es un paso necesario para conseguir un trabajo mejor; añade Cáritas que en el caso de las mujeres inmigrantes, al estar fuera de su país de origen, asumen que deben «aguantar» de todo; de hecho, aunque muchas de ellas sean conscientes de sufrir vulneraciones, no lo denuncian por miedo a perder el trabajo, por creer que no sirven para nada o por no sentirse legitimadas de hacerlo.

29 Véase CÁRITAS. (2022). Cáritas denuncia que los derechos laborales de las empleadas de hogar están «gravemente desprotegidos». <https://www.caritas.es/noticias/caritas-denuncia-que-los-derechos-laborales-de-las-empleadas-de-hogar-estan-gravemente-desprotegidos/>

3. Finalmente, como aspecto que pueden erigirse en un mínimo común denominador a las diferentes funciones de cuidado, hay que destacar la cuestión de la siniestralidad laboral, o dicho de otro modo, el elevado número de accidentes de trabajo que arrojan las estadísticas de 2022 del Ministerio de Trabajo en relación con los empleos de los trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de las personas, que incluyen a los trabajadores de los cuidados a las personas en servicios de salud; a otros que presten sus servicios para los cuidados a las personas, y también a los trabajadores de servicios personales³⁰.

En este sentido, respecto de los accidentes de los Trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de las personas, los índices de incidencia de siniestralidad laboral (es decir de accidentes relacionados con el ejercicio del trabajo) en los últimos años han sido de 2.737,2 puntos en 2019; 2.517,6 en 2020; 2.893,9 en 2021) y 3.211,9 en 2022. Se trata de unos datos que muestran un elevado índice de incidencia de siniestralidad laboral por parte de los trabajadores de los servicios de salud y cuidados de las personas. Se ha de tener en cuenta que el índice de incidencia total, es decir, del conjunto de todas las ocupaciones del mercado de trabajo, eran los siguientes: en 2019 3.019,6 puntos; en 2020: 2.455; en 2021; 2.810,5; y en 2022: 2.950,7. Comparando ambos cuadros de datos, el de los servicios de salud y cuidados a la persona, por una parte, y el índice de incidencia total por otra, se detecta que el índice de los primeros superan a los segundos, y lo hace sobre todo a partir de la pandemia de la COVID-19 en el año 2020.

En función de lo que se observa por cada ocupación dentro de los servicios de salud y cuidados a la persona, el índice de incidencia de los trabajadores en servicios de salud llegaba a un 5.373,4 en 2022. Compruébese como el índice de los trabajadores de los cuidados a las personas en servicios de salud 3.799,5 (2019) 4.044,4 (2020) 621,9 (2021) 5.373,4 (2022): respecto de los trabajadores de los cuidados a las personas: 2.489,8

30 MINISTERIO DE TRABAJO. Boletín de Estadísticas sobre Accidentes de Trabajo: Estadísticas de accidentes de trabajo: ATR-1.1.8. Índices de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada, por ocupación del trabajador accidentado: https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/monograficas_anuales/EAT/2022/index.htm

(2019) 1.992,8 (2020) 2.233,7 (2021) 2.194,5 (2022); y finalmente, por lo que hace a los trabajadores de servicios personales 1.834,0 (2019) 1.304,7 (2020) 1.546,4 (2021) 1.703,9 (2022).

Se constata como el sector de cuidados es especialmente sensible a la accidentalidad laboral con baja. El hecho de que muchas mujeres trabajadoras del cuidado no aprecien los límites del esfuerzo físico que están realizando o no sepan, por falta de formación, como gestionar física o psicológicamente a una persona que requiere de sus cuidados pueden ser factores que pueden potenciar esa siniestralidad. Otras razones son conocidas, como el *burnout* sanitario, por ejemplo, de los trabajadores geriátricos debido a las bajas expectativas de curación de los enfermos³¹, así como el estrés de los trabajadores de cuidados en general, pero más aún cuando se ejerce respecto de enfermos graves o muy discapacitados³². A ello se podría sumar también las relacionadas con riesgos psicosociales en el trabajo, como violencia o acoso laboral, o bien estrés.

Se ha de tener presente que la violencia, especialmente la de carácter sexual, es una situación extendida en el ámbito doméstico. La previsión del legislador español es combatirla en cuanto sus efectos en la salud de la persona, sobre todo previniendo el riesgo que conllevan, aunque también aplicando las medidas contenidas en el Convenio sobre la violencia y el acoso, núm. 190 de 2019, que ha sido ratificado por España. Por lo demás, se debería considerar por la normativa, de forma específica, las situaciones de acoso o violencia de carácter sexual cuando se trata de empleadas inmigrantes o extranjeras, principales damnificadas por esta lacra.

Los estudios realizados sobre la violencia en las mujeres cuidadoras han mostrado como en muchas ocasiones, las mujeres cuidadoras sufren violencias cruzadas o interseccionales, es decir, las sufridas en el ámbito laboral, las que pueden sufrir por motivos racistas o machistas en el ámbito social y familiar, así como también, en el caso de ser extranjeras, las situaciones de violencia que han sufrido en el proceso migratorio junto

31 DURÁN, MARIA ÁNGELES. *La riqueza invisible del cuidado*, op. cit., p. 446

32 *Idem*.

a las vividas al llegar al país de acogida³³. Esas situaciones de violencia, por otro lado, pueden provenir de las propias personas que reciben sus cuidados en tanto que acosadores³⁴.

Frente a ello, las recomendaciones que se están llevando a cabo son básicamente que se garantice que las trabajadoras y trabajadores de cuidados de larga duración puedan una formación inicial y continua de alta calidad; que se las proporcione también apoyo psicológico para afrontar los cuidados a personas en la fase final de la vida y en situaciones de gestión de conductas que suponen un desafío³⁵.

IV. Mapeo de supuestos de discriminación por razón de género y condición migratoria de las personas

Otro de los objetivos del proyecto de investigación *Horizon Europe* interuniversitario que estamos realizando entre 2023 y 2025 es, además del estudio de las condiciones de trabajo del personal empleado en el cuidado de otras personas, la realización de una cartografía de las situaciones de dicho personal trabajador puede sufrir por razón de género así como también de su condición de persona migrante. De hecho, esta vertiente de la garantía del principio de igualdad de trato y no discriminación en razón de esos dos factores citados es justamente la tarea específica que le corresponde liderar y coordinar a mi grupo de investigación en la Universitat de Girona, es decir, debemos estudiar las posibles situaciones de discriminación y su solución jurídica tanto respecto de España, sino también las que se producen en el resto de países participantes del proyecto.

33 ALBERTÍN, P.; CORTÉS, P.V. y SIBILA, M. (2022). *Dones que fan treball de cures i de la llar. Desigualtats i violències* [Estudio presentado en 2022 el Ayuntamiento de Girona]: <https://web.girona.cat/enscuidem/estudi>

34 *Idem*.

35 INSTITUTO DE LAS MUJERES. (2023). Documento de Bases por los Cuidados: <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1969.pdf>

El objetivo de este capítulo aportado al Libro de Homenaje al profesor Eduardo Rojo Torrecilla es centrarme en los problemas que se constatan por diversos organismos para detectar situaciones de discriminación en el ámbito general del sector de cuidados, y sobre todo abordar si la normativa vigente aborda la especificidad del personal trabajador que presta servicios en aquel, sobre todo de la legislación de extranjería en atención a la importante presencia de personal migrante que trabaja cuidando a otras personas.

1. En relación con el análisis de las situaciones de discriminación por razón de sexo que se pueden producir en el ámbito del sector de cuidados, es necesario empezar diciendo que el Grupo de investigación constata déficits de información estadística sobre los problemas específicos que pueden sufrir las mujeres en particular en el ámbito de los cuidados o de los empleos que se vinculan a dicha función. Es decir, faltan datos estadísticos sobre las situaciones de la mujer en los trabajos de cuidados, como por ejemplo, sus necesidades del uso de tiempo o de conciliación de la vida laboral y familiar, o incluso sus motivaciones para disponer de un contrato a tiempo completo o a tiempo indefinido en ese sector, etc. De hecho, esto ha sido afirmado en el año 2022 por el Consejo Económico y Social en su informe *Mujeres, Trabajos y Cuidados: propuestas de futuro*³⁶, en el que expresa la existencia de lagunas de información sobre los problemas específicos que pueden sufrir las mujeres en particular en el ámbito de los cuidados, ya que los indicadores incluidos en las fuentes de datos oficiales no siempre recogen la desagregación por sexo ni suelen registrar cuestiones, incorporando análisis de índole cualitativa que tendrían relevancia para su interpretación en perspectiva de género. En este sentido, el informe concluye que «es necesario que los organismos estadísticos refuercen la producción y actualización de datos desagregados por sexo que, además de cumplir con la normativa al respecto, permitan mejorar el conocimiento de la realidad de las mujeres en distintos ámbitos (usos del tiempo,

36 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. (2022). *Mujeres, Trabajos y Cuidados: propuestas de futuro*. <https://www.ces.es/documents/10180/5282746/Inf0122.pdf/8283bf1c-0f10-1f2d-7e55-444949c4def1>

rentas, afiliación a la Seguridad Social, salud y acceso a la atención sanitaria, emprendimiento, digitalización, ciencia y tecnología, protección social, entre otros) a fin de identificar los obstáculos para la igualdad efectiva». Además de ello, el Consejo Económico y Social aboga por fomentar que se incluya la perspectiva de género en los estudios e investigaciones de toda índole, con el fin de conocer la realidad específica de las mujeres en todas sus dimensiones y detectar las desigualdades que persisten.

Por otra parte, en relación con la cuestión del reparto equitativo de tiempos y trabajos de cuidados, concluye el informe que para lograr un mercado de trabajo inclusivo que no resulte discriminatorio para las mujeres ni desperdicie una parte crucial de su capital humano en un contexto, será necesario que se preste especial atención a cuestiones como por ejemplo la diversidad de las mujeres y los problemas específicos de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad por su edad, nivel educativo, origen, situación de monomarentalidad, violencia de género u otras de forma específica, el Consejo Económico y Social señala que sería necesario avanzar en fórmulas que permitan la conciliación también a las mujeres que trabajan por cuenta propia y en los empleos de cuidados.

De forma general, aplicable tanto a mujeres trabajadoras como las que no lo son, pero realizan labores de cuidado, el Consejo Económico y Social llama a tomar debidamente en cuenta la necesidad de las familias con dependientes a cargo de acceder a servicios profesionales e infraestructuras de cuidado asequibles para facilitar la participación laboral de todas las personas, así como también la necesidad, en suma, de potenciar la corresponsabilidad más allá del ámbito individual, es decir, implicando a Administraciones públicas, empresas y la sociedad en su conjunto para crear entornos más favorables a una distribución más justa en perspectiva de género de los tiempos, los trabajos y los cuidados.

2. Por lo que hace al análisis del marco normativo de extranjería compuesto por la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, y el reglamento que la desarrolla, el *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril*,

se ha de confirmar que no disponen de un tratamiento específico para el sector de cuidados, más allá de una referencia específica a las personas trabajadoras del servicio doméstico respecto del pago de las tasas que deben realizar por la tramitación de las autorizaciones de residencia y de trabajo (véase arts. 45 y 46 de la Ley Orgánica 4/2000 en relación con la Disposición adicional decimoctava del reglamento).

También se ha de hacer referencia a que en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura regulado en el art. 65 del Real Decreto 557/2011, que facilita la superación por los extranjeros que no se hallan en nuestro país del condicionante de la situación nacional de empleo y así poder acceder a España para trabajar, no se recoge ninguna mención a la necesidad de personal en el sector de cuidado, y específicamente de personal trabajador doméstico.

Por otra parte, respecto de las personas migrantes, se ha de hacer constar también a que la normativa de extranjería no suele recoger ninguna mención a la necesidad de personal en el sector de cuidado, y específicamente de personal trabajador doméstico. Hay una falta de ejes de transmisión que vinculen la normativa de extranjería con el sector de cuidados y dentro de este, con el servicio doméstico. Esto lleva a que las personas extranjeras que trabajan en el sector de cuidados puedan tener problemas en acceder a España (no se prevé el trabajo de cuidados como empleo previsto para acceder legalmente a España sin pasar por el filtro de la situación nacional de empleo); realizar un contrato de trabajo; mantenerse en España o hacer traer a sus familiares a este país.

En este marco, es necesario traer a colación determinadas iniciativas para la reforma de la legislación de extranjería, donde se encuentran involucradas las trabajadoras extranjeras del servicio doméstico. Esas iniciativas han sido lanzadas por el Defensor del Pueblo en sus informes anuales, donde en el realizado en 2019, previo a la pandemia de la COVID-19, se adjuntó un estudio sobre *La contribución de la inmigración a la economía española*, en la que se encuentran varias propuestas de reforma.

Especialmente interesantes son varias de las recomendaciones que afectan a la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Aunque se trata de propuestas cuya adopción afectaría al conjunto de personas trabajadoras que pretenden obtener dicho permiso, el Defensor del Pueblo las desarrolla tras el tratamiento que hace en su estudio sobre las problemáticas del sector de cuidados y del servicio doméstico. Es decir, se trata de recomendaciones de reforma normativa que tienen como marco de referencia a las actividades propias del servicio del hogar familiar, y, por tanto, su aceptación tendría un fuerte impacto en este régimen.

Para empezar, la necesidad de modular las cantidades económicas que están fijadas en el arts. 66.2a) del Real Decreto 557/2011 y que cualquier empleador debe acreditar para justificar que cuenta con medios económicos suficientes a los efectos de formalizar el contrato de trabajo gracias al cual se obtenga la autorización. Al margen de la petición de esa modulación sobre los porcentajes económicos que se establecen en aquel precepto, no añade nada el Defensor del Pueblo, aunque considero que más que de modulación, lo que se debería hacer es establecer de forma expresa una regulación específica sobre dichas cantidades, al efecto de rebajar en lo posible su cuantía cuando el empleador lo es un titular del servicio del hogar familiar, sobre todo en el caso de que se trate de unidades de dos o más personas. En este sector de actividad, también se proveen servicios las empresas de cuidados, aunque considero que la mayor flexibilidad moduladora debería centrarse cuando quién contrata es un titular del hogar familiar, arbitrando las medidas necesarias para sus beneficiarios de las medidas necesarias para que respeten la normativa de extranjería y de carácter laboral.

En todo caso, el Defensor del Pueblo sí hace una mención específica al régimen especial de empleadas del hogar al recomendar una cuestión específica en materia de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar. En este sentido, aboga por modificar el artículo 54 del Real Decreto 557/2011, minorando las exigencias económicas fijadas conforme al IPREM en los casos de extranjeros reagrupantes que estén dados de alta en el régimen especial de empleados del hogar, con hijos menores a su cargo en el país de origen.

Siguiendo con la legislación de extranjería, se ha de hacer mención también a que en el artículo 23 de la LO 4/2000 de 11 de enero se recoge el principio de igualdad y no discriminación hacia la población inmigrante

que incluye la integración social, es decir, promover el bienestar de la población migrante. Siguiendo esta previsión, en algunos convenios colectivos se encuentran cláusulas generalistas en las que comprometen a garantizar el principio de igualdad en general, lo cual no deja de tener un matiz pedagógico, ya que sirve para concienciar a la sociedad sobre la necesidad de este tipo de prácticas de igualdad.

Las disposiciones en el marco de la negociación colectiva que concretaban esas cláusulas generalistas, pero trasladándolas a cuestiones concretas de las relaciones laborales que vale la pena considerar en este trabajo son las que incluyeron en el *Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2007*, el cual preveía un apartado sobre Igualdad de trato y Oportunidades que afirmaba que debían aplicarse «las mismas condiciones laborales para los inmigrantes que para el resto de los trabajadores en formas y tipos de contratación, retribuciones, prevención y seguridad, clasificación y promoción, formación y derecho a prestaciones sociales, teniendo en cuenta, con la suficiente flexibilidad, aquellas situaciones específicas y excepcionales que puedan surgir con ocasión de la aplicación del régimen de permisos por acontecimientos familiares, cuando estos conlleven la necesidad de largos desplazamientos» (esta cuestión ya no se recoge en el *V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2023, 2024 y 2025*).

La influencia de aquellas disposiciones sobre garantías de igualdad de trato entre trabajadores migrantes y nacionales se manifestaron en convenios colectivos del ámbito español, detectándose supuestos en convenios colectivos del ámbito de la agricultura y la ganadería, donde hay una alta participación de hombres trabajadores en todo caso, si bien en sectores feminizados como es el sector de cuidados no se encuentran disposiciones específicas que asuman ese principio.

Por otra parte, en materia de igualdad y no discriminación se han de considerar aquellos factores que emergen en mayor medida respecto de las personas migrantes que son principalmente el origen racial o étnico, así como la religión. Por lo que se hace al primero, no he encontrado informes específicamente referidos al sector de cuidados, aunque vale la pena traer a colación el estudio realizado por el Consejo para la Discriminación Racial o Étnica con el título «Percepción de la discriminación por origen racial o

étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020», en el que se señala que en el ámbito del empleo la percepción de discriminación es muy alta entre determinados grupos como son las personas afrodescendientes, magrebí y las personas gitanas. Dentro de estos grupos, por cierto, sobre todo tienen un sentimiento de ser discriminadas las mujeres cuyo trabajo se desarrolla en el ámbito de los cuidados (sanitario y educativo). No obstante, también se expresa que parece incrementarse la valoración social de la aportación al empleo de aquellas personas cuando cubren puestos de trabajo esenciales (en la agricultura, los cuidados y la hostelería, entre otros sectores) muchos de los cuales no son cubiertos por el resto de la población.

V. A modo de coda final

Empezando por el final de este trabajo, los primeros avances de investigación de mi grupo universitario muestran, a mi modo de ver, la necesidad de adoptar un enfoque interseccional en el ámbito de la garantía del principio de no discriminación del personal trabajador de cuidados, principalmente en su triple perspectiva de género, condición migrante (factor este no asumido como tal por nuestra legislación como razón discriminatoria), y por razón de origen étnico principalmente.

Esta cuestión debería llevar a que la legislación, particularmente de extranjería tuviese en cuenta las circunstancias que este personal del cuidado puede sufrir respecto del acceso al empleo (sobre todo porque determinadas ocupaciones como pueden ser las de los trabajadores domésticos se convierten en un nicho de informalidad y de trabajo de migrantes en situación de irregularidad), pero también respecto del mantenimiento de la situación de regularidad de las personas trabajadoras del cuidado en España.

Además de ello, la negociación colectiva debería retomar su papel proactivo en la dispensación de medidas que tengan en cuenta los movimientos migratorios que se están produciendo y que están impactando en el mercado de trabajo en España. Cláusulas como las que se instauraron en medidas de negociación colectiva a principios de este siglo deben volver

a reactivarse para tener en cuenta las características y necesidades de la población extranjera que accede a trabajar en España.

En todo caso, para realizarlo es necesario también disponer de estadísticas o datos que permitan evaluar eficazmente cuestiones relativas al sexo de las personas por ocupaciones propias del sector de cuidados, y sobre todo respecto de los usos del tiempo, rentas, afiliación a la Seguridad Social, salud y acceso a la atención sanitaria, emprendimiento, digitalización, ciencia y tecnología, protección social, entre otros, que afectan a las mujeres trabajadoras que se emplean para cuidar a otras personas.

Respecto de las condiciones de trabajo del personal de cuidados, este trabajo ya ha avanzado la dispersión de regímenes jurídicos, no solo entre ocupaciones propias de cuidado (o propias del sector de cuidados), como sobre todo dentro de relaciones de trabajo como el del servicio doméstico donde además del régimen laboral estándar y del especial, emergen trabajos presididos por la informalidad o al amparo de trabajo autónomo.

Al margen de ello, entre las principales conclusiones se constata ya un alto grado de precariedad laboral y de bajas condiciones de trabajo sobre todo salariales, tanto respecto de aquellos empleos no cubiertos por negociación colectiva como respecto de aquellos que si lo pueden estar, principalmente por la alta feminización de ese sector como por el bajo nivel de formación o cualificaciones que se detectan.

VI. Bibliografía

ALBERTÍN, P.; CORTÉS, P.V. y SIBILA, M. (2022). *Dones que fan treball de cures i de la llar. Desigualtats i violències*. [Estudio presentado en 2022 al Ayuntamiento de Girona]. <https://web.girona.cat/enscuidem/estudi>

ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORAS Y GERENTES EN SERVICIOS SOCIALES. (2023). *XXIII Dictamen del Observatorio de la Dependencia*. <https://directoressociales.com/xxiii-dictamen-del-observatorio-de-la-dependencia/>

- CÁRITAS. (2022). Cáritas denuncia que los derechos laborales de las empleadas de hogar están «gravemente desprotegidos». <https://www.caritas.es/noticias/caritas-denuncia-que-los-derechos-laborales-de-las-empleadas-de-hogar-estan-gravemente-desprotegidos/>
- COMISIONES OBRERAS. *Propuesta de Comisiones Obreras (CC. OO.) por un Pacto Integral y Estatal de Cuidados Grupo de Trabajo confederal Secretaría de Mujeres, Igualdad y Condiciones de Trabajo*. <https://www.ccoo.es/8788f3fd0193b984c5ab0ca9773d593000001.pdf>
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. (2022). *Mujeres, Trabajos y Cuidados: propuestas de futuro*. <https://www.ces.es/documents/10180/5282746/Inf0122.pdf/8283bffc-0f10-1f2d-7e55-444949c4def1>
- DEFENSOR DEL PUEBLO. (2019). La contribución de la inmigración a la economía española [Monográfico anexo al Informe anual del Defensor del Pueblo de 2019]: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/II_Estudios_documentos_de_trabajo_2019.pdf
- DURÁN, MARIA ÁNGELES. (2020). *La riqueza invisible del cuidado*, Col·lecció Honoris Causa, Universitat de València.
- FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES. (2022). «La situación de las personas migrantes y refugiadas en España». <https://www.inclusion.gob.es/documents/1652165/2966006/Situacion%20de%20las%20personas%20migrantes%20y%20refugiadas%20en%20Espa%C3%BAa+-+Informe+Anual+2022.pdf/e55230f9-2aa9-3f4e-d64e-002b746e4551?t=1688465906066>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2022). Profesionales sanitarios colegiados. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176781&menu=ultiDatos&idp=1254735573175
- INSTITUTO DE LA MUJER. (2008). Estudio realizado por Red2Red Consultores (S.L.). *Cuidados a personas Dependientes prestados por mujeres: valoración económica*.
- INSTITUTO DE LAS MUJERES. (2023). Documento de Bases por los Cuidados. <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1969.pdf>

- MERCADER UGUINA, R.; GÓMEZ ABELLEIRA F.J.; MUÑOZ RUIZ, A.B. y GIMENO DÍAZ, P. Job Quality and Industrial Relations in the Personal and Household Services Sector –Reference: VS/2018/0041 PHS-Quality Project; Country Report Spain.
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Afiliaciones a la Seguridad Social. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291>
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES. Afiliaciones a la Seguridad Social (afiliación por nacionalidad). <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST292>
- MINISTERIO DE TRABAJO. Boletín de Estadísticas sobre Accidentes de Trabajo: Estadísticas de accidentes de trabajo: ATR-I.1.8. Índices de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada, por ocupación del trabajador accidentado. https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/monograficas_anuales/EAT/2022/index.htm
- MONTSERRAT CODORNIU, J. (2023). «El impacto de la pandemia en las residencias para personas mayores y las nuevas necesidades de personal en la etapa pos-COVID». *Revista Panorama Social*, núm. 33.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente*. Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_737394/lang—es/index.htm
- OXFAM INTERMON. (2021). «Esenciales y sin derechos». <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/esenciales-sin-derechos-informe-completo.pdf>
- QUINTERO LIMA, M. G. (2023). «El valor de los cuidados: necesidad de profesionalización, aunque no sólo», en AA.VV.: *Economía de la Inclusión, el reto de la desigualdad y la vulnerabilidad social*. Fundación Mutualidad de la Abogacía.

El dret a cura i les feines de cures sota l'òptica dels Drets Humans

Anna Molina Garcia

Investigadora docent de l'Àrea de Dret del Treball i la Seguretat Social, de la Universitat de Girona

Sumari

I. Introducció, 404 **II. Els DDHH i la importància del dret de cura per a l'assoliment dels DDHH, 405** 2.1. Definició històrica i conceptual dels DDHH, 405 2.2. Anàlisi de la Declaració dels Drets Humans de 1948, 409 2.3. Els DDHH i el treball de cures, 415 **III. Nacions Unides: interpretació del dret de cura a nivell internacional, 419** 3.1. La Declaració de Beijing, 420 3.2. La Resolució aprovada del Consell de Drets Humans l'Onze d'Octubre de 2023, 421 3.3. La consulta del Consell Nacional de Dones de Catalunya, 424 **IV. La incidència de l'OIT en el treball de cures, 425** 4.1. Bases de l'OIT per afrontar el treball de cures, 425 4.2. La importància del Conveni 189 de l'OIT, 428 4.3. El Conveni 189 de l'OIT i l'Estat Espanyol, 430 **V. Conclusions 432** **VI. Bibliografia, 433**

I. Introducció

En els darrers anys, Europa pateix un procés d'envelliment de la població sense precedents. Segons les dades publicades per les Nacions Unides, l'any 2050 un de cada quatre europeus serà major de 65 anys.¹ Així doncs, la premissa de l'envelliment de la població europea obra la discussió sobre com estructurar la consegüent demanda de necessitats de cures que l'acompanya. Una de les qüestions més rellevants, la correlació i coordinació de la salut i l'assistència social,² vertebrada la resposta que han d'oferir els estats i, a la vegada, visibilitzar tots els subjectes als quals els Drets Humans (a partir d'ara, DDHH) no són garantits. En aquest context sorgeix, en primera instància, la necessitat d'ubicar socialment el dret de cura en les persones que més el requereixen, com en les que el proporcionen, siguin familiars, amics o treballadores i treballadors cuidadors de les persones sol·licitants.

Amb la voluntat d'endinsar-se en aquesta qüestió i, amb l'ànim de cercar-ne una resposta, la Universitat de Girona s'ha adherit al projecte encapçalat per la Universitat de Florència dins el programa europeu «Horizon Europe»,³ «Care4Care: We care for those who care».⁴ Aquest projecte, dirigit pel doctor i professor Ferran Camas Roda, Catedràtic de Dret del Treball i la Seguretat Social per la Universitat de Girona, té com a objectiu fomentar la recerca en una de les temàtiques axials del nou paradigma poblacional a què s'enfoca la Unió Europea: l'increment de persones envellides amb necessitat de ser cuidades i la problemàtica dels drets de les persones que les cuiden. L'envelliment poblacional no és, emperò, l'única demanda de cures de personal extern per la seva subsistència diària, sinó també persones amb diversitat funcional i infants, i també afecta persones que requereixen

1 NACIONES UNIDAS. (2019). *Europa tiene que abordar el envejecimiento de su población ya*. <https://news.un.org/es/story/2021/03/1489612>

2 *Ídem*.

3 EUROPEAN COMMISSION. (2024). *Horizon Europe*. https://research-and-innovation.ec.europa.eu/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe_en?prefLang=es

4 CARE4CARE. (2024). *Care4Care: We care for those who care*. <https://www.care4care.net/consortium/>

cures un temps concret a la vida i d'altres que ho necessiten de forma permanent. A més a més, aquest projecte, a part de l'ànim teòric de la investigació, té com a objectiu la creació d'un portal virtual per a tal que les persones treballadores del sector puguin adreçar-s'hi per saber els seus drets i obligacions com a treballadores, amb la voluntat d'intentar reduir possibles situacions de discriminació.

Aquest article té la pretensió de vincular el dret a cura com a dret humà i, a la vegada, ressaltar la rellevància que té una noció per l'altra. El primer capítol tracta sobre què són els DDHH, la rellevància del reconeixement del dret a ser cuidat com a dret humà i les contradiccions actuals davant de la realització d'aquest dret vulnerant el dret d'altres, especialment el de les treballadores del sector. El segon apartat pretén analitzar els darrers documents emesos per part de les Nacions Unides sobre el dret de cura i el treball que ha estat desenvolupant l'organització associada a la realització d'aquest dret. En el tercer i últim apartat intentarà abordar la rellevància del dret de cura dins l'Organització Internacional del Treball (a partir d'ara, OIT) a l'hora d'intentar abordar la composició social del gruix dels treballadors i les interseccions amb les possibles discriminacions a les quals estan exposats en el desenvolupament de la feina de cures.

II. Els DDHH i la importància del dret de cura per a l'assoliment dels DDHH

Aquest primer apartat és dirigit a interrelacionar el dret de cura amb els drets humans. Per a desenvolupar la idea l'estructura de l'apartat està dividida en donar una definició històrica i conceptual sobre el que són els DDHH, posteriorment s'analitza la Declaració de DDHH de 1948 i finalitza amb un apartat titulat, els DDHH i el dret a cura, on s'intenta sintetitzar i relacionar allò exposat.

2.1. Definició històrica i conceptual dels DDHH

Els DDHH tenen la seva base i el seu origen en una noció d'*humanitat* particular. Però abans d'endinsar-nos en l'origen històric dels drets

humans, cal entendre que quan afirmem que una noció d'humanitat concreta fonamenta els drets humans estem afirmant que la noció d'humanitat, en un sentit general, no és solament una idea, definida en un diccionari, que descriu objectivament una entitat, sinó que és una idea pràctica i concreta, que pot tenir moltes formes en diferents contextos. Per tant, és una noció que es diferencia en contextos, cultures i persones diferents i, en cas que excepcionalment trobéssim que té un contingut homogeni per diverses persones, ens indicaria que elles s'han educat conjuntament en una mateixa cultura, que es reconeixeran mútuament i que, a la vegada, elles formen un conjunt social, és a dir, un col·lectiu.

Així doncs, en certa manera, qualsevol col·lectiu, amb la seva cultura, genera una idea d'humanitat particular en les persones, fomentant, per una banda, que es considerin mútuament com a tal i, per altra, que diferenciïn correctament qui forma part del col·lectiu i qui no. La noció d'humanitat és dependent, en conseqüència, de la naturalesa del col·lectiu que la genera i la cultura en la qual s'emmarca i conté, malgrat aquesta contingència, un propòsit comú: malgrat que fossin diferents en funció de l'espai-temps i de les comunitats en el que s'han articulats, és necessari, en un sentit civilitzatori, homogeneïtzar la concepció de l'individu humà entre persones que conviuen, generant reconeixement mutu, empatia i solidaritat a favor de la mateixa convivència.

La noció de DDHH, curiosament, a diferència d'aquestes tendències immunològiques dels col·lectius i de les cultures, té una pretensió universalista: totes les persones, sense restricció de cap mena, són iguals davant el dret. La raó per la qual els DDHH es presenten com a universals és perquè, a parer meu, sorgeixen de la necessitat de demostrar que les persones som substancialment iguals en contextos en què certs imaginaris culturals afirmen, de forma hiperbòlica, que les persones tenim valors diferents davant del dret; moments en els quals la defensa de la igualtat és l'única via per fer front a crims que actualment anomenem de *Les a Humanitat*. Concretament, em refereixo als moments en els quals les cultures diferencien les persones d'un col·lectiu respecte a les que no el formen, de tal manera que, en plena coherència amb un discurs legítim, i en consonància amb el propòsit de la noció d'humanitat que contenen, amb la voluntat d'executar la diferència de valor que la cultura afirma

que existeix entre persones de col·lectius diferents, actuen amb crueltat extrema sobre aquestes.

Els DDHH, per tant, sorgeixen de la necessitat jurídica de defensa d'unes víctimes concretes davant de discursos culturals que legitimen la crueltat efectuada des de la reducció de la dignitat i el valor d'aquestes. Els DDHH sorgeixen, en un sentit estructural, sempre posant en entredit algun discurs cultural, afirmant la seva relativitat, amb voluntat de protegir les persones, i proclamem que, en definitiva, existeix una veritat ètica absoluta, basada en l'homogeneïtat de valor davant del dret per part dels individus *Homo Sapiens Sapiens*, demostrant que els éssers humans contenim unes propietats immaterials irreductibles iguals *més enllà del que digui qualsevol cultura*.

Un exemple clàssic és la «Controversia de Valladolid»,⁵ que fou un debat moralista del segle XVI sobre la humanitat i els drets dels indígenes. És, en el segle XVI «*dónde se sitúa el fin de la Edad Media y dónde el principio del Renacimiento ... el tránsito a la modernidad*»⁶ i justament en aquell període comença la «*filosofía de los Derechos Fundamentales*».⁷

El descobriment d'Amèrica i la gestió dels «*Encomenderos*» havia generat tal maltractament sobre la població local que alguns teòrics van plantejar socialment fins a quin punt el fet de no formar part de la comunitat cristiana, en tant que aquesta els era desconeguda, comportava que no tinguessin els mateixos drets que el tercer estat que ubicat a la península. Cal tenir en compte que, durant l'Edat Mitjana, la noció de persona era agustiniana: la persona era únicament en relació d'amor credencial respecte a Déu.⁸ En resum, els indígenes, en tant que no coneixien la religió cristiana, eren persones impersonals i, per tant, podien ser

5 AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID. (2020). *Valladolid, cuna de los Derechos Humanos. La controversia de Valladolid*. <https://www.info.valladolid.es/blog/controversia-de-valladolid/>

6 ANSUATÉGUI ROIG, F. J.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y PECES-BARBA, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 17.

7 *Ídem*, p. 17.

8 FILOSOFIA Y EDUCACIÓN. (2016). *La filosofía de San Agustín (354-430)*. <https://www.filosofiaeducacion.es/LA-FILOSOFIA-DE-SAN-AGUSTIN-354430-C-190.html>

tractades, literalment, de forma inhumana.⁹ La posició de Fray Bartolomé de las Casas no era contrària a aquesta posició, però defensava que els indígenes no coneixen la Paraula de Déu i que, per tant, no se'ls podia jutjar si no se'ls donava l'oportunitat d'adscriure's a la religió cristiana.¹⁰ En certa manera, de Las Casas defensava, des de la posició cultural en què es trobava, la noció d'igualtat.

Un altre exemple, també clàssic i el que ens interessa fonamentalment en l'actualitat, és el que va provocar la redacció de la Declaració de Drets Humans de les Nacions Unides. Posteriorment a les dues guerres mundials i al descobriment dels crims de lesa Humanitat comesos pel nazisme, els diferents països van trobar-se amb la necessitat de pactar un marc comú sobre què són les persones i quins drets tenen. En aquest cas, hi ha una definició per part de l'Oficina de l'Alt Comissionat pels DDHH de les Nacions Unides que conceptualitza els DDHH de la següent manera:

*«son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna».*¹¹

En aquesta línia, defineix i conceptualitza els principis rectors dels DDHH:¹²

- Drets Universals: El principi d'universalitat és el principi a partir del qual es consideren la resta de drets, és a dir, en establir el mateix a nivell internacional, fa que la universalitat dels drets sigui aplicable a tot ésser humà. L'assoliment del principi s'aconsegueix en el moment en què tots els Estats d'arreu del món ratifiquin, encara que sigui un, Tractats en matèria de DDHH.

9 *Ídem.*

10 *Ibidem.*

11 NACIONES UNIDAS. (2024). *Naciones Unidas: Paz, dignidad e igualdad para un planeta sano*. <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights>

12 ALT COMMISSIONAT PER ELS DDHH DE LES NACIONS UNIDES. https://www.ohchr.org/es/ohchr_homepage

- Drets inalienables: Fa referència a drets que no poden ser suspesos o suprimir-se de la mateixa condició humana.
- Drets interdependents i indivisibles: Els drets reconeguts són mútuament dependents els uns dels altres, el que faria que la vulneració d'un suposi la vulneració d'un altre. Aquest principi és un exemple clar de la tesi que fonamenta l'article, el dret a la igualtat no pot ser efectiu mentre no hi hagi un reconeixement i alhora una efectivitat real del dret de cura de les persones.
- Drets iguals i no discriminatoris: Es construeix a partir de la definició proposada a l'inici. Els drets, en tant son universals, són d'aplicació en tots els éssers humans, independentment de les seves característiques.¹³

En definitiva, l'objectiu en el moment de la redacció de la Declaració de DDHH era clar: no deixar que mai més es transgredissin límits morals en situacions d'excepcionalitat, tal com seria en un estat de guerra.¹⁴ La necessitat de protegir els descendents del present de les accions delirants de col·lectius del futur va fer que els Estats cedissin la seva sobirania sobre drets personals i col·lectius davant de l'ordre internacional de les Nacions Unides. I, anticipant-se a la globalització de les relacions personals, els diferents agents geopolítics van pactar un acord sobre quins eren, en qualsevol situació, els drets inherents a la persona.

2.2. Anàlisi de la Declaració dels Drets Humans de 1948

La redacció de la Declaració dels Drets Humans de 1948 va partir dels drets humans reconeguts en la Declaració Francesa de 1789,¹⁵ aquesta, però, només contemplava els DDHH com a drets individuals en la

13 ESCRIBA PÉREZ, A. (2019). Los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6.

14 NACIONES UNIDAS. (2024). *Historia de la Declaración*. <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>

15 CNDH MÉXICO. (2024). *Se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano>

relació interpersonal. L'elaboració de la Declaració va ser fruit d'un debat ideològic i polític entre el sistema capitalista, que era conservador, liberal i individualista, i el comunista, que era col·lectivista i social. El bloc comunista, format principalment la Unió Soviètica, considerava que la persona era principalment un ésser social i pretenia garantir sobretot els drets de caràcter econòmic, social i cultural. En contrapartida, la postura dels països occidentals era la de negar la idea sobre que els DDHH tinguessin un caràcter civil i polític.¹⁶ Un dels aspectes més rellevants de la Declaració és precisament que el seu contingut va reunir, per primera vegada, drets civils i polítics i drets econòmics, socials i culturals. Un exemple d'aquesta unificació es recull al Preàmbul en el seu paràgraf 5è que diu el següent:

*«... els pobles de les Nacions Unides... han decidit de promoure el progrés social i millorar el nivell de vida dins d'una llibertat més àmplia».*¹⁷

Es veu de manera fefaent com la nova concepció d'humanitat inclou, per una banda, el progrés social, la prosperitat econòmica i la llibertat:

*«Para defender la dignidad humana va a ser imprescindible defender tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, derechos estos últimos que han sido reconocidos por primera vez en el ámbito internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos».*¹⁸

La Declaració de DDHH, segons indica René Cassin,¹⁹ es podria dividir en 4 columnes: la primera seria la referent pels drets i llibertats d'ordre personal (de l'art 3 a l'11); la segona als drets de la persona individual en relació amb els grups als quals pertany (de l'art 12 al 17); la tercera seria sobre els drets polítics (de l'art 18 al 21) i, a partir de l'art 22, ens trobem els drets econòmics, socials i culturals.

16 GÓMEZ ISA, F. (2024). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Universidad del País Vasco. <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrat/51.html>

17 ASSEMBLEA GENERAL DE LES NACIONS UNIDES. (1948). *Declaració Universal de DDHH*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cln.pdf

18 *Ídem*.

19 BARCELONA LLOP, J. (2023). *René Cassin, el jurista de los derechos humanos*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2023-10059100632

Així doncs, veiem que conflueixen la perspectiva social i liberal sobre els DDHH. I, per tant, des de l'article 22 de la Declaració, trobem un trencament respecte a la defensa clàssica dels drets humans, a saber, interpretats de manera individual i de caràcter immaterial (la llibertat, la propietat, la igualtat són, *per se*, valors immaterials), i trobem que els DDHH tenen una perspectiva de caràcter cultural, social i econòmic i, per tant, amb requisits materials pel que fa al seu compliment. No és difícil vincular aquesta darrera novetat amb la fundació de l'Estat Social, ja que converteix el dret internacional i, per tant, també les normatives dels països capitalistes, en un híbrid entre el liberalisme i el col·lectivisme. Així doncs, la Declaració dels Drets Humans de 1948 es contraposa a les teories liberals clàssiques —com l'austriaca—²⁰ i responsabilitza l'Estat d'uns DDHH originats també ideològicament en el socialisme, convertint-lo en un agent intervencionista i assistencial amb voluntat de brindar prestacions amb l'objectiu de garantir el benestar social i individual.²¹

La Declaració de Drets Humans de 1948 ens revela la concepció actual sobre els DDHH. En el primer article, trobem quatre definicions substancials:

*«Tots els éssers humans neixen lliures i iguals en dignitat i en drets. Són dotats de raó i de consciència, i han de comportar-se fraternalment els uns amb els altres.»*²²

La primera és la *persona lliure*. La persona és una entitat lliure de forma negativa, a saber, ningú la pot subjugar perquè, fonamentalment, (2) totes les persones són iguals en dignitat —a saber, en valor— i en drets. La tercera definició de l'ésser humà, un cop definit amb relació als altres, se'l defineix substancialment de manera racionalista; *som humans perquè tenim consciència i raciocini*. La quarta definició és un manament: *s'ha d'actuar de forma fraternal entre humans*. Per tant, tots som iguals, estem

20 YU, F. L. T., y SHIU, G. M. C. (2011). «A new look at the Austrian School of Economics: review and prospects». *International Journal of Pluralism and Economics Education*, 2(2), 145-161.

21 CONTRERAS PELÁEZ, F. J. (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 15. Fundación Cultural Enrique Luño Peña.

22 *Ídem*.

relacionats de forma homogènia, tenim el mateix valor i hem d'executar el principi de la solidaritat entre nosaltres; en resum, som membres d'una única comunitat. Aquestes quatre premisses són el punt de partida de la resta de drets. L'article número dos, diu:

«Tothom té tots els drets i llibertats proclamats en aquesta Declaració, sense cap distinció de raça, color, sexe, llengua, religió, opinió política o de qualsevol altra mena, origen nacional o social, fortuna, naixement o altra condició».

Per tant, independentment de les qualitats subjectives de la persona, aquesta declaració és vàlida i les engloba a totes i, a més, afegeix que, a més a més, tampoc es pot discriminar en funció del territori que provingui:

«[...] no es farà cap distinció basada en bestatut polític, jurídic o internacional del país o del territori al qual pertanyi una persona, tant si és independent com si està sota administració fiduciària, si no és autònom, o està sota qualsevol altra limitació de sobirania».²³

En els següents articles continuen desenvolupant els drets de manera individual. Fins que, en l'article 7, hi ha un reconeixement de la igualtat de tota persona davant el dret, a saber, el dret a tenir un procediment just i ajustat al dret, el qual estableix:

«Tots són iguals davant la llei i tenen dret, sense cap distinció, a igual protecció per la llei. Tots tenen dret a igual protecció contra qualsevol discriminació que violi aquesta Declaració i contra qualsevol incitació a una tal discriminació».²⁴

Així doncs, trobem que en els primers articles de la Declaració queda assegurada la igualtat com a dret fonamental de tota persona humana, posant en valor els drets fonamentals de l'individu. Així i tot, com he esmentat, la Declaració es va dur a terme en dos blocs ideològics sobre com s'havien de concebre els DDHH. I, per tant, a diferència dels drets immaterials defensats també al llarg de la Revolució Francesa, a partir de l'article 22 de la Declaració es comencen a desenvolupar els «drets econòmics, socials i culturals (DESC)», que són els drets que garanteixen la satisfacció de les necessitats bàsiques per poder viure dignament.

23 *Ídem.*

24 *Ibidem.*

*«Tota persona, com a membre de la societat, té dret a la seguretat social i a obtenir, mitjançant l'esforç nacional i la cooperació internacional, segons l'organització i els recursos de cada país, la satisfacció dels drets econòmics, socials i culturals indispensables per a la seva dignitat i el lliure desenvolupament de la seva personalitat».*²⁵

Per tant, els drets econòmics, socials i culturals inclouen: l'accés a la salut i seguretat social, el treball digne, l'educació, el dret a l'habitatge, l'accés a productes bàsics com l'aigua i el menjar, un medi ambient adient i l'accés a la cultura.²⁶ La prestació d'aquesta mena de drets, podem dir, constitueixen i garanteixen unes condicions de vida dignes per a les persones; comporten que l'ésser humà es desenvolupi en societat d'una manera lliure i solidària.²⁷ Ens trobem, doncs, que els drets mencionats pressuposen una obligació respecte a l'Estat, hi ha una exigència perquè el mateix actuï de manera fàctica.²⁸

Aquests articles constitueixen les primeres premisses del que coneixem avui en dia com a dret del treball i, sobretot, del que serien els drets socials en els quals es reflecteixen tres ítems: el titular del dret, el seu objecte i, al cap i a la fi, la justificació d'aquest.²⁹

Per tant, s'afirma, des de la Declaració dels Drets Humans de 1948, que la dignitat de la vida humana, i un requisit irreductible de la persona respecte al seu context, és que la persona gaudeixi de benestar material.

L'article 23 es troba el que actualment anomenem dret al treball i el desenvolupa especificant que la lliure elecció de la feina és un dret

25 ASSEMBLEA GENERAL DE LES NACIONS UNIDES. (1948). *Declaració Universal de DDHH*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cln.pdf

26 NACIONS UNIDES. *Derechos económicos, sociales y culturales*. <https://hchr.org.mx/ambitos-de-trabajo/derechos-economicos-sociales-y-culturales/>

27 RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, X. (2015). «Sobre el concepto de los Derechos Sociales Fundamentales». *Anuario Da Faculdade De Direito Da Universidade Da Coruña*, (19), 115-140.

28 ARANGO, R. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edició). Bogotá; Legis, 37. Universidad Nacional de Colombia.

29 ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1ª edició). Centro de Estudios Constitucionales.

fonamental i que s'han de garantir unes condicions equitatives i satisfactòries per desenvolupar la feina. També s'estableix que hi ha d'haver la igualtat salarial pel mateix rol que s'acompleixi independentment de les qualitats de la persona que l'exerceixi. També s'estableix la llibertat de sindicat-se i d'unió entre els treballadors i treballadores. El reconeixement d'aquests drets va ser fonamental com a una base per a la legislació laboral del món i també per a desenvolupar els principis i idees recollides per l'OIT (Organització Internacional del Treball),³⁰ i encara és un punt de partida perquè molts estats desenvolupin una legislació més equitativa i justa en matèria de treball.³¹

Una de les disposicions fonamentals la trobem quasi al final de la Declaració, en l'article 28, que estableix el següent:

*«toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivo».*³²

La idea fonamental que exposa aquest article és el següent: que els DDHH siguin efectius tindrà molt a veure amb l'ordre social que tingui cada Estat. La premissa de la importància que té el sistema polític del país per al desenvolupament dels DDHH i l'efectivitat d'aquests ha estat de molt valor teòric per a les posteriors legislacions i, sobretot ha ajudat a desenvolupar el dret al desenvolupament, en l'enfocament estructural dels DDHH.³³

Als altres articles que segueixen a la Declaració es continuen trobant drets socials que acaben sent reconeguts com a DDHH. Els DESC han anat evolucionant al llarg dels anys i han estat objecte de controvèrsies i litigis a diferents països, actualment el reconeixement d'aquests és innegable a la majoria de llocs del món.

30 *Ídem*.

31 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2023). *La Declaración Universal de Derechos Humanos 75 años después*. <https://www.aedtss.com/la-declaracion-universal-de-derechos-humanos-75-anos-despues/>

32 *Ídem*.

33 El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional. <https://www.torrossa.com/en/resources/an/2509025>

2.3. Els DDHH i el treball de cures

En certa manera, l'evidència que el dret de cura és un dret humà és clara. Els infants, persones amb diversitat funcional i ancians tenen dret a la vida i, en tant que no tots poden sobreviure sols, requereixen ser cuidats; o, per altra banda, totes les persones necessiten ser tractades afectivament. Tot i això, les cures han estat desconsiderades al llarg de la història per la seva naturalesa femenina. La cultura masculina, que s'articula com la capacitat absoluta de supervivència i la independència de l'individu masculí, negava i invisibilitzava les tasques de cures, pel fet que aquestes, fonamentalment, afirmen la fragilitat de l'ésser humà, la necessitat de l'altre cuidador per part de qualsevol i el principi relacional de codependència.

La conseqüència a la falta de reconeixement del dret de cures, així com de la seva necessitat ha implicat, paral·lelament, la invisibilitat d'aquelles que executen els treballs de cures. La invisibilització i falta de reconeixement van lligats amb la denegació de cures, malgrat que sigui una feina essencial per a la nostra societat, així ho assenyala el «Documento de Bases para los Cuidados»:³⁴

*«Este cuidado esencial para la vida ha sido prestado sobre todo por las mujeres. Esa condición necesaria para que la vida ajena fuera digna es precisamente la que las ha situado en una posición de subordinación y de discriminación. Es la paradoja del cuidado, que afecta desproporcionadamente a las mujeres, que supone que la prestación de un bien esencial para la vida de las personas y, por tanto, para la propia pervivencia de la sociedad y, por ende, del Estado al mismo tiempo se convierte en un factor de discriminación debido a la asignación exclusiva de las tareas de cuidados a las mujeres, sin reconocimiento ni remuneración».*³⁵

Evidentment, la falta de reconeixement de les feines de cures no ha provocat la seva desaparició, sinó que les persones que la realitzen tinguin més dificultats a l'hora de denunciar qualsevol situació de discriminació i siguin desconexades dels drets que tenen.

34 INSTITUTO DE LAS MUJERES. GOBIERNO DE ESPAÑA. (2023). *Documento de Bases por los cuidados*. <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1969.pdf>

35 *Ídem*.

Un exemple de la discriminació en matèria de gènere i enfocat essencialment en la feina de cures es troba a l'Estat espanyol. Espanya va ser sancionada per una Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea el 24 de febrer de 2022 per no reconèixer el dret a cobrar l'atur a les persones que es dedicaven a les feines domèstiques.³⁶ El cas el va plantejar el jutjat del social núm. 2 de Vigo, on una treballadora de la llar va demandar a la Tresoreria General de la Seguretat Social (TGSS) perquè li van denegar la sol·licitud per cobrar la prestació d'atur. En aquell moment la norma espanyola exclouïa de manera expressa la possibilitat de cobrar la prestació per atur a l'art. 251 d) del *Reial Decret Legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social* (en endavant LGSS). L'argumentació de la sentència sancionadora per part del TJUE va fer constar el fet que la disposició esmentada exclouïa tant a treballadors homes com dones de la llar de la prestació i, per tant, no suposava una discriminació directa en matèria de gènere, la Directiva 79/7/CEE³⁷ sobre l'aplicació progressiva de la igualtat de tracte entre homes i dones en matèria de la seguretat social prohibeix la discriminació directa i indirecta per raó de gènere, i, això provocava que en un sector on les dones representen més del 95% del col·lectiu de treballadores,³⁸ sí que provocava una discriminació indirecta cap a les dones.³⁹

36 EUROPEAN UNION. (2022). *Sentencia del tribunal de justicia (Sala Tercera)*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020CJ0389>

37 EUROPEAN UNION. (1978). *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31979L0007>

38 URCELAY LECUE, M. C. (2022). «Que los empleados de hogar (mayoría mujeres) estén excluidos de las prestaciones por desempleo, es discriminatorio y contrario al Derecho UE. Asunto C-389/20: CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social». *Aranzadi Instituciones*.

39 OLÍAS, L. (2022). «La Justicia europea concluye que España discrimina a las trabajadoras del hogar por negarles el paro». *El Diario.es*. https://www.eldiario.es/economia/justicia-europea-espana-discrimina-empleadas-hogar-negarles-paro_1_8777082.html

Bottom of Form

A partir d'aquesta sanció, que va suposar una fita històrica per a les treballadores de la llar, l'Estat Espanyol va aprovar 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* i es va posar de manifest la necessitat d'eliminar qualsevol discriminació cap a les persones treballadores en el sector domèstic i de cures.

Darrerament, hi ha hagut desenvolupaments positius per consolidar l'acompliment de drets humans en les persones que treballen en el sector de les cures, sobretot pel que fa a la igualtat. Un dels darrers avenços fou en l'aprovació de l'Agenda 2030 amb l'objectiu de finançar integralment el desenvolupament sostenible,⁴⁰ perquè es va arribar a un nou acord sobre el qual representa el canvi climàtic. El 5è objectiu mencionava que calia «lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas».⁴¹ I, en les mesures per fer possible el punt 5, s'hi troba la mesura 5.4:

*«Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país».*⁴²

Com es pot observar, hi ha un reconeixement explícit del treball de cures i de l'assoliment dels drets humans per part dels seus integrants. De fet, es manifesta clarament que per assolir la igualtat de gènere, s'ha de tenir en compte indispensablement el treball de cures, perquè és una de les feines més precàries i feminitzades arreu del món, i això comporta una desigualtat estructural. A l'Estat espanyol, per tal de promoure i fer complir l'objectiu esmentat va aprovar el Real Decret-Llei 6/2019, d'1

40 ONU MUJERES. *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/2030-agenda-for-sustainable-development>

41 NACIONES UNIDAS. (2023). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

42 *Ídem*.

de març, de mesures urgents per tal de garantir la igualtat de tracte i d'oportunitat entre dones i homes en treball i ocupació.⁴³

La feina de cures és, per tant, una feina desplaçada a la feminitat i, així doncs, en ser una feina desprotegida, s'ha desplaçat aquesta feina cap a les persones migrants. L'objectiu de l'Agenda 2030 d'assolir una redistribució més equitativa de les feines de cures per avançar cap a la igualtat efectiva és inassolible si no és acompanyada de mesures socials. Desplaçar la feina de cures cap a un altre col·lectiu més desprotegit, en aquest cas el de les dones migrants, fa que la feina de cures torni a quedar relegada a quelcom sense reconeixement social i sense que sigui reconegut el seu valor per a la vida de les persones.⁴⁴

En aquest sentit, el fet que no hi hagi una protecció fèrria del dret de cura, és a dir, com que no és un dret protegit com a dret humà, fa que minvi i que no s'assoleixi la igualtat entre sexes. Però no només hi ha una discriminació entre homes i dones, sinó que també es genera una discriminació en funció del dret de procedència, ja que aquesta tasca acaba sent assumida per dones migrants extracomunitàries.

És fonamental que un continent com és Europa, on cada vegada hi haurà més població envellida, s'ha de plantejar una modificació del sistema de cura de les persones, començant per crear unes condicions laborals per a les treballadores més justes i equitatives. És important destacar que la falta de revalorització dels llocs de treball de cures comportarà no només una vulneració del dret a la igualtat en el cas de les treballadores, sinó que comporta una mala realització de la tasca de cures cap a les persones que necessiten aquest suport. Un exemple d'aquesta situació el podem trobar a l'entrevista a una treballadora en una residència, en la que posava de manifest que les males condicions laborals comparaven també una mala

43 GOBIERNO DE ESPAÑA. (2020). *Planes de igualdad-convenios colectivos y negociación colectiva. Regula los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28-5-2020 (RCL 2010\1565), sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12214#df>

44 LÓPEZ INSUA, B. M. (2020). «Nadando entre dos aguas salario decente “versus” economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231, Aranzadi Instituciones.

assistència.⁴⁵ Per tant, el no reconeixement del treball de cures i que no es respectin els drets humans pot generar, a la vegada, que no es realitzi correctament el dret a cures que és, en definitiva, un dret humà.

III. Nacions Unides: interpretació del dret de cura a nivell internacional

En el present apartat farem un recorregut per tres documents representatius del debat i del reconeixement del treball de cures a les Nacions Unides. El primer document, la Declaració de Beijing, essent el document més antic dels tres, és també el més clar i exigent. El segon és una Resolució del Consell de Drets Humans de les Nacions Unides,⁴⁶ que destaca pel seu caràcter global i detallat sobre la problemàtica actual del treball de cures. El tercer document és una consulta realitzada pel Consell Nacional de les Dones de Catalunya a la Comissió Social i Econòmica del Consell de les Nacions Unides i ens aporta una mirada regional sobre la temàtica en qüestió.⁴⁷

45 GARCÍA, G. (2024). «Com més precarietat laboral i pitjor servei a les residències, més beneficis per a les empreses». *La Directa*. <https://directa.cat/com-mes-precarietat-laboral-i-pitjor-servei-a-les-residencies-mes-beneficis-per-a-les-empreses/>

46 NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. (2023). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 11 de octubre de 2023*.

47 NACIONES UNIDAS. (2023). *Statement submitted by National Women's Council of Catalonia — Consell Nacional de Dones de Catalunya, a non-governmental organization in consultative status with the Economic and Social Council*. https://dones.gencat.cat/web/content/02_institut/12-cndc/Declaracions/2021/Declaracio-publicada-CSW65_ESP-E_CN.6_2021_NGO_57_E.pdf

3.1. La Declaració de Beijing

L'any 1995 la Plataforma Beijing va aprovar la Declaració de Beijing,⁴⁸ que consistia en una agenda de cara al futur perquè les dones s'emancipessin pel que fa a la igualtat de drets. Els seus orígens es remunten a la Quarta Conferència Mundial sobre la Dona,⁴⁹ que es va celebrar el setembre de 1995. La trobada va ser tan important perquè va partir de la base dels acords polítics on s'havia arribat en les tres posteriors conferències mundials sobre la dona. En aquesta conferència va ser on es van consolidar els avenços jurídics dedicats a garantir la igualtat entre homes i dones, jurídicament i pràcticament. En definitiva, la conferència va marcar un punt d'inflexió sobre l'agenda mundial quant a igualtat de gènere, i, tant la declaració com la Plataforma d'Acció de Beijing, van ser adoptades de manera unànime per 189 països. Ambdues van establir una sèrie d'objectius estratègics i mesures per el progrés de les dones, així com per a fer efectiva la igualtat en vers els homes. Actualment, la Declaració, com que no s'han assolit els objectius, continua vigent i és considerada una guia per avançar cap a la plena igualtat entre homes i dones en matèria de DDHH.

La Declaració afirma que hi ha dotze esferes diferents per a fer efectiva la igualtat entre els éssers humans: (1) la pobresa; (2) l'educació i la capacitació; (3) la salut; (4) la violència contra la dona; (5) els conflictes armats; (6) l'economia; (7) l'exercici del poder i la manera en què s'adopten les decisions; (8) els mecanismes institucionals per a la dona; (9) els drets humans; (10) els mitjans de difusió; (11) el medi ambient; i (12) els drets de les nenes.⁵⁰ Per cadascun dels àmbits en qüestió es van plantejar estratègies que inclouen diverses mesures encaminades a revertir

48 NACIONES UNIDAS. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

49 NACIONES UNIDAS. (1995). *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 4 a 15 de septiembre de 1995, Beijing, China*. <https://www.un.org/es/conferencias/women/beijing1995>

50 NACIONES UNIDAS. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

la situació de discriminació de les dones. Tot i això, molts països han eliminat legislacions que pretenien realitzar la plena igualtat de drets entre gèneres i, per tant, aquest dret està lluny de ser assolit.⁵¹

Un dels punts principals de la Declaració, té a veure amb els treballs de cures; és el punt 5.4, en el que especifica que l'objectiu per l'homogeneïtzació dels drets humans és l'harmonització de les responsabilitats respecte al treball i la família⁵². I, amb la voluntat d'assolir aquest objectiu, es pretenia reconèixer el valor que tenen les feies de cures, com el treball domèstic no remunerat, mitjançant un reforçament als serveis públics i a les polítiques de protecció social a més de promoure una responsabilitat compartida dins de casa i en la família.⁵³

3.2. La Resolució aprovada del Consell de Drets Humans l'Onze d'Octubre de 2023

L'11 d'octubre de 2023 el Consell de Dret Humans de les Nacions Unides va aprovar una Resolució en la qual va posar de manifest la importància del treball de cures i l'afectació social d'aquesta. A la vegada, establia recomanacions pels estats per garantir un mínim de protecció per les persones que duïen a terme les tasques de cura. L'origen d'aquesta resolució és la crisi sanitària de la COVID-19,⁵⁴ que va visibilitzar les desigualtats que patien les dones que es dedicaven al treball de cures —sobretot el no remunerat—. Per tant, la resolució té l'objectiu de remarcar la necessitat del reconeixement del dret de cura com a dret humà. Aquest objectiu és fonamental per avançar contra la discriminació històrica per raó de gènere i, com que la feina de cures ha estat relegada històricament al gènere femení,⁵⁵ que és, en sí, un col·lectiu invisibilitzat, ha provocat

51 *Ídem.*

52 *Ídem.*

53 *Ídem.*

54 NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. (2023). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 11 de octubre de 2023.*

55 *Ídem.*

que les feines de cures fossin invisibles també. El document, a més a més, afegeix els següents punts:

1. existeix una contradicció entre els DDHH i les feines de cures, perquè no es respecta el dret a la igualtat efectiva en discriminar per raó de gènere;
2. existeix una problemàtica en l'estudi i el control de les feines de cures en realitzar-se en espais domèstics i familiars, que són espais reservats a la intimitat i, per tant, ocults a la mirada pública;
3. la igualtat efectiva entre gèneres no és possible sense una redistribució equitativa de les feines de cures i sense una revalorització i millora de les condicions laborals d'aquests tipus de treballs;
4. la discriminació de gènere afecta el dret de les dones i les nenes i, per tant, té una relació directa amb el dret dels infants;
5. els tractats internacionals aprovats sobre drets dels infants i drets de les persones amb discapacitat haurien de ser el model de les legislacions estatals amb l'objectiu d'arribar a la igualtat efectiva;
6. les feines de cura són fonamentals per l'autonomia i la vida digna dels infants i de les persones amb discapacitat;
7. la manca d'accés a l'assistència sanitària de qualitat i l'accés a les cures paliatives i de llarga durada no implica que la feina de cures disminueixi, sinó que els serveis socials són substituïts per feina no remunerada per part de les dones de la família nuclear;
8. la solució que proposa la Consulta és la de construir comunitats socials més sòlides basades en el suport mutu i l'autonomia personal.
9. els col·lectius més vulnerable a la manca de recursos en la feina de cures són les dones immigrants, les dones rurals, les indígenes, les afrodescendents, les dones amb discapacitat, les dones amb edat avançada, les mares solteres i les vídues, les dones privades de llibertat i les refugiades.
10. és necessari adoptar mesures pel reconeixement públic del treball de cures, valorar aquesta feina econòmicament per reduir la càrrega del

treball de cures no remunerat i garantir l'accés a serveis socials per part dels col·lectius més vulnerables.

La resolució conclou amb una sèrie de mesures que proposen als estats membre per a promoure la igualtat de gènere i el ple reconeixement de drets de la feina de cures. Les mesures que proposen als estats consisteixen en el següent:

Reconèixer i distribuir la feina de cures entre el sector públic i el sector privat i entre la societat i les famílies.⁵⁶

Un augment de la inversió per part dels estats en polítiques i infraestructures encaminades a garantir un accés a les cures i a una feina de cura de qualitat. Per tant, posa èmfasi a tenir cura d'infants, de persones amb discapacitat i de persones grans. I, a la vegada, remarca que cal proporcionar protecció social a totes les treballadores i treballadors del sector.

Fomentar investigacions i estudis per tenir dades respecte a la feina de cures, de la seva distribució, cap a qui van dirigits els serveis i qui els rep amb l'objectiu d'incloure el sector en el PIB del país.

Permetre una participació plena i igualitària entre dones, persones amb diversitat funcional, persones grans i infants pel que fa a la presa de decisions sobre les cures i el seu suport, en l'àmbit públic i privat.

Sensibilitzar sobre els impactes negatius que tenen els estereotips de gènere, de diversitat funcional i d'edat en rebre i tenir cura, i establir programes i polítiques dirigides a erradicar els estereotips vinculats a aquestes comunitats.⁵⁷

El document també sol·licita dues peticions a l'Alt Comissionat de les Nacions Unides pels DDHH: 1) un taller d'experts sobre la matèria i 2) un debat sobre l'abast del dret de cura com a dret humà.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ NACIONS UNIDES. (2023). *Statement submitted by National Women's Council of Catalonia — Consell Nacional de Dones de Catalunya, a non-governmental organization in consultative status with the Economic and Social Council*. https://dones.gencat.cat/web/content/02_institut/12-cndc/Declaracions/2021/Declaracio-publicada-CSW65_ESP-E_CN.6_2021_NGO_57_E.pdf

3.3. La consulta del Consell Nacional de Dones de Catalunya

En el document de Consulta per part del Consell Nacional de les Dones de Catalunya davant la Comissió Social i Econòmica del Consell de les Nacions Unides, afirmen que la situació posterior a la crisi de la COVID-19, a saber, l'actual, manté les estructures d'opressió generades pel neoliberalisme que creen la pobresa⁵⁸ i destaca, com a factors que perpetuadors de la pobresa estructural: l'heteropatriarcat, l'autoritarisme, el colonialisme, el racisme, la supremacia blanca, el capitalisme neoliberal, el militarisme, el capacitisme, l'homofòbia i la transfòbia.⁵⁹

Afirmen que el sistema social en el qual vivim se sosté mitjançant l'explotació del cos de les dones i de les persones dissidents a través de la violència que afecta els drets sexuals i reproductius a més de fer una interrelació entre el fet que l'opressió de gènere no es pot entendre sense les altres formes d'opressió, com són el racisme, l'homofòbia o el capacitisme.

A la consulta es demana als governs que adoptin mesures contra les causes estructurals de la violència i la pobresa. Es fa especial èmfasi en la necessitat de reconèixer la feina de cures, que és realitzada per dones —sobretot per dones racialitzades—, per poder superar la divisió sexual i racial del treball. Reivindiquen la importància de socialitzar les cures per alliberar els col·lectius que l'executen de la invisibilitat i la precarietat.⁶⁰

Les solucions que es proposen abordar per visibilitzar, polititzar, valorar i dignificar la feina de cures són els següents:

- Eliminar la divisió sexual i racial de la feina.
- Un reconeixement on es posi de manifest que l'economia i la feina coneguda com a «productiva» està sustentada per la feina «no productiva» de les cures.
- Erradicar les desigualtats vinculades al treball de cures.

58 *Ídem.*

59 *Ídem.*

60 *Ídem.*

- Un estudi de les cadenes globals de cures: quines són les causes i les conseqüències.

Una promoció de la corresponsabilitat en matèria de treball de cures entre els diferents actors socials i institucionals per a garantir una protecció social així com accés a serveis públics de qualitat.

En definitiva, el moviment feminista de Catalunya fa una proposta de posar la vida al centre i acabar amb qualsevol tipologia d'opressió, amb una exigència en l'augment de finançament cap als serveis públics per a garantir la seva qualitat.

IV. La incidència de l'OIT en el treball de cures

La quarta i última part de l'article la dedicaré a analitzar i comentar que és l'Organització Internacional de Treball (OIT) i quins són els seus fonaments i principis del treball recollits a la seva Declaració. Finalment, analitzarem si a l'OIT hi ha convenis especials i en matèria del treball de cura i els drets recollits que es garanteixen i protegeixen per a les treballadores.

4.1. Bases de l'OIT per afrontar el treball de cures

L'OIT fou creada l'any 1919 com a part del Tractat que posava fi a la Primera Guerra Mundial, el Tractat de Versalles,⁶¹ que tenia com a objectiu garantir la pau global. En el Tractat, es reconeix la necessitat de la justícia social internacional com a principi essencial per l'assoliment de la pau global. La constitució de l'OIT va ser única: una organització tripartida que constava amb representants dels respectius governs, dels empresaris i els treballadors en òrgans executius.⁶² Aquesta aliança, que havia estat fins al moment inexistent, va comportar una trobada excepcional entre agents

61 AA.VV. (1919). *Tratado de Versalles*. <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

62 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2024). *Historia de la OIT*. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>

clarament distanciat i diferenciat i, en conseqüència, va sorgir una nova consideració sobre el que havia de ser la humanitat:⁶³ la política, la seguretat i l'economia havien d'estar coordinades amb l'objectiu d'assolir la justícia social i la pau global. Una de les grans fites de l'OIT va ser la confluència de la necessitat de posar fi a l'explotació dels treballadors.⁶⁴

El Preàmbul de l'OIT relata la relació intrínseca entre la pau universal i les millores laborals i humanes per a les persones treballadores. Es va exposar que, si els països no adoptaven mesures més humanes cap al treball, obstaculitzarien als altres per a l'assoliment de la pau.⁶⁵

La primera tasca històrica que va dur a terme l'OIT va ser l'aprovació de convenis amb mesures bàsiques com la limitació d'hores de la jornada laboral, el reconeixement del dret a la maternitat per part de les dones o millores i prohibicions en les condicions de feina nocturnes en dones i infants.

Però no va ser fins a l'any 1998 que l'OIT va aprovar la Declaració relativa als principis i drets fonamentals del treball.⁶⁶ La Declaració és una expressió del compromís dels tres agents que constitueixen l'OIT (govern, empresaris i treballadors) per a la defensa dels DDHH fonamentals, i la importància del seu compliment per a l'economia i l'àmbit social de les persones. La Declaració subscriu i millora els compromisos de l'OIT, afegint-hi els següents:⁶⁷

- La llibertat d'associació i la llibertat sindical, així com el reconeixement efectiu del dret del treball.
- L'eliminació de qualsevol forma de treball forçat o obligatori.

63 *Ídem*.

64 *Ibidem*.

65 *Ibidem*.

66 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2022). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf

67 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2024). *Acerca de la Declaración*. <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang-es/index.htm>

- L'abolició del treball infantil.
- L'eliminació de discriminació en matèria de treball i ocupació.
- Un entorn de treball segur i saludable.

Es va acordar que els principis recollits en la Declaració fossin sotmesos a un procediment de seguiment amb l'objectiu d'encoratjar els agents que formaven part de l'OIT el compliment dels mateixos i als estats a promoure polítiques i accions encaminades a promoure els drets i principis fonamentals consagrats.⁶⁸

En tot cas, és important aportar aquests principis i drets fonamentals del treball, declarats així per l'OIT. Els mateixos constitueixen unes bases molt importants en matèria del dret de cura. En concret vull manifestar la importància de l'eliminació de qualsevol forma de treball forçat o obligatori en determinades ocupacions, i, concretament, en feines que formen part del sector de cures, com pot ser el treball domèstic. Aquesta correlació de l'existència del treball forçat i el treball domèstic és plenament present avui en dia, i és una nova vella forma d'esclavitud. Tal com explica el professor i magistrat Fernando Lousada Arochenai en el seu article *Normativa internacional contra la explotació humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT*⁶⁹ una d'aquestes formes és a través del tràfic de persones, sobretot de nenes, una pràctica que costa de denunciar per poder emmarcar-se en processos legals o amb complicitat dels pares. En definitiva, s'ha de tenir en compte la prohibició de treball forçós en les persones que exerceixen treball domèstic cuidant altres persones. També és important el principi de prohibició de qualsevol discriminació respecte de les ocupacions pròpies de la feina de cures, particularment per raó de sexe i d'origen racial o ètnic. Aquests factors van molt relacionats amb el fet que la major part de les persones que treballen en el sector de cures són dones, i, de forma visible, dones migrants. Finalment, és gairebé indispensable

68 *Ídem*.

69 LOUSADA AROCHENA, J. F. (2018). «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 39, p. 11-13 (ISSN 1575-7048).

l'establiment com a principi fonamental una concepció d'un lloc de treball segur i saludable, especialment per evitar malalties físiques o mentals, o accidents de treball en qualsevol ocupació del sector de cures.

4.2. La importància del Conveni 189 de l'OIT

L'OIT ha promogut el reconeixement del treball de cures i els drets de les persones treballadores del sector. Així doncs, l'OIT ha emès un reconeixement l'any 2010⁷⁰ afirmant que la feina de cures és un sector altament feminitzat i històricament discriminatori; comportant un accés més complicat al món laboral amb la conseqüència de tenir una feina menys «digna», i molta més dificultat per obtenir accés a condicions laborals més favorables per a elles feines on hi hagi més garanties per a la protecció dels seus drets laborals.⁷¹ Alhora, l'any 2019 va emetre un informe amb el títol de *El trabajo de cuidados y los trabajadoras del cuidado, para un futuro con trabajo decente*.⁷² En aquest s'examinava la responsabilitat de les cures i com afectava en la participació de les dones al món laboral. El que es proposa a l'informe és sobretot la importància de tenir polítiques públiques enfocades al treball de cures que siguin transformadores on es pugui abordar l'impacte de la responsabilitat de la feina de cures entre dones i homes, reduint la feina informal de cures que se sustenta per la feina invisibilitzada de les dones. Es busca un reconeixement de la feina de cures en les economies dels estats que han estat font de desigualtats al món laboral i econòmic per les dones.

Malgrat que les condicions de les treballadores domèstiques ha estat una preocupació per part de l'OIT, fins al 1970 no va aprovar mesures per

70 OIT: Informe IV (1) Trabajo decente para los trabajadores domésticos https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_104703.pdf

71 ROMERAL HERNÁNDEZ, J. (2013). «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013, 2-7.

72 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadoras del cuidado, para un futuro con trabajo decente*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_737394.pdf

garantir unes condicions laborals més dignes, quan va publicar un estudi pioner a nivell mundial sobre les condicions de les treballadores de la llar.⁷³ Així i tot, el document més significant fou en el que es va aprovar el programa sobre el «treball digne»,⁷⁴ que tenia la voluntat de facilitar que les treballadores de la llar poguessin exercir mecanismes per a la protecció dels drets laborals i un recull de mesures per reparar l'omissió històrica d'aquesta feina per haver estat relegada a les dones.⁷⁵

Amb aquests precedents, l'OIT aprova l'any 2010 el Conveni 189⁷⁶ i la Recomanació 201,⁷⁷ centrades a articular mecanismes legals pels drets de les treballadores domèstiques. L'aprovació d'ambdós documents fou el resultat d'informes i estudis on es posava de manifest la situació de vulneració de drets de les treballadores de la llar i posava en valor que la feina feta per aquestes era fonamental per a l'economia a nivell mundial.⁷⁸ En els informes també s'esposava que la feina de la llar era realitzada majoritàriament per dones migrants i que, per la seva condició, eren especialment vulnerables a ser discriminades en el seu lloc de treball. Per aquestes raons, l'OIT, en el Conveni 189, estableix la necessitat d'una normativa específica que obligui als estats membres a aplicar normes laborals equitatives i iguals a la resta de treballadors per evitar la vulneració d'aquest col·lectiu. També s'estableix que els Estats han

73 *Ídem*.

74 Tal com exposa a Josefa Romeral: «La OIT en el IV informe sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos, 99ª reunión, 2010, basándose en estadísticas oficiales, estima que los trabajadores domésticos alcanzaron los 52,6 millones en 2010. Según los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social “Anuario de Estadística laboral para 2012”, el número de trabajadores afiliados y en alta en la Seguridad Social en 2012 es de 16.738.600, de estos, en torno a un 4 %. (350.200) lo son al régimen especial de Empleados de Hogar». *Ídem*.

75 *Ídem*, p. 2-7.

76 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. (2011). *C189 – Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, núm. 189. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189

77 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. (2011). *R201 – Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, núm. 201. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:55:0::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R201,/Document

78 *Ídem*, p. 2-7.

de fomentar condicions laborals favorables a les persones treballadores del treball domèstic i es defineix que hi ha elements essencials per a la vida de les persones treballadores com són: l'accés a la seguretat social, determinar l'horari de la seva jornada, posar topalls a la remuneració en espècie, buscar un allotjament diferent del del seu ocupador, condicions de seguretat i salut a l'espai de feina, limitació d'edat per desenvolupar la feina i una tutela en el cas de treballadors/es migrants si es necessària.⁷⁹

Tot i això, actualment no existeix cap mecanisme ni instrument a nivell internacional per aplicar mecanismes que garanteixin els drets laborals de les persones que es dediquen al treball de cures. Una de les premisses que alegen molts estats membres de l'OIT per tal de no garantir drets laborals mínims ha estat el següent: com les treballadores del sector de la llar són treballadores, queden incloses en la legislació i convenis aplicables a la majoria de treballadors/es i que només són excloses si està previst expressament. Encara que hi ha hagut avenços en la protecció de drets de les persones que treballen en un entorn domèstic (QUINS?), les treballadores del sector de les cures no tenen tampoc cap normativa comunitària ni cap estatut específic que reguli les seves normes i condicions laborals. encara està menys contemplat el treball de cures.

4.3. El Conveni 189 de l'OIT i l'Estat Espanyol

L'Estat Espanyol, malgrat la sanció que va imposar el TJUE pel no reconeixement del dret a l'atur de les treballadores de la llar⁸⁰ i la posterior aprovació del Reial Decret Llei 16/2022⁸¹ on es revertia la situació de discriminació de la prestació per atur de les treballadores de la llar i passaven a gaudir d'aquest dret, encara no havia ratificat el Conveni 189

79 ROMERAL HERNÁNDEZ, J. *Ídem*.

80 EUROPEAN UNION. (2022). *Sentencia del tribunal de justicia (Sala Tercera)*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020CJ0389>

81 RDL 16/2022. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14680

de l'OIT. Ho va fer dipositant els instruments de ratificació davant l'OIT el 18 de febrer de 2023.⁸²

Alguns dels motius pels quals l'Estat Espanyol va trigar tant per a la ratificació del Conveni 189 els va apuntar la professora Carmen Grau Pineda l'any 2015 en el seu article «*El Trabajo domestico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*».⁸³ A l'article s'exposa que la feina desenvolupada es troba normalment al marge de l'actuació de les institucions, que es du a terme en l'economia submergida i per tal cosa en molts casos es produeix una falta de compliment de les obligacions tan fiscals com cap a la Seguretat Social, que es resultat del poc control de les administracions entre l'acordat entre les parts (ocupador i ocupat) perquè es basen en contractes normalment informals, i moltes persones ocupadores es troben en problemes de gestió en la contractació per la complexitat dels tràmits a l'hora de contractar.⁸⁴

Malgrat les dificultats que es van exposar, la professora deixava entreveure grans avenços que s'havien dut a terme per a garantir drets laborals a les treballadores de la llar a nivell nacional i assenyalava el següent de manera premonitòria:⁸⁵

«justo es reconocer que los últimos veinte años han sido positivos para la situación de la mujer en el mundo del trabajo y la igualdad de género en la sociedad y eso nadie lo pone en duda. No obstante, pese al progreso logrado hasta ahora y al empeño en seguir avanzando, las perspectivas de la mujer en el mundo del trabajo distan mucho de ser iguales a las de los hombres. Allí donde persisten los problemas y obstáculos que impiden la participación de la mujer en igualdad de condiciones, la sociedad tendrá menos capacidad para trazar una vía hacia

82 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2023). *España ratifica los convenios de la OIT sobre el trabajo en la pesca y sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos*. https://www.ilo.org/madrid/prensa-y-medios/noticias/WCMS_869765/lang-es/index.htm

83 GRAU PINEDA, C. (2019). «El Trabajo domestico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos». *Doc. Labor.*, núm. 116, vol. I (ISSN: 0211-8556).

84 RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2015). «La relación laboral especial de los empleados de hogar», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, p. 50.

85 *Ídem*, p. 12.

el crecimiento económico acompañado de desarrollo social. En consecuencia, la comunidad mundial y España, en particular, tiene ante sí uno de los retos sociales y del mercado laboral más acuciantes: subsanar las brechas de género en el mundo del trabajo».

En tot cas, Espanya va ratificar finalment el Conveni 189 de l'OIT. De fet, com s'ha vist abans Espanya ja es va avançar a la ratificació del Conveni adoptant el Reial Decret Llei 16/2022, el qual incorpora algunes qüestions que havien de ser adoptades necessàriament en el cas que finalment es ratifiqués el Conveni 189 de l'OIT, com per exemple en matèria de protecció de la Seguretat Social, i particularment amb relació a mesures d'igualtat entre les persones del servei de la llar familiar i la resta de treballadors.

En definitiva, amb el Reial Decret Llei 16/2022 es va arribar a l'assimilació de drets davant la Seguretat Social de les treballadores de la llar amb la resta de persones treballadores. La proposta legislativa ha estat indispensable per a la incorporació al nostre ordenament del qual s'establia al Conveni 189 de l'OIT, respecte a les condicions de les persones treballadores de la llar i, en definitiva, ha estat un pas indispensable cap a un tracte més igualitari cap a les dones, ja que elles eren les treballadores principals del sector i no tenien garantit els drets laborals mínims.

V. Conclusions

L'estudi dels marcs legals de les persones que treballen en el sector de les cures és, en primer lloc, una anàlisi històrica de la constitució dels DDHH i, a la vegada, de la construcció d'un context legal, fonamentat en els DDHH, que reguli un tipus d'ofici majoritàriament il·legal i invisibilitzat. Malgrat la complexitat derivada de la invisibilitat de les tasques de cures, les diferents organitzacions internacionals han reconegut que la tasca de cures és una activitat fonamental per l'acompliment dels DDHH, seguint la seva formulació en la Declaració del 1948; a la vegada, una base fonamental per garantir la pau social i global i, al mateix moment, un catalitzador de l'economia en cas de realitzar-se de manera pertinent, amb cobertura legal i de qualitat.

La il·legalitat al sector, amb excuses del poc control que es podia exercir entre la voluntat de les parts i el poc reconeixement social que comporta a les treballadores de cures la seva feina, ha fet que les seves condicions minvin cada vegada més i ha provocat desprotecció cap a les treballadores.

En definitiva, la Unió Europea es troba davant un repte davant la seva població: garantir els DDHH de les persones a ser cuidades alhora que es garanteixen els drets laborals de les persones que han d'oferir aquest servei. Una fita cap a la superació de la bretxa de gènere al món laboral i un reconeixement històric de la feina feta i de la seva contribució a l'economia a nivell mundial: cuidar a les persones que cuiden és fonamental per a la construcció d'una societat més equitativa.

VI. Bibliografia

- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1ª edición). Centro de Estudios Constitucionales.
- ALT COMISSIÓ PER ELS DDHH DE LES NACIONS UNIDES. https://www.ohchr.org/es/ohchr_homepage
- ANSUATÉGUI ROIG, F. J.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y PECES-BARBA, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 17.
- ARANGO, R. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá; Legis, 37. Universidad Nacional de Colombia.
- ASSEMBLEA GENERAL DE LES NACIONS UNIDES. (1948). *Declaració Universal de DDHH*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cln.pdf
- ASSEMBLEA GENERAL DE LES NACIONS UNIDES. (2007). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6017.pdf>

- AA.VV. (1919). *Tratado de Versalles*. <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>
- AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID. (2020). *Valladolid, cuna de los Derechos Humanos. La controversia de Valladolid*. <https://www.info.valladolid.es/blog/controversia-de-valladolid/>
- BARCELONA LLOP, J. (2023). *René Cassin, el jurista de los derechos humanos*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2023-10059100632
- CARE4CARE. (2024). *Care4Care: We care for those who care*. <https://www.care4care.net/consortium/>
- CNDH MÉXICO. (2024). *Se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano>
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J. (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 15. Fundación Cultural Enrique Luño Peña.
- ESCRIBA PÉREZ, A. (2019). Los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6.
- EUROPEAN COMMISSION. (2024). *Horizon Europe*. https://research-and-innovation.ec.europa.eu/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe_en?prefLang=es
- EUROPEAN UNION. (1978). *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31979L0007>
- EUROPEAN UNION. (2022). *Sentencia del tribunal de justicia (Sala Tercera)*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020CJ0389>
- FILOSOFIA Y EDUCACIÓN. (2016). *La filosofía de San Agustín (354-430)*. <https://www.filosofiyeducacion.es/LA-FILOSOFIA-DE-SAN-AGUSTIN-354430-C-190.html>

- GARCÍA, G. (2024). «Com més precarietat laboral i pitjor servei a les residències, més beneficis per a les empreses». *La Directa*. <https://directa.cat/com-mes-precarietat-laboral-i-pitjor-servei-a-les-residencies-mes-beneficis-per-a-les-empreses/>
- GOBIERNO DE ESPAÑA. (2020). *Planes de igualdad-convenios colectivos y negociación colectiva. Regula los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28-5-2020 (RCL 2010\1565), sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12214#df>
- GÓMEZ ISA, F. (2024). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Universidad del País Vasco. <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrar/51.html>
- GRAU PINEDA, C. (2019). «El Trabajo domestico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos». *Doc. Labor.*, núm. 116, vol. I (ISSN: 0211-8556).
- INSTITUTO DE LAS MUJERES. GOBIERNO DE ESPAÑA. (2023). *Documento de Bases por los cuidados*. <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1969.pdf>
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANITZATION. (2011). *C189 – Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, núm. 189. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C189
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANITZATION. (2011). *R201 – Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, núm. 201. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0:::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R201,/Document
- LÓPEZ INSUA, B. M. (2020). «Nadando entre dos aguas salario decente “versus” economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231, Aranzadi Instituciones.

- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2018). «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 39, p. 11-13 (ISSN 1575-7048).
- NACIONES UNIDES. (1995). *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 4 a 15 de septiembre de 1995, Beijing, China*. <https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995>
- NACIONES UNIDES. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>
- NACIONES UNIDES. (2019). *Europa tiene que abordar el envejecimiento de su población ya*. <https://news.un.org/es/story/2021/03/1489612>
- NACIONES UNIDES. (2023). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>
- NACIONES UNIDES. (2023). *Statement submitted by National Women's Council of Catalonia — Consell Nacional de Dones de Catalunya, a non-governmental organization in consultative status with the Economic and Social Council*. https://dones.gencat.cat/web/.content/02_institut/12-cndc/Declaracions/2021/Declaracio-publicada-CSW65_ESP-E_CN.6_2021_NGO_57_E.pdf
- NACIONES UNIDES. (2024). *Historia de la Declaración*. <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>
- NACIONES UNIDES. (2024). *Naciones Unidas: Paz, dignidad e igualdad para un planeta sano*. <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights>
- NACIONES UNIDES. *Derechos económicos, sociales y culturales*. <https://hchr.org.mx/ambitos-de-trabajo/derechos-economicos-sociales-y-culturales/>
- NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. (2023). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 11 de octubre de 2023*.

- OLÍAS, L. (2022). «La Justicia europea concluye que España discrimina a las trabajadoras del hogar por negarles el paro». *El Diario.es*. https://www.eldiario.es/economia/justicia-europea-espana-discrimina-empleadas-hogar-negarles-paro_1_8777082.html
- ONU MUJERES. *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/2030-agenda-for-sustainable-development>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado, para un futuro con trabajo decente*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_737394.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2022). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2023). *España ratifica los convenios de la OIT sobre el trabajo en la pesca y sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos*. https://www.ilo.org/madrid/prensa-y-medios/noticias/WCMS_869765/lang--es/index.htm
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2024). *Acerca de la Declaración*. <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2024). *Historia de la OIT*. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, X. (2015). «Sobre el concepto de los Derechos Sociales Fundamentales». *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, (19), 115-140.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (2015). «La relación laboral especial de los empleados de hogar», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, p. 50.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2023). *La Declaración Universal de Derechos Humanos 75 años después*. <https://www.aedtss.com/la-declaracion-universal-de-derechos-humanos-75-anos-despues/>
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J. (2013). «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7/2013.
- URCELAY LECUE, M. C. (2022). «Que los empleados de hogar (mayoría mujeres) estén excluidos de las prestaciones por desempleo, es discriminatorio y contrario al Derecho UE. Asunto C-389/20: CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social». *Aranzadi Instituciones*.
- YU, F. L. T., y SHIU, G. M. C. (2011). «A new look at the Austrian School of Economics: review and prospects». *International Journal of Pluralism and Economics Education*, 2(2), p. 145-161.

